

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y ROMANO

LA ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE LAS  
SOCIEDADES ANÓNIMAS. ESTUDIO DEL  
ARTÍCULO 141 DE LA LEY DE SOCIEDADES  
ANÓNIMAS

TESIS DOCTORAL

presentada por la Lda. M<sup>a</sup> CARMEN ORTIZ DEL VALLE, para la obtención del grado de Doctor, y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. JUAN ANTONIO ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS.

V<sup>o</sup> B<sup>o</sup> del Director de la Tesis

Firma del Doctorando

Fdo. Juan Antonio Roca Fernández-Castanys    Fdo. M<sup>a</sup> Carmen Ortiz del Valle

GRANADA 2005

# ÍNDICE

|                   | PÁGINA |
|-------------------|--------|
| ABREVIATURAS..... | IX     |
| INTRODUCCIÓN..... | 1      |

## PARTE PRIMERA

### CAPÍTULO I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRADORA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO.....</b>                           | <b>5</b>  |
| A. ANTECEDENTES INMEDIATOS.....                                   | 6         |
| B. TRANSFORMACIONES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL..... | 13        |
| C. SITUACIÓN ACTUAL.....  | 21        |
| <br>  |           |
| <b>II. DERECHO COMPARADO.....</b>                                 | <b>66</b> |
| A. INTRODUCCIÓN.....  | 66        |
| B. DERECHO ITALIANO.....  | 68        |
| a. El <i>Codice di Commercio</i> .....                            | 68        |
| b. El <i>Codice Civile</i> de 1942.....                           | 70        |
| c. El <i>corporate governance</i> en Italia.....                  | 94        |
| C. DERECHO FRANCÉS.....   | 101       |
| a. La Ley de 24 de julio de 1867.....                             | 101       |

## ÍNDICE

---

|   |            |
|---|------------|
| b. Las Leyes de 1940 y 1943.....  | 102        |
| c. La Ley de 24 de julio de 1966.....   | 103        |
| d. El <i>Code de Commerce</i> de 2000.....  | 105        |
| e. El <i>corporate governance</i> en Francia.....   | 114        |
| D. DERECHO ALEMÁN.....  | 122        |
| E. NOTAS SOBRE EL DERECHO PORTUGUÉS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.....   | 136        |
| F. CONCLUSIONES.....  | 150        |
| <br>  |            |
| <b>III. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. PLANTEAMIENTO GENERAL.....</b>                 | <b>151</b> |
| A. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 Y LEYES POSTERIORES.....   | 151        |
| B. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885.....   | 154        |
| C. LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.....  | 157        |
| D. LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO, DE REFORMA PARCIAL Y ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL A LAS DIRECTIVAS DE LA CEE EN MATERIA DE SOCIEDADES..... | 161        |
| E. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 22 DE DICIEMBRE DE 1989.....  | 165        |
| a. Organización interna de la sociedad anónima.....   | 165        |
| b. Consejo de administración y delegación de facultades: Consideraciones generales.....   | 169        |

**PARTE SEGUNDA**

**CAPÍTULO I. CONSEJEROS DELEGADOS Y COMISIONES**

**EJECUTIVAS: CREACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LOS CARGOS**

|  |            |
|--|------------|
| <b>I. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS FACULTAD DE DELEGAR.....</b>       | <b>178</b> |
| A. REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA FACULTAD DE DELEGAR.....                       | 181        |
| a. Presupuesto.....  | 181        |
| b. Alcance y contenido de la regulación estatutaria de la delegación.....      | 182        |
| a) Autorización para delegar.....  | 183        |
| b) Silencio de los estatutos.....  | 183        |
| c) Prohibición de la delegación.....   | 184        |
| d) Delegación obligatoria.....   | 185        |
| e) Atribución a la Junta General de la decisión sobre la delegación.....       | 188        |
| B. EJERCICIO POR EL CONSEJO DE LA FACULTAD DE DELEGAR.....                     | 191        |
| a. Configuración de la competencia del Consejo de administración.....          | 191        |
| b. El acuerdo del Consejo de administración.....                               | 192        |
| a) Planteamiento.....  | 192        |
| b) Régimen del acuerdo.....  | 195        |
| c) Inscripción del acuerdo.....  | 197        |
| <b>II. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE DELEGAR: LAS FACULTADES DELEGABLES.....</b> | <b>199</b> |
| A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....   | 199        |

|   |     |
|---|-----|
| B. LAS FACULTADES DELEGABLES.....   | 200 |
| a. Límites legales a las facultades delegables.....   | 200 |
| a) La prohibición de delegar la presentación de balances y la<br>rendición de cuentas a la Junta general.....                         | 202 |
| a') Contenido.....  | 202 |
| b') Significado de la prohibición.....  | 204 |
| b) La prohibición de delegar las facultades que la Junta general<br>conceda al Consejo de administración.....                         | 205 |
| a') Contenido.....  | 205 |
| a''') Determinación de los asuntos propios de la<br>competencia de la Junta que puede delegar en el Consejo de<br>administración..... | 206 |
| b''') Alcance y condiciones de la autorización de la<br>Junta general.....  | 213 |
| b') Significado de la prohibición.....  | 214 |
| b. La delegabilidad de las restantes funciones del Consejo de<br>administración.....  | 214 |

**III. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE DELEGAR: CREACIÓN Y  
CARACTERIZACIÓN DE LOS CARGOS DELEGADOS.....224**

|  |     |
|--|-----|
| A. CONSEJEROS DELEGADOS: UNIDAD O PLURALIDAD.....                                      | 227 |
| a. Consejero delegado único.....   | 227 |
| b. Varios Consejeros delegados.....  | 230 |
| a) Varios Consejeros delegados con funciones distintas y<br>separadas.....             | 231 |
| b) Varios Consejeros delegados con funciones sean total o<br>parcialmente comunes..... | 231 |
| a') La actuación solidaria.....  | 231 |

## ÍNDICE

---

|   |     |
|---|-----|
| b´) La actuación mancomunada.....   | 232 |
| B. COMISIONES EJECUTIVAS.....   | 234 |
| a. Caracterización general.....   | 235 |
| b. Normas de funcionamiento.....  | 236 |
| C. RECOMENDACIONES DEL CÓDIGO OLIVENCIA Y DEL INFORME<br>ALDAMA SOBRE LOS DELEGADOS Y SOBRE LA CREACIÓN Y<br>DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES DE LAS COMISIONES DELEGADAS..... | 239 |
| a. Planteamiento.....   | 239 |
| b. Consejeros independientes.....   | 240 |
| c. Comisiones delegadas de control.....   | 247 |

## **CAPÍTULO II. ESTATUTO DE LOS DELEGADOS**

|  |            |
|--|------------|
| <b>I. NOMBRAMIENTO.....</b>  | <b>254</b> |
| A. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN.....                                      | 254        |
| a. La designación de los delegados por el Consejo de administración.....                     | 255        |
| b. La regulación estatutaria del nombramiento de los delegados.....                          | 258        |
| a´) Nombramiento de los delegados en el acto constitutivo.....                               | 259        |
| b´) Atribución del nombramiento a la Junta general.....                                      | 262        |
| c´) Nombramiento de los delegados en caso de imposición<br>estatutaria de la delegación..... | 266        |
| B. APTITUD PARA SER TITULAR DE UN ÓRGANO DELEGADO.....                                       | 266        |
| C. ACEPTACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL NOMBRAMIENTO.....  | 278        |
| <b>II. RETRIBUCIÓN.....</b>  | <b>285</b> |

|   |            |
|---|------------|
| <b>III. TERMINACIÓN EN EL CARGO Y TERMINACIÓN DE LA DELEGACIÓN.....</b>         | <b>299</b> |
| A. TERMINACIÓN EN EL CARGO.....   | 300        |
| a. Por transcurso del tiempo de duración del nombramiento.....                  | 300        |
| b. Por pérdida de la condición de administrador.....                            | 303        |
| c. Por revocación.....  | 308        |
| a) Competencia.....   | 308        |
| a') Revocación de los delegados designados en el acto constitutivo .....        | 308        |
| b') Revocación de los delegados designados por la Junta general.....            | 309        |
| c') Revocación de los delegados nombrados por el Consejo de administración..... | 309        |
| b) Acuerdo de revocación.....   | 310        |
| c) Efectos.....   | 312        |
| d. Por la dimisión o renuncia del delegado.....                                 | 316        |
| B. TERMINACIÓN DE LA DELEGACIÓN.....  | 320        |
| <br>  |            |
| <b>IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN.....</b>                         | <b>321</b> |
| A. NATURALEZA DEL ACTO DE DELEGACIÓN.....                                       | 321        |
| B. NATURALEZA DE LOS CARGOS.....  | 323        |
| C. NATURALEZA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO.....                                     | 332        |

**CAPÍTULO III. LA ACTUACIÓN DE LOS DELEGADOS. LOS EFECTOS DE LA DELEGACIÓN**

|   |            |
|---|------------|
| <b>I. RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA ESFERA INTERNA DE LA SOCIEDAD.....</b> | <b>335</b> |
| A. RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.....          | 335        |
| B. RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON LA SOCIEDAD.....                           | 359        |
| C. SUBDELEGACIÓN.....   | 371        |
| <br>  |            |
| <b>II. RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA ESFERA EXTERNA.....</b>               | <b>373</b> |
| A. REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: TITULARIDAD Y ÁMBITO.....                         | 378        |
| B. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: TITULARIDAD Y ÁMBITO.....                       | 391        |

#### **CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DELEGADOS**

|   |            |
|---|------------|
| <b>I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....</b>  | <b>403</b> |
| <b>II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.....</b>            | <b>404</b> |
| A. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.....   | 407        |
| a. Supuestos.....   | 407        |
| b. Presupuestos.....  | 412        |
| c. Administradores responsables. La regla de la solidaridad. Los administradores de hecho. Causas de exoneración..... | 417        |
| d. Las acciones de responsabilidad.....   | 423        |
| a) Acción social .....  | 424        |
| b) Acción individual .....  | 429        |
| c) Diferencias.....   | 433        |
| B. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS Y DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN EJECUTIVA.....                     | 446        |

**CAPÍTULO V. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. ESPECIAL**  
**REFERENCIA A LOS APODERADOS**

|  |            |
|--|------------|
| <b>I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....</b>  | <b>459</b> |
| <b>II. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y APODERAMIENTO:<br/>CONSEJEROS DELEGADOS Y APODERADOS. DIFERENCIAS.....</b> | <b>461</b> |
| A. CUÁNDO ES POSIBLE APODERAR.....   | 463        |
| B. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE APODERAR.....   | 466        |
| C. EL ACUERDO DE APODERAMIENTO.....  | 482        |
| D. CARACTERES DE LOS APODERADOS.....   | 483        |
| a. Naturaleza del cargo.....   | 485        |
| b. Representación.....   | 494        |
| c. Ámbito material del apoderamiento.....  | 494        |
| E. RESPONSABILIDAD DE LOS APODERADOS.....  | 496        |
| F. DURACIÓN Y TERMINACIÓN EN EL CARGO DE LOS APODERADOS.....   | 500        |
| <br>   |            |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>503</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>551</b> |
| <b>LISTADO DE RESOLUCIONES.....</b>  | <b>577</b> |

## ABREVIATURAS

|                     |  |
|---------------------|--|
| A.A.M.N.            | Anales de la Academia Matritense del Notariado                   |
| A.D.C.              | Anuario de Derecho Civil   |
| ADHGB               | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861                  |
| AED                 | Asociación Española de Directivos                                |
| AFEP                | Association Française des Entreprises Privées                    |
| AFG                 | Association Française de la Gestion Financière                   |
| AGREF               | Association des Grandes Entreprises Françaises                   |
| AktG                | Aktiengesetz   |
| AG                  | Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen) |
| ASFFI               | Association des Sociétés et Fonds Français d'Investissement      |
| BAWe                | Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel                      |
| B.B.                | Betriebs-Berater   |
| B.I.C.A.M.          | Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid                |
| Bull. Joly Sociétés | Bulletin Joly Sociétés   |
| CC                  | Código Civil   |
| C.D.C.              | Cuadernos de Derecho y Comercio                                  |
| Cod. Civ.           | Codice Civile  |
| CCom                | Código de Comercio   |
| C.D.C.              | Cuadernos de Derecho y Comercio                                  |
| CNMV                | Comisión Nacional del Mercado de Valores                         |
| CNMV                | Comissao do Mercado de Valores Mobiliários de Portugal           |
| CNPF                | Conseil National du Patronat Français                            |
| CONSOB              | Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa de Italia       |
| CSC                 | Código das Sociedades Comerciais                                 |
| D.B.                | Der Betrieb  |
| D.N.                | Derecho de los Negocios, Revista                                 |

## ABREVIATURAS

---

|             |  |
|-------------|--|
| DOCE        | Diario Oficial de la Comunidad Europea   |
| EBOR        | European Business Organization Law Review  |
| GCCG        | German Code of Corporate Governance  |
| Giur. Comm. | Giurisprudenza Commerciale   |
| HGB         | Handelsgesetzbuch  |
| KonTraG     | Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich,<br>de 27 de abril de 1998                             |
| LC          | Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal  |
| LCAG        | Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia  |
| LCCrédito   | Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito   |
| L.G.D.J.    | Librairie General de Droit et de Jurisprudence   |
| LMV         | Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores  |
| LSA         | Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real<br>Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre |
| LSRL        | Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad<br>Limitada,  |
| MEDEF       | Mouvement des Entreprises de France  |
| R.J.C       | Revista Jurídica de Cataluña   |
| R.J.N.      | Revista Jurídica del Notariado   |
| R.C.D.I.    | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario  |
| R.D.B.B.    | Revista de Derecho Bancario y Bursátil   |
| R.D.G.R.N.  | Resolución de la Dirección General de los Registros y del<br>Notariado.  |
| R.D.M.      | Revista de Derecho Mercantil   |
| R.D.N.      | Revista de Derecho Notarial  |
| Rev. Soc.   | Revue des Sociétés   |
| R.D.P.      | Revista de Derecho Privado   |
| R.E.D.T.    | Revista Española de Derecho del Trabajo  |
| R.E.S.      | Revista Española de Seguros  |
| R.d.S.      | Revista de Sociedades  |

|                 |  |
|-----------------|--|
| Riv. Dir. Comm. | Rivista di Diritto Commerciale   |
| Riv. Dir. Priv. | Revista di Diritto Privato   |
| Riv. Soc.       | Rivista delle Società  |
| R.G.D.          | Revista General de Derecho   |
| R.G.L.J.        | Revista General de Legislación y Jurisprudencia  |
| R.L.L.          | Revista La Ley   |
| R.T.D.P.C.      | Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile  |
| RRM             | Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto   |
| S.T.S.          | Sentencia del Tribunal Supremo   |
| TJCE            | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas   |
| TransPuG        | Gesetz zur reiteren Reform des Aktiens -und Bilanzrechts, zu<br>Transparenz und Publicita, de 19 de julio de 2002                                      |
| TRLSA           | Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado<br>por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre                               |
| TS              | Tribunal Supremo   |
| TUF             | Texto Único italiano de Disposiciones en Materia de Mercados<br>Financieros, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 58, de 24<br>de febrero de 1998. |
| UMAG            | Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und<br>Modernisierung des Anfechtungsrechts.   |
| Z.H.R.          | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht  |
| Z.I.P.          | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |

# INTRODUCCIÓN

Dentro de la variada gama de problemas que se suscitan en torno a la administración de las sociedades anónimas, este trabajo se centra en la aparición en el seno de los Consejos de administración de las sociedades anónimas de las figuras de las “Comisiones ejecutivas” y “Consejeros delegados”, a través de las cuales se pretende dotar de mayor agilidad y flexibilidad al Consejo de administración y, en general, a la administración de la sociedad. Con ello, además, se modifica la función que en un principio le estaba encomendada a este órgano. Sucintamente, ya que la cuestión será tratada con el debido detenimiento en la Parte Primera de este trabajo, podemos decir que hoy en día es conocida por todos la preeminencia que el Consejo de administración asumió en la sociedad anónima frente al órgano asambleario y democrático que es la Junta general. En este sentido, a lo largo del pasado siglo el poder de decisión de la sociedad pasó de la Junta General al órgano de gestión, marcando una primera etapa del desarrollo de la sociedad anónima y, más en concreto, de su administración. Sin embargo, desde hace algún tiempo se advierte -en una segunda fase de la evolución- un nuevo desplazamiento del poder dentro de la sociedad y, para más detalle, dentro del propio Consejo de administración. En efecto, el poder de decisión se traslada del Consejo en pleno a una instancia más reducida, compuesta por miembros delegados del propio Consejo. De esta forma, los Consejeros delegados y las Comisiones ejecutivas se configuran como el centro del sistema, siendo quienes asumen las funciones directivas. Ante esta situación se concluye la enorme importancia que adquiere la delegación de facultades en el actual derecho de sociedades, y se justifica el estudio de la misma; más aún en la actualidad, habiéndose producido un proceso de especialización y profesionalización de la gestión social.

Nuestro ordenamiento, manteniendo una estructura monista en relación a la administración social, consigue por vía de delegación que la gestión

efectiva de la sociedad se lleve a cabo por determinados consejeros, reservándose al Consejo funciones de control semejantes a las que en el sistema dualista desempeña el Consejo de Vigilancia. Es decir, en cuanto al Consejo de administración en pleno, constatada su imposibilidad práctica de asumir la gestión social, su papel se limita a impartir directivas de carácter general y, sobre todo, a controlar lo realizado por los delegados, auténticos gestores de la sociedad. Precisamente, los esfuerzos del llamado *corporate governance* -cuya mayor aportación consiste en la constatación expresa de la imposibilidad del Consejo de cumplir las funciones que tradicionalmente se le han encomendado, así como la reorientación de su papel hacia el control de la gestión- se dirigen a la conversión del Consejo en un órgano básicamente de control y a garantizar que cumpla adecuadamente su papel. Así lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina.

A todo lo dicho, debemos añadir que -en palabras de CRISTOBAL MONTES (*La administración delegada de la sociedad anónima*, EUNSA, Pamplona, 1977, p. 11)-, es difícil encontrar otro instituto jurídico en que los cambios y mutaciones estén tan a la orden del día y en el que las tensiones, factores y características del entorno económico sean tan influyentes, perentorios y decisivos. Por ello, hoy día hay que prestar especial atención a las modificaciones operadas en la administración de las sociedades anónimas en virtud, por un lado, del movimiento conocido como *corporate governance*, al que nos hemos referido con anterioridad y, por otro, a la incorporación o recepción del Derecho comunitario en la materia, haciendo especial hincapié en la aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Con este trabajo pretendemos poner de relieve las novedades que a lo largo del tiempo se han ido produciendo en relación a la administración delegada de las sociedades anónimas. En concreto, las figuras en que se manifiesta, la determinación de su régimen jurídico y el significado y la

posición que dentro de la sociedad ocupan estas dos figuras, claves hoy en la organización de la administración y que constituyen una importante etapa en el proceso evolutivo de las sociedades anónimas: el Consejero delegado y la Comisión ejecutiva. En última instancia, nos proponemos la reelaboración -a la vista de las novedades que se han producido- de una cuestión que desde siempre ha planteado importantes interrogantes.

Desde un punto de vista sistemático se ha seguido un método tradicional. Hemos comenzado por abordar el perfil histórico de la administración de las sociedades y, en concreto, de la institución que comentamos. Se ha afirmado con razón que la historia de las sociedades anónimas es la historia de su reforma. Así, este trabajo se inicia con unas consideraciones históricas de las que no podemos prescindir. El encuadre de nuestro objeto de estudio tiene, además, en el Derecho comparado un factor decisivo para situar en adecuadas coordenadas de espacio y tiempo la problemática, siempre desde la perspectiva concreta del Derecho español. Todo ello constituye el contenido de la Parte Primera de este trabajo.

En la Parte Segunda, el Capítulo I lo dedicamos al estudio de la creación y caracterización de los delegados. En concreto, es objeto de análisis la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar, el contenido de la delegación, es decir, las facultades delegables, y, en tercer lugar, la caracterización de los delegados.

El Capítulo II está dedicado al estudio del estatuto de los delegados, haciendo hincapié en su nombramiento, retribución y terminación en el cargo. Finaliza este Capítulo con una referencia necesaria a la naturaleza de la delegación.

El Capítulo III se centra en la actuación de los delegados y los efectos de la delegación, diferenciándose entre las relaciones internas (los delegados y el Consejo de administración, de un lado, y los delegados y la sociedad, de

otro) y las relaciones que se originan en la esfera externa, lo que nos lleva al estudio la representación de la sociedad y al análisis de la distinción entre la representación orgánica y la representación voluntaria.

El Capítulo IV, por su parte, tiene como contenido fundamental el comentario de una de las cuestiones más problemáticas que plantea la administración de las sociedades: la responsabilidad de los administradores y, en concreto, las repercusiones que la delegación pueda tener sobre la misma.

Finalmente, en el Capítulo V se aborda el estudio de las figuras afines a las que constituyen nuestro objeto de estudio fundamental, haciendo especial referencia a los apoderados.

## **PARTE PRIMERA**

### **CAPÍTULO I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRADORA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

#### **I. ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO.**

Con el objeto de situar el objeto de estudio anteriormente apuntado en la Introducción de este trabajo -la situación actual de la delegación de facultades y de los órganos delegados, en especial- dentro de unas coordenadas temporales y espaciales más o menos concretas, se hace necesario analizar, aunque sólo sea someramente, algunas cuestiones que podrán ser de utilidad conforme se avance en la investigación. En concreto, proponemos el estudio de los antecedentes de la sociedad anónima, las líneas generales de la evolución que a lo largo de la historia ha experimentado la administración del citado tipo social y, por último, cuál es la situación actual de la cuestión, en cuanto que ésta es el resultado de las transformaciones producidas en la estructura de la sociedad anónima desde sus orígenes.

Y todo ello, porque “difícilmente será posible encontrar otro instituto jurídico en el que los cambios y mutaciones estén tan a la orden del día y en el que las tensiones, factores y características del entorno económico-político que le rodea sean tan influyentes, perentorios y decisivos, hasta el punto de que, como ha escrito WIETHÖLTER, la historia de las sociedades anónimas es la historia de su reforma”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CRISTOBAL MONTES, A., *La administración delegada de la sociedad anónima*, EUNSA, Pamplona, 1977, pp. 11 y 12, que cita a WIETHÖLTER, R., *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961, p. 35.

No obstante, no se pretende aquí realizar un estudio exhaustivo de todo el proceso de evolución de la sociedad anónima. Se trata, tan sólo, de señalar las líneas principales de dicho proceso, sobre todo en lo que se refiere a la administración y a la organización del poder dentro de la misma. Ello equivale, como en su día apuntó el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS, “a fijar cuáles han sido los núcleos de poder dentro de la sociedad a lo largo de la historia”<sup>2</sup>.

#### A. ANTECEDENTES INMEDIATOS

Coincide toda la doctrina en situar los orígenes de la actual sociedad anónima en el siglo XVII, con la aparición de las conocidas como Compañías Coloniales<sup>3</sup>, cuya aparición se ve motivada por los grandes descubrimientos

---

<sup>2</sup>Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración, Ed. Montecorvo, Madrid, 1971, p. 52.

<sup>3</sup>Entre otros, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, op. cit., pp. 16 y 17; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pp. 1 y 3; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, p. 608; IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 31 (nota 4); RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2º ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, p. 6; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, op. cit., p. 53.

Ello no obstante, existen algunas figuras nacidas y consolidadas en épocas anteriores que podrían presentar ciertas analogías con la sociedad anónima tal y como se conoce hoy día. Sumariamente, podemos destacar en primer lugar la *Societas Publicanorum Romana*, en cuanto sociedad en la que varias personas aportaban bienes y actividades con el objeto de tomar en arriendo del Estado o del Municipio la recaudación de los impuestos o la realización de obras públicas o suministros y obtener de ello una ganancia. En este sentido, ARIAS BONET, J. A., “*Societas Publicanorum*”, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX, 1948-1949, pp. 218 y ss. Sin embargo, salvo algún autor que, contra el sentir general, advierte la contribución de esta institución romana en la conceptualización de la moderna sociedad anónima (así, BRUNETTI, A., *Trattato del Diritto delle Società, t. II, (Società per azioni)*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 3), es afirmada por la mayoría de los autores la dificultad, por no decir imposibilidad, de encontrar en este tipo de *societas* un nexo de unión, más o menos inmediato, con la sociedad anónima de hoy. Y ello, por diversas razones entre las que destaca, al margen del carácter público que tenía la *societas*, el hecho de que no existe ninguna similitud ni en los órganos, ni en la condición de los socios, ni tampoco en el título de participación en una y otra sociedad. En este sentido, CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, op. cit., p. 14 y GIRÓN TENA, *Derecho...*, op. cit., p. 2. Ante esta imposibilidad de encontrar un precedente romano para la sociedad anónima,

geográficos de la época y la consiguiente colonización de las tierras que se van descubriendo, tareas para las cuales resultan manifiestamente inadecuadas las formas medievales de empresas (colectiva y comanditaria).

Las distintas Compañías fundadas en los distintos países poseen su propia estructura y sus propias características porque reflejan los rasgos políticos más peculiares de cada uno de los Estados, atendiendo, sobre todo, al

---

los autores han puesto su atención en la Edad Media y de esta forma, los historiadores mercantiles han hallado un posible origen de la sociedad anónima en las relaciones que, en muchos municipios de la Italia medieval, se establecían entre el gobierno y sus acreedores. Estos municipios, para poder hacer frente a sus necesidades y empresas, recibían empréstitos por parte de los particulares. El total de dicho empréstito se dividía en partes iguales que daban a sus titulares el derecho a una participación proporcional en los ingresos públicos. En algunos casos, no en todos, los beneficiarios de esos débitos se agruparon en organizaciones autónomas como es el caso del Banco de San Jorge de Génova, destacable frente a otros (Banco de San Ambrosio, *Banco dei Paschi* de Siena) por concurrir en él dos de las notas propias de la sociedad anónima, cuales son la responsabilidad limitada al importe del crédito del partícipe y la división de la capital en partes iguales, representadas documentalmente y transmisibles, y a los que, posteriormente, se añadirían el ánimo de lucro y el carácter corporativo de la asociación. Sobre esta cuestión, v. CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 15 y GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 2. Similar a los organismos anteriores fueron las *maone*, en cuanto agrupaciones de ciudadanos que en interés y bajo la dirección del Estado emprendían una expedición naval para la conquista de alguna colonia, obteniendo a cambio, durante un periodo de tiempo y con la finalidad de garantizar y extinguir el crédito, la administración y el usufructo de la colonia, así como el monopolio en el comercio de algunos artículos coloniales. También en este caso, el crédito estaba dividido en partes iguales o cuotas constituyendo los titulares de las mismas una “*sociedad anónima*” a la que correspondía la administración de la colonia. Se ha discutido por la doctrina si las *maone* constituyeron auténticas compañías coloniales –de las que se consideran su inmediato precedente- o si, por el contrario, la comunidad que se constituía entre todos los partícipes no llegó a tener nunca auténtico carácter social. No obstante, se consideran datos seguros algunas de las características de estos organismos -la transmisibilidad de las partes, la constitución de un patrimonio independiente, la limitación de la responsabilidad, y la participación en la administración- los cuales los acercan a las sociedades anónimas. En relación a lo dicho, v. entre otros, BRUNETTI, *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss, LEICHT, P.S., *Storia del Diritto Italiano, terza parte, Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 169 y ss, y GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 2. Niega a las *maone* el carácter social CESSI, “Studi sulle “*maone*” mediovali”, *Archivio Storico Italiano*, 1919; v., CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 15 y 16 y GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 2. Finalmente, hay que mencionar dentro de los posibles orígenes de la sociedad anónima algunas figuras propias del Derecho Alemán, tales como las corporaciones mineras o *Gewerkschaften*, y las organizaciones navales o *Reederei*. Entre otros, CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p.16 y GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 3.

mayor o menor grado de intervencionismo gubernamental<sup>4</sup>. No obstante, desde el punto de vista que nos interesa podemos hablar de un modelo organizativo común a todas ellas. Por lo que se refiere a la Junta general, entendida como reunión de todos los accionistas, ni se da en todas las Compañías, ni, mucho menos, ostenta la soberanía dentro de la misma, pues como advierte GIRÓN TENA, “a los partícipes no se les reconocen derechos políticos y, a veces, se les amenaza con no pagarles beneficios”<sup>5</sup>, es decir, se les amenaza con la pérdida de sus derechos económicos. La ausencia de poder real de la Junta hace que la soberanía se decante hacia un Consejo compuesto por un número reducido de miembros, grupo minoritario y selecto constituido por los partícipes en primer grado y en estrecho contacto con el poder público, y con un poder casi ilimitado que, en ocasiones, debía compartir con los conocidos como “Directores”, a los que se encomendaba la gestión ordinaria de la Compañía. Este desdoblamiento para el ejercicio del poder en el seno de las Compañías Coloniales parece vislumbrar “un precedente de la actual articulación de la administración”<sup>6</sup>.

En relación con las primeras Compañías, las surgidas durante todo el s. XVII, debemos destacar que mantuvieron un carácter público más o menos acusado en función del mayor o menor intervencionismo del Estado en las mismas. Intervencionismo que podía darse no sólo en el momento de la constitución de la Compañía, ya que estas se fundaban por privilegios estatales (el sistema de *octroi*) nota común en todos los países, sino también a través de la intervención en la administración. El ejemplo más destacado de intervencionismo estatal lo encontramos en España y Portugal donde el Estado explotó directamente el comercio hasta el s. XVIII. Y es en este siglo, en el dieciocho, cuando, al margen de las Compañías de carácter público que se

---

<sup>4</sup> Entre las Compañías españolas podemos destacar la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, la Real Compañía de La Habana, La Real Compañía de Filipinas...

<sup>5</sup> *Derecho...*, *op.cit.*, p.6.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 55.

siguen creando y que se mantienen sometidas a una reglamentación más o menos rigurosa establecida en la carta de concesión que autorizaba su creación, aparecen las primeras Compañías de carácter privado<sup>7</sup>, creadas a imitación de las primeras, es decir, con carta de concesión, pero con gran autonomía a la hora de fijar el contenido de sus estatutos. Esta circunstancia se vio favorecida por la ausencia de una regulación legal aplicable con carácter general a esta figura. Falta de regulación que daría lugar a una serie de abusos que desembocarían en la supresión de las Compañías.

Por lo que se refiere a la organización interna de las Compañías, especialmente de las privadas, parece producirse en este periodo una cierta “democratización”, en tanto en cuanto se fortalece la posición de la Junta General en detrimento de la libertad y de la independencia que caracterizaban la dirección de las primeras compañías coloniales. Sin embargo, este cambio sólo se produjo en las Compañías más pequeñas en las que el reducido número de socios y la identidad de intereses permitían la reunión frecuente y eficaz de este órgano. Por el contrario, en el resto de las Compañías se produjo un fortalecimiento de los administradores considerados hasta entonces como simples funcionarios de la sociedad. Lo que lleva a concluir, como resalta RODRÍGUEZ ARTIGAS, que durante el s. XVIII, salvo en las pequeñas sociedades, se da un marcado carácter aristocrático en este tipo de entes, ya que el poder está en manos de un reducido grupo de personas del que formaban parte los grandes accionistas (representantes del poder económico) y funcionarios del Estado o allegados a él (representantes del poder público); el

---

<sup>7</sup> Señala el profesor GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 8, que más que una privatización total lo que ocurrió fue que se aplicó la fórmula de la compañía colonial a dos sectores diferentes: las Empresas públicas sometidas a una minuciosa reglamentación, y las puramente privadas que, aun cuando normalmente necesitan carta de concesión, gozan de una autonomía prácticamente ilimitada.

resto de los accionistas quedaban relegados a un segundo plano, siendo considerados prácticamente como simples obligacionistas<sup>8</sup>.

Entrados ya en el s. XIX, la Revolución Francesa marca una antes y un después en la historia de la sociedad anónima, dado que sus rasgos esenciales se van a consolidar en este momento. Destaca, como dato a tener en cuenta, que por primera vez desde el nacimiento de las sociedades anónimas va a existir una reglamentación legal de carácter general, cual es la establecida en el *Code de Commerce* francés de 1807. No obstante, este código ofrecía una regulación básica de las sociedades anónimas, omitiendo la referencia a cuestiones concretas. Esta ausencia de normas se explicaba, en parte, por la necesidad de someter a la aprobación del Gobierno los Estatutos de la sociedad, en los cuales si se hacían referencias concretas a aspectos tales como la organización de la sociedad. En definitiva, se mantiene el intervencionismo del Estado pero con carácter radicalmente diferente al que había tenido en épocas anteriores. No se trata ya de utilizar a las sociedades como instrumentos de la política estatal, sino de evitar los fraudes a que había dado lugar la libertad imperante en la etapa anterior y que, como dijimos, supuso que durante algunos años se prohibiera la constitución de compañías<sup>9</sup>.

Por lo que se refiere a la organización interna de las sociedades, los órganos obligatorios en toda sociedad eran dos: la Junta General y el órgano de administración. La Junta, como asamblea de todos los accionistas, tenía la consideración de órgano soberano de la sociedad, a través de la cual los socios podían ejercitar sus derechos sobre los asuntos de la sociedad, cuya llevanza

---

<sup>8</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

<sup>9</sup> En España, el Código de Comercio de 1829 sigue la línea del Código Napoleónico pero con la diferencia fundamental de que se limita a exigir la aprobación de las escrituras fundacionales por los Tribunales de Comercio y no por el gobierno. Además, y por primera vez, la sociedad anónima aparece ya privatizada en todo lo relativo a su organización y funcionamiento. Sobre este punto incidiremos en otras líneas de este trabajo.

estaba encomendada a los administradores, considerados entonces como simples mandatarios. De esta manera, se rompía, al menos desde un punto de vista teórico, con la situación vigente hasta ese momento y se democratizaba la estructura de las sociedades anónimas. Sin embargo, la realidad era bastante distinta ya que en la práctica las sociedades presentaban una estructura típica en la que el poder no radicaba en la Junta sino en un Consejo, integrado por los principales accionistas y por personas interesadas en la marcha de la sociedad. El poder del Consejo era muy amplio, hasta el punto de que normalmente tenía la facultad de designar a los administradores o Directores, encargados de la gestión diaria de la sociedad y sometidos a la vigilancia del Consejo, el cual, además, debía de dar instrucciones y aprobar determinados actos en razón a su importancia.

Tras unos años en los que se asistió a un cierto retraimiento de las sociedades anónimas, provocado fundamentalmente por la necesidad de obtener una autorización previa para su constitución, se produjo la liberalización total de la misma a través de la Ley de 24 de julio de 1867<sup>10</sup> que, al igual que ocurrió con el *Code de Commerce*, será imitada en muchos países<sup>11</sup>. Este régimen de total libertad se intentó compensar con una regulación más detallada y con un adecuado sistema de responsabilidad.

En el modelo legal, la Junta aparece como el órgano soberano de la sociedad, cuya posición se asegura mediante la ampliación de su competencia y la regulación del derecho de voto. Junto a ella, encontramos el órgano administrativo integrado por mandatarios y encargado de ejecutar los acuerdos de la Junta. Este órgano comienza a configurarse como Consejo al cual está

---

<sup>10</sup> Dice el profesor GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 5ª ed., Imp. Aguirre, Madrid, 1968, p. 338, que esta Ley “representa en su época un adelanto formidable y constituye un cuerpo de doctrina legislativa sobre la sociedad anónima que hasta hace poco conservó su vigor y su original fisonomía a través de los sucesivos retoques parciales de que fue objeto”.

<sup>11</sup> En España, el sistema de autorización previa desaparece definitivamente con una Ley de 1869. De esta Ley, pasa al Código de Comercio de 1885 y de ahí a la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad Anónima de 1951 y al actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

sometido un conjunto de personas que forman la Dirección de la sociedad, encargada de la gestión diaria de la misma y en la que, en la práctica, se solían incluir a administradores delegados, Comisiones, Directores generales, Directores técnicos... Por último, existe un tercer órgano, de control, que vigila, bien la gestión en general, bien los aspectos contables de la misma. Sin embargo, una vez más, la idea resultó utópica al manifestarse la Junta incapaz de desarrollar el poder que las Leyes le conferían. Ello dio lugar en la práctica a una inversión de la jerarquía social, trasladándose el poder de la Junta a la administración (el Consejo y la Dirección).

De esta manera, la situación del poder en la sociedad durante el s. XIX no se altera en relación con épocas anteriores a pesar de los esfuerzos del legislador. Todo ello determina que durante el s. XX la evolución legislativa de esta materia siga una línea manifiestamente contraria a la mantenida hasta el momento. Ahora, la tendencia general se decanta hacia un reforzamiento de los poderes y la posición del órgano de administración en detrimento de la Junta general, y ello se compensa con el establecimiento de un sistema de responsabilidad más riguroso. Destaca en esta nueva etapa la Ley alemana de 1937<sup>12</sup> que establece una separación radical entre las funciones de gestión, encomendadas al *Vorstand* (órgano de administración) que dirige la sociedad bajo su responsabilidad y la representa con un poder ilimitado, y las funciones de vigilancia que se encomiendan al *Aufsichtsrat* (Consejo de Vigilancia), estableciéndose, así, lo que hoy conocemos como sistema dualista de administración de la sociedad anónima. En definitiva, se produce una separación entre los accionistas y los administradores o, lo que es lo mismo, entre propiedad y poder. Circunstancia ésta que va paralela a otro fenómeno propio de nuestro tiempo. Y es que las grandes sociedades, hoy día, al no

---

<sup>12</sup> Hay que advertir que durante el s. XX Alemania va a sustituir a Francia en el papel de pionera de la reforma que hasta entonces había desempeñado y que, como ocurrió en el caso francés, su ejemplo va a ser seguido por numerosos ordenamientos.

poder encontrar por si mismas la financiación que necesitan para su desarrollo han decidido recurrir al ahorro de los ciudadanos para procurarse sus medios de subsistencia. Este fenómeno, denominado *capitalismo popular*, supone que las sociedades anónimas estén compuestas por un gran número accionistas cuyo único interés radica simplemente en la obtención de beneficios sin importarles el ejercicio de los derechos que legalmente le corresponden en cuanto socios, es decir, en cuanto accionistas de una sociedad anónima y desentendiéndose de manera absoluta de la marcha o gestión de la sociedad. Todo ello provoca un vacío de poder que se decanta hacia una minoría activa e interesada en el desarrollo de la sociedad y, por tanto, en la gestión y administración de la misma. Es decir, estas dos circunstancias –la pérdida de poder de la Junta y el cambio en cuanto a la forma de participación de los accionistas en la sociedad–, explican los cambios producidos en el seno de la sociedad y, más concretamente, en el ámbito de la administración de la sociedad anónima.

Este fenómeno que se produce en toda Europa, implica regresar a la anterior concepción aristocrática de la sociedad anónima con primacía de los grandes accionistas que ostentan la administración social<sup>13</sup>.

## **B. TRANSFORMACIONES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL.**

Realizado el breve repaso histórico acometido en el epígrafe anterior, podemos afrontar el estudio de las transformaciones que ha experimentado, y está experimentando, la sociedad anónima sobre todo en el ámbito de la administración social y su organización<sup>14</sup>, dado que, como se ha puesto de manifiesto en las últimas líneas del apartado anterior, hay dos fenómenos (la pérdida de poder de la Junta general y el cambio en la actitud de los accionistas de las sociedades anónimas), que van a determinar las transformaciones producidas en el interior de la sociedad y, más en concreto,

---

<sup>13</sup> CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, v. OLIVENCIA RUIZ, M., “Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima”, *R.G.D.*, nº 603, diciembre, 1994, pp. 12833 y ss.

en la administración social. Y son estos dos hechos, fenómenos o circunstancias los que explican que otros órganos sociales, el órgano de administración y, particularmente, el Consejo de administración<sup>15</sup>, asuman un papel principal en el gobierno y gestión de la sociedad. Resulta interesante y conveniente, por tanto, antes de analizar la organización de la administración y sus transformaciones, hacer un breve resumen sobre el concepto de gestión o administración, toda vez que ello influye de forma decisiva en la organización la misma.

En este sentido, coincide gran parte de nuestra doctrina en entender que cuando se habla de gestión o de administración de una sociedad se alude al conjunto de actos de diversa índole que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido<sup>16</sup>.

Además, independientemente de cual sea su contenido concreto, y en esto también es coincidente la doctrina, es importante destacar que la actividad de gestión constituye un todo unitario en cuanto que todos los actos y decisiones que la integran se realizan sobre un mismo patrimonio, el de la sociedad, y con una misma finalidad, la realización del objeto social<sup>17</sup>. No

---

<sup>15</sup> Aunque el Consejo sea, según la legislación de sociedades anónimas, una de las posibles formas que puede adoptar el órgano de administración de estas sociedades, no sólo es muy frecuente en la práctica española, sino que en algunos casos viene impuesta por disposiciones específicas, en función de la naturaleza de las actividades que constituyan el objeto social. Piénsese, por ejemplo, en la legislación especial bancaria [art. 2.1. f) del RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre Creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito) o la de empresas de servicios de inversión [arts. 67.2 e) LMV y 14. 1. e) del RD 867/2001, de 20 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión].

<sup>16</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 74; GIRÓN, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 359; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 99; MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 216 y 217; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros ejecutivos...*, *op. cit.*, p. 76; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles”, *R.D.M.*, nº 85, 1962, pp.59 a 61.

<sup>17</sup> En relación al contenido de la administración se suele diferenciar dentro de la mismas entre *gestión* (actos que no rebasan la esfera interna de la sociedad) y *representación* (actos que ponen en relación a la sociedad con terceros). En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 99. A su vez, dentro de los actos de gestión, cabría hacer una nueva distinción entre

obstante, este proceso unitario está integrado por una serie de fases o etapas que suelen enunciarse de la siguiente forma: Programación, Dirección, Ejecución y Control<sup>18</sup>. Dejando aparte la ejecución (ya que con este término nos referimos a la realización de actividades materiales que exceden de la administración en sentido estricto), la gestión propiamente dicha comprende una triple tarea que se descompone en una serie de elementos de distinta naturaleza<sup>19</sup>. Estas tres tareas consisten en:

---

*actos relativos a la organización de la sociedad y actos relativos al ejercicio de la empresa social*. V., también, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros...*, *op.cit.*, p. 76 y “La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima”, *R.d.S.*, nº. 1, 1993, p. 101, o, en otra terminología, “gestión societaria de tipo interno” o “gestión propiamente empresarial”. Así, POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad anónima. Arts. 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en AA.VV., dirigidos por URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Civitas, Madrid, 1992, p. 478.

No obstante, esta orientación doctrinal de separar gestión y representación no es unánimemente aceptada por toda la doctrina por considerarse que administración y representación no son actividades totalmente diferenciadas. Así, por ejemplo, el profesor SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “Sobre la distinción...”, *op. cit.*, p. 48, entiende que la administración llevaría “normal y naturalmente” la representación. Añade el citado autor que es necesaria una revisión de la distinción entre administración y representación ya que si bien tiene cierto valor, no debe plantearse como una separación sustancial. Además, en todo caso, el administrador “no representante” debería ser considerado como un administrador con facultades mermadas porque el estado natural del administrador es el que no tiene restringida tal facultad de representación al ser ésta una parte de la función de administrar.

En resumen, es opinión de gran parte de la doctrina el que “la única función del órgano de administración es la función de administrar, entendida en el sentido más amplio que incluye las funciones de dirección de la política general, de gestión, de representación, (...)”. Y el objetivo de la función de administrar así considerada, sería la consecución del objeto social. “Aceptando esta premisa, la representación consiste en uno de los elementos integrantes de la administración”. En este sentido, PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 43 y ss, que cita, en el mismo sentido, entre otros autores a ESTEBAN VELASCO, RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ, para quienes administración y representación constituyen dos caras de la misma moneda.

<sup>18</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, 74 y 75; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>19</sup> La formulación de estas tres tareas que integran la gestión fue elaborada por LEARNED, E., “Le rôle de la direction général”, en *L’entreprise et l’économie de XX siècle* (Etude internationale à l’initiative de BLOCH-LAINÉ et FRANÇOIS PERROUX), tres tomos, Presses Universitaires de France Paris, 1966, p. 515.

- a) Formular la estrategia y los objetivos de la sociedad, teniendo en cuenta los recursos propios y las circunstancias del entorno de la sociedad.
- b) Elaborar un conjunto de planes generales destinados a aplicar la política general o la estrategia formulada y, simultáneamente, crear una organización adecuada para la ejecución de dichos planes.
- c) Dirigir y controlar la organización creada, de acuerdo con esta misma política.

Como se puede deducir de lo dicho, el proceso de gestión de una sociedad puede llegar a alcanzar gran complejidad, complejidad que está en relación con las dimensiones de cada sociedad y que, unida a otros factores que se expondrán a continuación, revela que la tradicional configuración de los órganos de administración de la sociedad anónima debe sufrir cambios importantes para poder enfrentarse con éxito al mundo empresarial<sup>20</sup>. En este sentido, dada la imposibilidad de que una sola persona se haga cargo de todas las tareas que la gestión lleva consigo surge la necesidad de organizarla procediendo, bien a una distribución de competencias, o bien llevando a cabo una descentralización de las tareas de gestión atribuyendo su realización a distintas personas. Esta descentralización se opera, normalmente, a través de la delegación de funciones ya que esta técnica permite por su flexibilidad, adaptar la organización a las exigencias de cada caso en concreto. He aquí una de las razones que motivan el fenómeno de la delegación de facultades<sup>21</sup>.

Por otro lado, aunque en relación con lo que se ha expuesto hasta aquí, el propio Consejo de administración ha resultado ser un organismo incapaz de llevar a cabo una gestión de la sociedad eficaz y adecuada a la realidad que nos ha tocado vivir, como en su momento sucedió con la Junta general. El principal problema que plantea es la necesidad de actuar colegiadamente para

---

<sup>20</sup> En este sentido se expresa CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, op. cit., p. 76.

<sup>21</sup> Así, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, op. cit., p. 80.

el desarrollo de la función administradora circunstancia que implica que, a la hora de actuar, el Consejo resulte poco operativo y deje de ser el órgano adecuado para una eficaz gestión de la sociedad. A ello, hay que unir el hecho de que en la mayoría de las ocasiones los Consejos de administración están compuestos por personas sin la cualificación o preparación necesaria para enfrentarse a la labor de gestionar la sociedad. Por ello, hoy día la actuación del Consejo como tal, está siendo reemplazada bien por su presidente, bien por un Director general, bien por órganos delegados. Es decir, actualmente, en aras de una mayor flexibilidad, agilidad y eficacia en el ejercicio de la función administradora, ésta suele conformarse de una manera dual: por un lado, existe un órgano pluripersonal con funciones fundamentalmente de control, y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiales, que son los que en definitiva gestionan la sociedad. Esta separación viene impuesta en los ordenamientos donde rige el *sistema dualista de administración de la sociedad anónima*, mientras que en otros, donde impera el *sistema monista*, se lleva a cabo mediante las denominadas delegaciones de facultades. He aquí los otros factores que determinan la aparición de la delegación de facultades.

En definitiva, el que la organización de la administración de la sociedad en forma de Consejo ofrece ventajas frente a las demás posibilidades es indudable, fundamentalmente por dos motivos. Por un lado, la presencia de varios administradores permite ponderar y equilibrar los intereses en juego. Por otro, el recíproco control que, en estos casos, se establece entre los administradores. No obstante, también es evidente que esta forma de organización plantea los problemas a que hemos aludido. Así, la complejidad que ha alcanzado la administración o gestión de las sociedades, el hecho de que el Consejo tenga que actuar colegiadamente, unida a la circunstancia de que la composición de los Consejos no es del todo adecuada (su número de miembros suele ser demasiado elevado y éstos no tiene la cualificación

necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones), determinan, como ya hemos advertido, que hoy en día el Consejo desarrolle pocas aunque importantes decisiones y ejerza funciones fundamentalmente de control y que sean los órganos delegados los que en definitiva gestionan la sociedad. Esta separación, como también hemos señalado, viene impuesta en los ordenamientos donde rige el *sistema dualista de administración*, mientras que donde impera el *sistema monista*, se lleva a cabo mediante la delegación de facultades<sup>22</sup>. A través del acto de delegación, el propio Consejo de administración puede dar lugar a una estructura de la administración más flexible y ágil, consistente en la simplificación o eliminación del funcionamiento colegial<sup>23</sup>.

Para el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS por medio de la delegación “y como respuesta a las exigencias planteadas por la creciente complejidad de las tareas de gestión, es posible crear una serie de centros de decisión dotados de una esfera de competencia que comprende no sólo la ejecución material de determinadas funciones, sino un margen de autoridad así como la correspondiente responsabilidad”<sup>24</sup>. Sin embargo, conviene hacer dos matizaciones:

1. La creación de estos centros de decisión dotados de una cierta autonomía no supone la ruptura de la unidad que debe inspirar todo el proceso de gestión, ya que éste responde a la idea de jerarquización que asegura la realización coordinada de todos los actos y decisiones en orden al fin que les es común.
2. Como tendremos ocasión de comprobar, existen funciones que se consideran indelegables ya que al Consejo, como órgano máximo de gestión de la sociedad, le debe corresponder, como mínimo, el establecimiento de la

---

<sup>22</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., pp. 50, 121 y 122.

<sup>23</sup> En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Configuración estatutaria del órgano de administración”, en AA.VV., coord. por ALONSO UREBA, A./DUQUE DOMÍNGUEZ, J., /ESTEBAN VELASCO, G., /GARCÍA VILLAVERDE, R./SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas, I La fundación*, Civitas, Madrid. 1991, p. 369.

<sup>24</sup> *Consejeros delegados...*, op.cit., p. 82.

política general del ente social. No existe, sin embargo, inconveniente en admitir que la ejecución material de esta política pueda encomendarse a los órganos delegados. Ello es así, continúa el citado autor, porque “la función de determinar la política general de la sociedad constituye el núcleo esencial de la gestión, (...), esta política general condiciona toda la actividad de gestión”, por ello, “el órgano social al que, por imperativo de la ley, está encomendada la administración, no podrá delegar la función de determinar la política general de la sociedad ni las tareas que lleva implícita (...). Se establece así una distinción -cuyos límites no siempre resultan claros- entre el núcleo o la esencia del poder de gestión, que es indelegable, y el resto de la actividad, que suele denominarse <<gestión diaria>>, cuya realización puede encomendarse a otras personas”<sup>25</sup>.

Por otro lado, pero en relación con lo anterior, hay que tener en cuenta que, si bien los órganos de administración van derivando cada vez más hacia formas reducidas, también es cierto que los grupos directivos de las empresas aumentan en número e importancia, e inciden, cada vez con mayor presión, sobre los administradores, circunstancia que se ve agravada por la creciente debilidad del Consejo de administración que ya hemos comentado<sup>26</sup>.

En resumen, y como consecuencia de lo dicho hasta aquí, uno de los debates, quizá el principal, que actualmente suscita la administración de las sociedades anónimas es la opción, bien por el sistema monista de administración (un órgano/dos funciones), adoptado por países como España o Reino Unido, bien por el sistema dualista (dos órganos/dos funciones), dualismo que en algunas legislaciones se establece con carácter imperativo

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros ejecutivos...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss. En este mismo sentido, ha resaltado SCIARELLI, S., *Il processo decisorio nell'impresa*, CEDAM, Padova, 1967, p. 297, que en los niveles supremos de la organización deben mantenerse en todo momento los poderes de control e intervención necesarios para coordinar e imprimir rumbo a toda la actividad de la sociedad.

<sup>26</sup> En este sentido, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63 e IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

(modelo alemán), en otras como opción voluntaria (modelo francés) y en otras como órgano necesario a partir de cierta magnitud empresarial (modelo holandés)<sup>27</sup>.

En esta línea de confrontación entre ambos sistemas, señala el Profesor ESTEBAN VELASCO que los defensores del sistema monista ponen de relieve, como una de sus características fundamentales, la flexibilidad del mismo “ya que permite, mediante el mecanismo de la delegación, la adaptación del modelo legal básico a las circunstancias de cada sociedad (...)”. No obstante, “esta adaptabilidad es vista críticamente por algunos autores en la medida en que permite en la práctica estructuras de administración muy diversificadas bajo un mismo modelo legal”<sup>28</sup>. El

---

<sup>27</sup> Al margen de todo, tanto uno como otro sistema de administración presentan disfuncionalidades. En este sentido, ALONSO UREBA, A., “El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal *versus* Códigos de Conducta)”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 127 y 128.

<sup>28</sup> “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 142 y 143. El mismo autor expone en obra diferente (ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, pp. 378 y ss.) una serie de argumentaciones en pro del sistema de organización dualista. En este sentido, sostiene el citado autor que las ventajas de este sistema de administración se centran en dos puntos fundamentales: “1º. las exigencias de la gestión de la empresa de una cierta dimensión y, 2º. la solución del problema de la participación de los trabajadores”, ya que “la existencia de un órgano de vigilancia distinto del de gestión resultaría especialmente adecuado para acoger la representación de otros intereses que los tradicionales de los capitalistas”. Sin embargo, “por lo que respecta al funcionamiento en la práctica del modelo legal (...) la separación de funciones no se ha dado (...) La experiencia alemana en relación con...el sistema del Consejo de vigilancia en el ámbito comunitario nos lleva a hacer las siguientes consideraciones críticas: 1ª (...)se puede afirmar que pese a la dualidad de órganos existe una interrelación funcional. 2ª (...) nos encontramos en realidad ante sistemas mixtos, en cuanto que el Consejo de Vigilancia en el conjunto de la administración de la empresa entendida como proceso unitario acumularía una serie de funciones de vigilancia, consulta, decisión, cooperación y, en su caso, coordinación, que no encajan con la idea de control-verificación (...), sino más bien en la que podemos llamar control-participación (...). 3ª. La cuestión central en debate es la regulación de la competencia para la política de la empresa (...). Pues bien, aquí es donde ofrecen sus respectivas peculiaridades uno y otro sistema (...). En todo caso se puede afirmar que en principio parece que la separación de órganos favorece una

problema, concluye el citado autor, es que existe una “disociación entre modelo legal y modelo real. El modelo legal parte de que el órgano de administración puede ejercer la doble actividad de gestión y control, mientras que en la realidad el poder de gestión reside en los grupos directivos, más o menos profesionalizados, parte de los cuales forma parte del órgano de administración, mientras que el pleno del Consejo como tal actúa como mero órgano consultivo y de ratificación de las decisiones proyectadas y tomadas por los directivos”<sup>29</sup>. Ello determina que en el ámbito de los sistemas monistas surjan algunos intentos de reforma que, con el fin de solucionar los desajustes entre el modelo legal y el real de organización de la administración de la sociedad anónima, ponen su atención en las ventajas e inconvenientes del sistema monista frente al dualista y en la incidencia que la delegación de facultades tiene sobre las obligaciones y responsabilidades de los Consejeros delegados y no delegados<sup>30</sup>, aspectos sobre los que no dice nada, al menos de manera explícita, nuestra Ley de Sociedades Anónimas y que serán objeto de tratamiento en otros lugares de este trabajo.

### C. LA SITUACIÓN ACTUAL.

---

delimitación más precisa de las respectivas competencias y responsabilidades. 4<sup>a</sup>. (...) cuando del sistema germánico se destaca el principio de la separación rígida de las funciones de gestión y de vigilancia y se atribuye un alcance limitado a la función de vigilancia encomendada al órgano en que participan los trabajadores (...) nos parece un planteamiento deformado de los efectos y virtualidades del sistema dualista en relación con el fenómeno de la cogestión(...) el hecho relevante no es la dualidad de órganos per se, sino la configuración de las relaciones de competencia entre Dirección y Consejo de Vigilancia (...). 5<sup>a</sup>. Que, finalmente, desde el punto de vista de la armonización de las legislaciones nacionales nos parece que en principio tanto un sistema unitario renovado como uno dualista puede servir de cauce para realizar los fines que justifican la armonización en esta materia (...).”

<sup>29</sup> ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>30</sup> Por su parte, considera PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 1810, que “la ventaja del sistema monista (...) radica en que separa las funciones, pero no separa las responsabilidades. Y como fácilmente se advierte, la vía más adecuada para hacer efectivo el control consiste en responsabilizar de la gestión al propio órgano de supervisión”.

Puesta de manifiesto en las líneas anteriores la estructura interna que hoy día presentan las sociedades anónimas, queda por analizar cual es la situación actual de la cuestión objeto de estudio -administración de la sociedad anónima, en particular, a través de la delegación de facultades-. Situación actual que viene marcada, fundamentalmente, por dos circunstancias:

1. Por un lado, el movimiento conocido como *corporate governance*, o de buen gobierno corporativo, que da lugar a los Códigos de Conducta<sup>31</sup>, y cuya importancia radica en el hecho de que las ideas sobre el gobierno corporativo inciden sobre la estructura de la administración de las sociedades a las que se aplica<sup>32</sup>, hasta el punto de convertir en “modalidad necesaria de administración la del Consejo de Administración con delegación de facultades”<sup>33</sup>.

2. Por otro, el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, al que hay que unir la Directiva 2001/86/CE, que lo completa en materia de participación de los trabajadores, ambos fruto del Consejo de Niza celebrado los días 7 y 8 de diciembre de 2000, con los

---

<sup>31</sup> Este movimiento se ha producido en una gran serie de países. Desde este punto de vista comparado, hay que advertir, sin embargo, que aunque existe una coincidencia en todos ellos en cuanto a la justificación y a los objetivos de la reforma, la metodología y el contenido de la misma es diferente según los países. Así, mientras en algunos, entre ellos Alemania e Italia, se ha optó en un primer momento por la intervención legislativa con el fin de establecer un nuevo marco legal que regule la cuestión (aunque después aprobaran sus correspondientes Códigos), en otros, se ha optado, siguiendo la línea de actuación anglosajona, por la formulación de recomendaciones de aceptación voluntaria para las sociedades. Este último, es el caso de España aunque esta opción, como comentaremos más detenidamente después, ha sido muy criticada por una sector de la doctrina mercantil española.

<sup>32</sup> De hecho, “las reflexiones y propuestas surgidas en el debate en torno al gobierno corporativo se han centrado en la revitalización y reestructuración del Consejo de administración, marginando el significado político-institucional y funcional de la Junta general”. En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Presentación: ¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?”, en AA.VV, coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48.

<sup>33</sup> Así, ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 170.

que, en principio, se pone fin al complejo proceso de armonización del Derecho de sociedades europeo y con los que se construye el marco jurídico regulatorio de la *Societas Europae*<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Hasta llegar al texto consensuado en la Cumbre de Niza se ha pasado por una serie de etapas a las cuales nos vamos a referir sucintamente, señalando las fechas más significativas en este proceso evolutivo. Seguimos para ello las líneas fundamentales trazadas, en este sentido, por los profesores ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *R.d.S.*, n° 16, 2000, pp. 143 a 145 y QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 4285 a 4296.

La *Propuesta inicial de la Comisión* procede de 1970 (1ª Propuesta; Supl. 8/1970, Boletín CE) aunque antes la idea había sido ya puesta de manifiesto en 1959 por el Profesor SANDERS, que llegó a elaborar un texto articulado en 1966, texto que fue la base para el Proyecto de 1970. Posteriormente, en el año 1975, la Comisión presenta una *Propuesta modificada* (2ª Propuesta; Supl. 4/1975 Boletín CE), que incorpora algunas propuestas de reforma contenidas en los Dictámenes del Comité Económico y Social de 1972 y del Parlamento Europeo de 1974. Ambas propuestas se caracterizan por su extensión y por la presentación de soluciones innovadoras en relación con el Derecho más generalizado en los Estados miembros, en particular en materia de órganos, participación de los trabajadores y regulación de los grupos de sociedades. Tanto en un Proyecto como en otro, la estructura organizativa propuesta estaba integrada por un Consejo de Vigilancia y un Consejo de Dirección (el llamado sistema dualista), junto a la Asamblea General de accionistas. En cuanto a la participación de los trabajadores, ésta se insertaba en el Consejo de Vigilancia variando la proporción en uno y otro Proyecto. No obstante, ante la imposibilidad de encontrar un acuerdo mínimo en las mencionadas cuestiones, las discusiones se suspenden en 1982. En 1985 se publica el *Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior* que, en su punto 137, establece que “la realización del mercado interior necesita de estructuras específicas para las empresas”, precisando que “las estructuras deben fundarse en un derecho independiente de los Estados miembros para evitar el cierre de los mercados nacionales en el interior de la Comunidad. El instrumento adecuado para llevarlo a cabo es la Sociedad Anónima Europea, fundada en un Derecho europeo”. Con posterioridad en el *Memorando de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, sobre Mercado interior y cooperación industrial, Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*, de 1988, se trazan las líneas de una propuesta actualizada en su contenido (de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de junio de 1987). Siguiendo estas orientaciones, el 25 de agosto de 1989, la Comisión presenta dos propuestas: *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea y Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a las posición de los trabajadores* (3ª Propuesta; COM (89) 268 final SYN 218 y SYN 219; DOCE, C 263 de 16 de octubre de 1989). En este caso, el Proyecto incluía la opción en materia orgánica entre el modelo dualista (órgano de dirección y de vigilancia) y el modelo unitario (órgano de administración, con delegación interna), complementada con una serie de normas comunes a ambos sistemas. Por lo que se refiere a la participación de los trabajadores, la gran novedad de este Proyecto es que se renuncia a incluir esta cuestión en el Reglamento, remitiéndolo a una

Con respecto al primero de los aspectos planteados, debemos advertir que la estructura de la administración, entendida como “órgano u órganos y comisiones a los que se confía la gestión de la empresa y el control de ésta, determinando su respectiva composición y relaciones de competencia”<sup>35</sup>, es

---

Directiva complementaria. No obstante, se establece como condición necesaria para la constitución de una SE en un Estado miembro que éste hubiera acogido las disposiciones de tal Directiva sobre posición de los trabajadores. Tras la presentación por el Comité Económico y Social y por el Parlamento de sus respectivos dictámenes sobre la SE, la Comisión presentó, el 16 de mayo de 1991 y el 6 de abril respectivamente, nuevas *Propuestas modificadas* de ambos textos (4ª Propuesta; COM (91) 174 final SYN 218 y SYN 219; DOCE C 176, de 8 de julio de 1991 y DOCE C 138, de 29 de mayo de 1991). El Parlamento Europeo confirmó en 1993 su posición sobre la primera lectura (DOCE C 342 de 20 de diciembre de 1993). En una última etapa, y ya superadas las distintas dificultades, el Consejo Europeo de Niza, celebrado del 7 al 9 de diciembre de 2000, llegó a un acuerdo político para desbloquear la Propuesta de Directiva que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores y se deja, de este modo, camino libre para la aprobación del Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, con la Directiva complementaria. El Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó, el 20 de diciembre de 2000, la Propuesta de RESE y la de DITSE. En febrero y marzo de 2001 se enviaron de nuevo los textos al Parlamento Europeo y, finalmente, el 8 de octubre de 2001 fue aprobado, después de 30 años de negociaciones, el marco jurídico regulatorio del Estatuto de la *Societas Europae* (SE), cuyo texto aparece en el DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001. Marco jurídico que está integrado, en definitiva, por el Reglamento (CE) 2157/2001, del Consejo, del Estatuto de la SE, y por la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, que lo completa en lo que respecta a la participación de los trabajadores. Para un análisis de las distintas propuestas y proyectos v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva”, *R.G.D.*, nº 577-578, octubre-noviembre, 1992, pp. 10177 y ss.

Finalmente, desde el punto de vista del Derecho Comunitario hay que tener en cuenta el Proyecto, todavía pendiente de aprobación, de Quinta Directiva sobre estructura de la sociedad anónima cuyo objetivo es el de armonizar la estructura orgánica de la sociedad anónima antes de configurar el nuevo tipo de la SE. El texto inicial de esta Directiva se presentó en 1972 y, posteriormente, en 1983 aparece una nueva Propuesta modificada de Quinta Directiva, pero como decimos todavía no se ha aprobado con lo cual su objetivo no se ha cumplido ya que el Estatuto de la SE si ha sido ya objeto de aprobación. Esta propuesta, además, ha sido retirada por la Comisión. V., en este sentido, DO C 5/2 de 9 de enero de 2004.

<sup>35</sup> ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 139. Por otro lado, como pone de manifiesto RECALDE CASTELLS, A., “La reforma de las sociedades cotizadas”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, p. 177, “aquí se sitúan algunas de las propuestas más innovadoras del documento analizado. (...) el Informe Olivencia en cierta manera institucionaliza o ratifica la pérdida de toda significación de la junta como el órgano de participación de los socios funcionalmente encargado del control de los administradores (a través del nombramiento y separación del cargo,

uno de los aspectos fundamentales del movimiento de reforma sobre el gobierno corporativo o *corporate governance*. Con esta expresión nos referimos a un movimiento de origen anglosajón que hoy ha adquirido dimensiones mundiales y cuyo principal objetivo es reformular la estructura organizativa en el interior del Consejo de administración, así como el papel del propio Consejo<sup>36</sup>. Una de las primeras manifestaciones de este fenómeno fue el Código de buena conducta de la Bolsa de Londres, resultado del *Informe Cadbury*, referido a los aspectos financieros del gobierno de las sociedades. Este informe fue elaborado en 1992 por el “Comité sobre aspectos financieros de la administración de las sociedades” por iniciativa conjunta del Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la profesión contable. El Informe formula un *Code of Best Practices* en el que se abordan cuestiones de suma importancia relacionadas con la distribución dentro de la sociedad de distintos poderes de decisión, el equilibrio entre unos y otros, las repercusiones frente a terceros, así como las técnicas auditoras<sup>37</sup>. En 1995 surge el *Informe Greenbury*, relativo a las remuneraciones de los directivos y en los últimos años el *Informe Hampel* que ha actualizado y reformulado las recomendaciones del *Informe Cadbury*. En la actualidad, estos tres textos se han refundido en uno sólo denominado *Supercode o Código Combinado*, en el

---

o del ejercicio de la acción de responsabilidad). (...) un documento que se pretende de voluntaria aceptación no puede alterar el diseño realizado por el legislador. Sin embargo, constatado el fracaso práctico del citado modelo legal, en el marco de la libertad del Consejo para regular su funcionamiento (art. 141 LSA) se propugna organizar la estructura interna de la administración de forma que quepa instaurar mecanismos capaces de garantizar el control de la gestión realizada por el órgano de administración”.

<sup>36</sup> Como pone de manifiesto el profesor OLIVENCIA RUIZ, M., “Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración”, *A.A.M.N.*, n° 38, 1998, pp. 345 y ss, “es en los países de sistema monista donde nace el movimiento de reforma, que en su lengua materna, el inglés, recibe el nombre de <<Corporate Governance>>, la gobernación o el gobierno de las sociedades”. Destacan, en este sentido, los trabajos y documentos elaborados en Gran Bretaña y Estados Unidos. El modelo inglés se extiende con posterioridad en todo el área anglosajona (Canadá y Sudáfrica) y, de la misma forma, en el continente europeo.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Códigos de conducta y administración de sociedades”, en J&A GARRIGUES ASOCIADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 325 a 327.

que se integran las recomendaciones de los Códigos *Cardbury*, *Greenbury* y *Hampel*<sup>38</sup>.

También en la Unión Europea existen iniciativas en este sentido. De hecho, son tres las actuaciones emprendidas: de un lado las Recomendaciones del Grupo SLIM, dirigidas a la simplificación del Derecho de Sociedades en las materias reguladas por la Primera y Segunda Directiva, de otra el denominado Informe Winter<sup>39</sup> y, por último, la Comisión, en respuesta a la invitación que se le hizo para organizar un debate sobre el futuro del informe y a elaborar un Plan de acción para el Derecho de sociedades presentó el 21 de mayo de 2003 una Comunicación sobre la *Modernización del derecho societario y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea*<sup>40</sup>. El

---

<sup>38</sup> Destacan también estos otros textos dentro del *corporate governance* en el Reino Unido: *Internal Control: Guidance for Directors on the Combined Code (Turnbull Report)*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales, September 1999; *The KPMG Review Internal Control: A Practical Guide*, KPMG Audit Committee Institute, October 1999; *Hermes Statement on International Voting Principles*, Hermes Pensions Management Ltd., December 1999; *The Combined Code: Principles of Good Governance and Code of Best Practice, Derived by the Committee on Corporate Governance from the Committee's Final Report and from the Cadbury and Greenbury Reports*, May 2000; *Code of Good Practice*, Association of Unit Trusts and Investment Funds ("AUTIF"), January 2001; *Review of the role and effectiveness of non-executive directors, Consultation paper published by the Department of Trade and Industry*, 7 June 2002; *The Hermes Principles*, Hermes Pensions Management Limited, 21 October 2002; *The Responsibilities of Institutional Shareholders and Agents - Statement of Principles*, Institutional Shareholders' Committee (the Association of British Insurers; the Association of Investment Trust Companies; the National Association of Pension Funds; and the Investment Management Association), 21 October 2002; *Review of the role and effectiveness of non-executive directors, Department of Trade and Industry*, 20 January 2003; *Audit Committees - Combined Code Guidance (the Smith Report)*, A report and proposed guidance by a Financial Reporting Council appointed group chaired by Sir Robert Smith; *The Combined Code on Corporate Governance*, The Financial Reporting Council (FRC), 23 July 2003; *Corporate Governance: a practical guide*, RSM, Robson Rhodes in association with the London Stock Exchange, 20 October 2004.

<sup>39</sup> Cuyas recomendaciones han sido tenidas en cuenta por los redactores del Informe Aldama.

<sup>40</sup> Para un mayor detalle sobre esta cuestión, así como sobre los hitos más significativos en la reforma del Derecho societario europeo, v., FERNÁNDEZ PÉREZ, N., "El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español", *R.d.S.*, n° 22, 2004, pp. 88 y ss. Un resumen del contenido de la Comunicación de la Comisión lo encontramos en GUERRA MARTÍN, G., "Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Plan de acción de la Comisión para la modernización del Derecho de Sociedades y la mejora de la gobernanza empresarial [COM (2003) 284 final] que, como decimos, fue adoptado en mayo de 2003, identificó una serie de actuaciones necesarias para modernizar y simplificar el marco reglamentario, entre las que figura la creación del Foro europeo sobre gobernanza empresarial. Este Foro se ha creado a través de la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2004 *por la que se crea un Foro europeo sobre la gobernanza empresarial* (2004/796/CE). De acuerdo con el art. 2 de la Decisión el papel del Foro consistirá, teniendo en cuenta la evolución de las prácticas de gobernanza empresarial en los Estados miembros, en propiciar la convergencia de los códigos nacionales de gobernanza empresarial y en prestar asesoramiento estratégico a la Comisión, a petición de ésta o por propia iniciativa, sobre aspectos de política de gobernanza empresarial. El Foro estará compuesto por dieciocho miembros como máximo cuya experiencia y competencia en materia de gobernanza empresarial gocen de un amplio reconocimiento a nivel comunitario. Los miembros del Foro serán nombrados por la Comisión que, además, estará presente en las reuniones del Foro y designará un representante de alto nivel para participar en sus debates. El Foro estará presidido por un representante de la Comisión (art. 3). El Foro, que deberá presentar un informe anual a la Comisión, asumió sus funciones el 18 de octubre de 2004 (arts. 7 y 10).

Como pone de relieve VARGAS VASSEROT “estamos ante una nueva etapa en la construcción del Derecho de Sociedades de la UE, con la que se pretende conseguir un marco dinámico y flexible que resultan indispensables para una sociedad moderna y dinámica. Para ello es necesario adoptar nuevas iniciativas destinadas a modernizar la legislación existente o a complementar el acervo de la UE en materia de Derecho de sociedades. Sin entrar en detalle en el contenido de la Comunicación de la Comisión, si hay

---

Modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno societario en la Unión Europea”, *R.d.S.*, n° 20, I, 2003, pp. 465 y ss.

que mencionar que los principales objetivos que se pretenden alcanzar en el ámbito del Derecho de sociedades con las acciones futuras son dos: reforzar los derechos de los accionistas y la protección de terceros; y promover la eficacia y la competitividad de las empresas. Para el logro de estos objetivos, la Comisión propone un plan de acciones en tres fases (corto, medio y largo plazo), sobre la base de las prioridades que se establecen y propone el tipo de instrumento normativo que se considera el mejor para su consecución en cada caso<sup>41</sup>. A corto plazo, se ha abordado el tema de la gobernanza empresarial a través de la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2004 por la que se crea un Foro europeo sobre la gobernanza empresarial, a la que nos hemos referido con anterioridad.

España, por su parte, no ha permanecido ajena a este movimiento<sup>42</sup> y las primeras iniciativas en esta materia proceden de asociaciones profesionales del mundo empresarial. En los medios empresariales, el punto de partida es el documento “Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de administración” redactado por el Comité de Gestión Empresarial y Productividad del Círculo de Empresarios en 1995<sup>43</sup>. A este documento sigue otro del Círculo de empresarios de 1996, denominado “Una propuesta de normas para un mejor

---

<sup>41</sup> VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, RdS, nº 22 I, 2004, pp. 305 y ss, p. 318

<sup>42</sup> Para un análisis de esta corriente o movimiento y de los presupuestos organizativos e ideológicos a que responde, v. el trabajo de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 55 y ss, quien centra su estudio en dos cuestiones centrales. La primera, relativa a los términos en que se suscita en nuestro país la controversia sobre la *corporate governance*. La segunda, se refiere al instrumento técnico empleado por la Comisión Especial (presidida por el Profesor Olivencia) para realizar sus propuestas y recomendaciones.

<sup>43</sup> Publicado en *R.d.S.*, nº. 5, 1995, pp. 382 y ss.

funcionamiento de los Consejos de los Consejos de administración”<sup>44</sup>, donde se recogen un catálogo de sugerencias dirigidas a las sociedades cotizadas para que las adopten por la vía de la autorregulación.

Posteriormente, el Gobierno español nombrará, por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, una Comisión Especial, dirigida por el profesor OLIVENCIA<sup>45</sup>, para la elaboración de un Informe sobre la problemática de los Consejos de administración de las sociedades y un “Código Ético de los Consejeros de Administración de las Sociedades”, de asunción voluntaria por estas sociedades<sup>46</sup>. Dentro del mismo, por tanto, debemos diferenciar el Informe sobre el conjunto de problemas que suscita la administración de las sociedades por acciones, es decir, sobre la problemática de los Consejos de administración de las sociedades, y el Código de buen gobierno que formula una serie de Recomendaciones que pretenden sintetizar medidas o prácticas de buen gobierno en el estado actual de las sociedades

---

<sup>44</sup> Este documento ha sido publicado *R.d.S.*, nº 8, 1997, pp. 409 y ss, ESTEBAN VELASCO, G., (“Una contribución sobre el gobierno societario: una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de los Consejos de administración”).

<sup>45</sup> Quien en su trabajo “Managers´revolution/independents´counter-revolution: Ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima”, en AA. VV., coord. por IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2173 y ss., predijo que nos encontrábamos ya en una nueva fase histórica de ese *perpetuum mobile* que es la sociedad anónima.

<sup>46</sup> Las notas que definen este encargo del Gobierno son resumidas por el profesor OLIVENCIA RUIZ, “Reglas de conducta...”, *op. cit.*, p. 352, de la siguiente forma: “1º. Su inserción en el movimiento de reforma que antes he descrito en su origen y expansión, propia de la globalización de la economía y de la internacionalización de los mercados. 2º. El cometido doble que el Gobierno encarga a la Comisión: la redacción de un Informe sobre la problemática de los Consejos de Administración y la elaboración de un <<Código ético de buen gobierno>>, de asunción voluntaria por las sociedades. 3ª De lo anterior resulta que la reforma no se proyecta por vía legislativa, sino por la suasoria de recomendaciones, que se someterán a las sociedades destinatarias (principalmente, las que acuden a los mercados; pero sin excluir otras) para que, si así lo estiman oportuno en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, las adopten y las adapten a sus propias características y peculiaridades. 4º. La necesidad de que las medidas propuestas se centren en el Consejo de Administración como órgano de gobierno de las sociedades y, ante todo, en su composición, estructura y funcionamiento y en la regulación de las conductas, deberes y facultades de sus miembros”.

españolas. Catálogo de medidas que las sociedades, en el uso de la libre autonomía de la voluntad y de su facultad de autorregulación, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico<sup>47</sup>. Además, las sociedades que opten por aceptarlas<sup>48</sup> podrán adaptarlas a sus propias características y circunstancias. Se produce, por tanto, un doble fenómeno: por un lado, la adopción de las Recomendaciones y, por otro, la adaptación de las

---

<sup>47</sup> El Código de Buen Gobierno o “Código Olivencia” opta por la autorregulación y adopción voluntaria del Código por las propias sociedades, incorporándolos en los estatutos de las mismas y en el reglamento interno del Consejo de administración. Sobre la base de la recomendación nº 23 del Código de Buen Gobierno (que señala que “el Consejo de administración incluya en su informe público anual información sobre sus reglas de gobierno, razonando las que no ajusten a las recomendaciones de este Código”) se opta por el sistema de difusión voluntaria de la información. Sin embargo, con el fin de favorecer la implantación del Código de Buen Gobierno, la CNMV publicó la Carta Circular 11/1998, de 17 de diciembre en la que se incluye un Modelo para que las sociedades informen sobre sus reglas de gobierno a través de su informe público anual, con lo cual, se quiebra uno de los principios básicos de estos Códigos que es la libertad de las sociedades para informar sobre su adopción en el modo en que consideren más oportuno. En este sentido se pronunció la propia Comisión Olivencia. Posteriormente, en la misma línea, el Presidente de la CNMV, a pesar de las críticas, anunció (el 30 de marzo de 2000) en una Carta publicada en Internet, que el consejo de la CNMV había decidido dar un paso más para facilitar que la información sobre las reglas de gobierno de las sociedades cotizadas llegue al mercado de forma íntegra y uniforme. En consecuencia, las sociedades que hayan asumido, total o parcialmente, las recomendaciones del Código deberán remitir a la CNMV el modelo cumplimentado con independencia de la información que hayan incluido en su informe público anual. Por tanto, las sociedades que hayan asumido de forma voluntaria el Código deben informar en base a dos modelos distintos y por dos medios distintos (informe anual y remisión directa a la CNMV). Las consecuencias de estas medidas pueden ser, como ha puesto de manifiesto parte de la doctrina, las opuestas a aquellas que en principio parecen perseguir. En este sentido, GUERRA MARTÍN, G., “Publicación por la CNMV de un modelo de información sobre la asunción del Código de Buen Gobierno”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 551 y ss. Sobre el poco éxito de la acogida de forma voluntaria de las recomendaciones v. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., “Los Códigos de buen gobierno en las sociedades. El cumplimiento de las recomendaciones del Informe Olivencia”, eN *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2517 y ss, en concreto, pp. 2629 y ss.

<sup>48</sup> Son sociedades destinatarias de estas Recomendaciones: las sociedades que cotizan en mercados de valores y, en especial, las que presentan una mayor porcentaje de acciones de libre circulación (capital flotante); las sociedades que captan recursos financieros en los mercados de capitales, aunque sus acciones no coticen en Bolsa; y otras sociedades, ajenas a las características señaladas, que opten, dentro del ámbito de su libertad de organización, por inspirarse en las Recomendaciones de este Código para configurar sus estructuras de gobierno (Punto 4 de la Introducción del Informe).

mismas a las circunstancias de cada sociedad. Como podemos comprobar, en nuestro país se optó, en primer momento, por seguir la metodología utilizada en los países anglosajones y, en este sentido, se renuncia a la revisión de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>49</sup>. Revisión que si se ha llevado a cabo, aunque de forma reducida, tras la publicación del conocido como Informe Aldama, al que dedicaremos más atención con posterioridad.

Centrándonos en el contenido del Código, éste parte de una constatación que ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad: la incapacidad del Consejo para desempeñar la función que tradicionalmente tenía asignada, cual era la gestión de la sociedad. Partiendo de este hecho, se pretende potenciar aquello que el Consejo sí está en condiciones de hacer: controlar o supervisar a quienes de hecho gestionan la sociedad. En este sentido, la Recomendación 1<sup>a</sup> del Código de Buen Gobierno dice que el Consejo de administración debe asumir “expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión”, ejerciendo “con carácter

---

<sup>49</sup> Sobre este punto, dice el profesor ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 164, que “sorprende que no se haya llevado a cabo con carácter previo o simultáneo una revisión crítica del marco normativo legal para valorar si resulta adecuado al desarrollo del nuevo programa de recomendaciones, ya que pudieran existir obstáculos e insuficiencias (...) para su implantación en los aspectos organizativos y funcionales”. Sobre este mismo tema opina GUERRA MARTÍN, G., “Publicación de códigos de conducta para sociedades cotizadas alemanas e italianas”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, p. 646, que “en nuestro país se ha optado, por el momento, de forma exclusiva por la solución financiera y la voluntariedad de la adopción del Código de Buen Gobierno (Código Olivencia) y de las medidas de control que contiene, la constatación de la difusión de las mismas entre las sociedades españolas y el efecto positivo que puedan tener sobre la administración y dirección de éstas, no debe hacer que se descarte la regulación de las mismas a través de normas de carácter imperativo, preferiblemente con rango de ley”. No obstante, el propio profesor OLIVENCIA RUIZ, M., “El gobierno de las sociedades”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 1784., pone de relieve que la crítica que, en este sentido, se ha hecho al Código carece de fundamento ya que “reforma legal y Códigos de conducta no son términos contrapuestos, ni puede plantearse una opción entre ellos como alternativas excluyentes. En la reforma del gobierno de las sociedades, (...), ambas vías son posibles y compatibles en su uso o aplicación”.

indelegable las responsabilidades que comporta” y estableciendo “un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento”. Y en esta línea, las Consideraciones del Informe recogen un modelo que cuenta con la delegación de facultades pero que reserva al Consejo en pleno la tarea de (Informe Olivencia II.1.1 y 1.2)<sup>50</sup>:

- a) Trazar las estrategias generales de la sociedad.
- b) Designar y revocar a los más altos directivos de la sociedad.
- c) Vigilar de la actividad de gestión.

Y para el cumplimiento de esta función de supervisión dos son los pilares fundamentales<sup>51</sup>:

1º. Dotar al Consejo de una adecuada composición mediante la incorporación dentro de su estructura, junto a los consejeros ejecutivos, de los consejeros externos. Así, dentro del Consejo existirían consejeros “ejecutivos” (encargados de la gestión social) y consejeros no ejecutivos o externos, dentro de los cuales cabría diferenciar a los consejeros “dominicales” de los

---

<sup>50</sup> Con anterioridad a este Informe, no obstante, se había insistido ya en que las dos funciones fundamentales que había de desarrollar el Consejo eran, por un lado, la aprobación de las decisiones estratégicas y el control de su ejecución y desarrollo y, por otro, la evaluación del rendimiento de la dirección a través del control periódico de la estrategia empresarial. En este sentido, CÍRCULO DE EMPRESARIOS, Comité de Gestión Empresarial y Productividad, “Reflexiones...”, op. cit., pp. 383, 384 y 386.

<sup>51</sup> En este sentido, MARTINEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en *Derecho de Sociedad. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1740 a 1743. En el mismo sentido, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El gobierno...”, op. cit., p. 1811, quien considera que “el establecimiento de una separación funcional entre decisiones de gestión (...) y decisiones de control (...) constituye ciertamente una condición necesaria para que el Consejo pueda desempeñar eficazmente su papel de mecanismo de gobierno. Sin embargo, no es condición suficiente (...) requiere además la adopción de ciertas medidas suplementarias sobre la composición y el funcionamiento del órgano”.

consejeros “independientes”<sup>52</sup>. Los consejeros externos *dominicales* son “los que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad” (Informe Olivencia II.2.2). Los consejeros externos *independientes*, por el contrario, son “los llamados a formar parte del Consejo de Administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas” (Informe Olivencia II. 2.1). Además, éstos estarán desvinculados del equipo directivo y de quienes tengan el poder en la sociedad (Recomendación 2<sup>a</sup>). Su inserción en el Consejo se justifica por un doble motivo. Por un lado, aporta “representatividad” al Consejo y, por otro, aporta independencia para el ejercicio de las funciones de control y, en particular, para solucionar los conflictos de interés entre los consejeros y la compañía. Se señala también como conveniente que en la composición del Consejo de Administración los consejeros externos (dominicales e independientes) constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre los dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto (Recomendación 3<sup>a</sup>). Finalmente, en relación con la composición de la Comisión ejecutiva, caso de que exista, la Recomendación 7<sup>a</sup> establece que ésta debe reflejar el mismo equilibrio que mantenga el Consejo entre las distintas clases de consejeros, y que las relaciones entre ambos órganos deben inspirarse en el principio de transparencia, de manera que el Consejo tenga conocimiento completo de los asuntos que se tratan y de las decisiones que se adoptan en el seno de la Comisión.

Resumidamente, por tanto, las dos recomendaciones principales del movimiento del gobierno corporativo en esta materia son la reconducción del Consejo a la función de control y la potenciación de la figura del consejero

---

<sup>52</sup> La existencia de dos categorías diferentes de consejeros externos (dominicales e independientes) constituye una particularidad de las propuestas españolas sobre esta materia.

externo, fundamentalmente a través de su inserción mayoritaria en Comisiones internas especiales<sup>53</sup>.

2º. Instaurar las llamadas “Comisiones delegadas de control”<sup>54</sup>, hecho más relevante del movimiento del gobierno corporativo según algunos autores<sup>55</sup>, y cuya creación responde al principio de división del trabajo y de especialización de tareas necesario para conseguir una mayor eficiencia en la función básica del Consejo. Estas Comisiones cuentan con facultades únicamente de información, asesoramiento y propuesta. Es decir, son Comisiones internas de naturaleza consultiva cuya misión es preparar las decisiones que habrán de ser tomadas, en su caso, por el Consejo. En concreto, se recomienda la creación de las siguientes Comisiones internas: Comisión de Auditoría (en materia de información y control contable), Comisión de Nombramientos (en materia de selección de consejeros y altos directivos), Comisión de Retribuciones (para la determinación y revisión de las políticas de retribuciones) y Comisión de Cumplimiento (encargada de la evaluación de los sistemas de gobierno). Además, se recomienda que estas Comisiones estén compuestas única y exclusivamente por consejeros externos (Recomendación 8ª).

---

<sup>53</sup> En este sentido, entre otros, ESTEBAN VELASCO; “La renovación...”, *op. cit.*, p. 198.

<sup>54</sup> Considera ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op.cit.*, pp. 206 a 208, que la calificación de estas Comisiones como Comisiones “delegadas” es bastante discutible, en tanto en cuanto, provocan una cierta inseguridad sobre su alcance. Opina el citado autor, que estas Comisiones son “órganos de apoyo” al Consejo en su función principal de supervisión y que, por tanto son instancias internas a las que no conviene la calificación de órganos delegados en el sentido que en Derecho de sociedades se da a esta noción. Propone, por el contrario, su calificación como Comisiones auxiliares de información consulta y control ya que de esta manera se puede hacer referencia a los dos aspectos de su función: contribuir al mero ejercicio de la función de control del Consejo suministrando elementos de juicio -información, asesoramiento y propuestas- en el momento procedimental oportuno, en la fase preparatoria a la decisión correspondiente.

<sup>55</sup> Entre otros, ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 206.

Sin detenernos más en el contenido del Código, por exceder de nuestro estricto ámbito de estudio, debemos concluir afirmando que es evidente que el texto de la Comisión, sin modificar la actual Ley de Sociedades Anónimas, tiene una gran incidencia sobre aspectos básicos del funcionamiento del Consejo y en la manera de entender la función del mismo en el seno de las sociedades anónimas. Sin embargo, al margen de que se hallan producido modificaciones, el sistema propuesto por la Comisión Especial no se aleja del sistema monista de administración, aunque hay quien considera que se ha establecido un *sistema monista renovado* que, en cierta manera, se aproxima al sistema dualista de administración<sup>56</sup>.

Por otro lado, desde hace algún tiempo, estamos asistiendo a un fenómeno de reconsideración sobre el gobierno de las sociedades y, en concreto, sobre los llamados Códigos de Buen Gobierno. Se están planteando cuestiones tales como si es necesario endurecer su contenido, dotarlos de carácter normativo, regularlos en normas blandas o normas imperativas, etc<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sobre esta cuestión, la profesora MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, p. 172, sostiene que el Código Olivencia, “manteniendo *de iure* el sistema monista y el distanciamiento del modelo dualista alemán, asume *de facto* alguna de las características del funcionamiento de éste”. Con el mismo tenor se expresa en MORILLAS JARILLO, M. J./GRECHENING, K., “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, *D.N.*, nº 145, octubre, 2002, p. 15. En contra, PAZ-ARES, “El gobierno...”, *op. cit.*, p. 1810.

<sup>57</sup> Como hemos comentado en otro momento, en nuestro país se optó por seguir la metodología utilizada en los países anglosajones y, en este sentido, se renuncia a la revisión de la Ley de Sociedades Anónimas, a diferencia de lo que ocurre en los principales países de Europa, cuyas leyes de sociedades anónimas se han adaptado a las nuevas exigencias del *gobierno corporativo* y las *reglas de buen gobierno* que se recogen en el “Código Olivencia”, que puede ser considerado como una norma blanda (*soft law*), que debería ir acompañada de la correspondiente reforma legislativa. Es evidente que las normas blandas tienen ventajas. Así, por ejemplo, con ellas se evita el encorsetamiento de la estructura y funcionamiento de los Consejos de administración dentro de un marco rígido que tenga como resultado la imposición a gran número de sociedades de un modelo de Consejo que no se adapte a sus particularidades. Las normas blandas pueden ser muy eficaces y adecuadas para regular la estructura y funcionamiento del Consejo, sin embargo, coincide gran parte de la doctrina mencionada en considerar que algunas de las recomendaciones del Código si que deberían recogerse en normas imperativas que

No obstante, el problema no está tanto en los códigos sino en el adecuado cumplimiento de los mismos, es decir, ¿de qué sirve tener un Código de Buen Gobierno que cumple con todas las formalidades, pero que no se aplica en la práctica por conductas poco éticas o deshonestas de quienes efectivamente dirigen la sociedad?

En todo caso, se hace necesaria una readaptación de los códigos a la nueva realidad social<sup>58</sup>, teniendo en cuenta que establecer normas de *buen gobierno* ayuda, pero no son la panacea ya que al final las sociedades son gobernadas por personas cuyos principios y valores se superponen, en ocasiones, a los del *buen gobierno*<sup>59</sup>.

---

asegurasen su efectiva aplicación en las sociedades. Estas son algunas de las *Conclusiones del Seminario “El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes”*, elaborado por FERNÁNDEZ-ARMESTO J./ HERNÁNDEZ, F., Madrid, junio de 2000. En definitiva, gran parte de los estudiosos del derecho de sociedades reclaman que las reglas de buen gobierno se incorporan a un texto legal de naturaleza imperativa.

<sup>58</sup> Para FERNÁNDEZ-ARMESTO y HERNÁNDEZ, *Conclusiones...*, “es esencial mantener vivo el debate sobre los sistemas de gobierno que no se detenga el impulso logrado con el Código” y que sería conveniente que sea la propia Comisión que lo redactó la que lo ponga al día. No obstante, como ya hemos advertido, la implantación de medidas de *buen gobierno* es un proceso que requiere actuaciones por parte del legislador español.

<sup>59</sup> En relación a la asunción de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno en nuestro país, de los datos ofrecidos por la CNMV en su Memoria Anual de 1999 sobre las sociedades que han incluido en su informe anual información sobre la asunción de las recomendaciones del Código “se desprende que de las 142 sociedades que cotizan en el Mercado Continuo sólo 67 (un 47%) habían incluido esa información (si bien en el caso de las sociedades que pertenecen al IBEX 35 este porcentaje era superior: 26 sociedades que suponen un 74 %). En este mismo sentido, en una reciente publicación periodística, se señala como la mayoría de las sociedades cotizadas incumplen el Código Olivencia o lo ignoran (EL PAIS: *Suplemento de NEGOCIOS*, 23 de enero de 2000, p. 5). Igualmente, en el último informe del índice *Spencer Stuart* de 1999 sobre consejos de administración, se destaca la “tímida adaptación por parte de los consejos a las recomendaciones del Código Olivencia tratándose en muchos casos de adaptaciones puramente formales (...) Sin embargo, para poder afirmar el éxito o el fracaso de esta “solución financiera” será necesario, en nuestra opinión, dejar transcurrir un periodo de tiempo más amplio desde la promulgación de cada código para poder valorar sus efectos con una perspectiva mayor”, GUERRA MARTÍN, “Publicación de códigos de conducta...”, *op. cit.*, 646 y 647. De los datos ofrecidos por la CNMV en el año 2000 sobre las sociedades que habían incluido en su informe anual información sobre la asunción de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno se desprende que de las 142 sociedades que cotizan en el Mercado Continuo sólo 69 habían incluido esa información (un 48%). Hay que destacar, sin embargo, que este porcentaje es superior en el

Con posterioridad al documento elaborado por la Comisión Especial presidida por el profesor Olivencia, y por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 se constituyó una Comisión Especial para el estudio de los criterios y pautas a que deben someterse las sociedades en lo que se refiere, sobre todo, al gobierno corporativo, con el fin de aumentar la transparencia y seguridad en los mercados. Y ello, después de analizar el estado actual de la aplicación del Código de Buen Gobierno<sup>60</sup>. Como resultado de los trabajos de

---

caso de las sociedades que pertenecen al IBEX 35, cuyo número ascendía a 27, es decir, un 77%). GUERRA MARTIN, G., “Publicación por la CNMV...”, *op. cit.*, p. 553. Durante el año 2002, 59 sociedades han cumplimentado el cuestionario facilitado por la CNMV, mientras que otras 20 informaron sobre sus reglas del buen gobierno a través de su Informe Anual. Con la información recibida, la CNMV publicó un informe sobre los resultados obtenidos, algunas de cuyas conclusiones son las que siguen: a) Las informaciones han sido en lo sustancial similares a las del ejercicio 1999 y 2000. Los datos no permiten concluir que las sociedades hayan ido aumentando progresivamente su grado de cumplimiento del Código de Buen Gobierno; b) El seguimiento completo de las 23 recomendaciones sólo la realizan ocho emisores. Por el contrario, nueve emisores declaran un cumplimiento del Código reducido, al no alcanzar las dos terceras partes del mismo; siete de ellos negocian sus valores en el mercado de viva voz. En media los emisores declaran seguir el 80% de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno (Memoria anual de la CNMV, 2002 obtenida en la página web [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)).

<sup>60</sup>En este sentido, se establece en la Sección I.4, que “(...) Al cabo de cuatro años no se sabe con precisión hasta qué punto ha sido efectivamente aplicado, aunque sí se dispone de una evidencia parcial interesante sobre la cuestión. La CNMV ha dado a conocer las respuestas de lo que dicen las empresas cotizadas acerca de su cumplimiento del código, pero se trata de una información agregada y sin contrastar. Una segunda Comisión Olivencia, establecida precisamente para seguir el cumplimiento del Código, promovió dos encuestas, realizadas en el año 2000, a una muestra estratégica de unos 200 expertos y a una muestra representativa de 800 accionistas, respectivamente. Los resultados demuestran que si bien los expertos conocen el Informe y el Código Olivencia, y lo estiman positivamente, los accionistas apenas lo conocen. Unos y otros parecen suscribir la filosofía de la voluntariedad del Código y la autorregulación por los mercados, que es característica del Informe (...) En estas circunstancias, y a la vista de esta información fragmentaria sobre la realidad del gobierno de las sociedades cotizadas, el paso siguiente ha sido y es el dado por esta Comisión, en aplicación del mandato mencionado en el punto de partida de este Informe. Se trata de un paso más a lo largo de la senda de la transformación del mercado de capitales español, que continúa la tradición del Informe Olivencia, puesto que hace suyo lo fundamental de la filosofía del imperio de la ley, la autorregulación y la transparencia”. Sin embargo, el propio Informe añade que “(...) se ha querido facilitar la línea de continuidad con las recomendaciones del Código Olivencia, que no sólo han cumplido un importante papel en la conformación histórica de un modelo pionero de gobierno corporativo, sino que la mayor parte de sus principios siguen teniendo vigencia e informan las presentes recomendaciones, que las desarrollan, precisan y complementan, salvo en

la Comisión se elaboró el Informe Aldama en el que, una vez examinados los principios de transparencia y seguridad y las circunstancias y condiciones para conseguir la mejor y más correcta implementación de los mismos, se recogen una serie de recomendaciones referidas fundamentalmente, aunque no exclusivamente, al mejor gobierno de las sociedades cotizadas (Sección I. 1).

De lo dicho es fácil deducir que la atención del Informe se centra principalmente en: los principios de transparencia, lealtad y diligencia; el funcionamiento de los órganos de gobierno corporativo y las relaciones (de las sociedades cotizadas) con las empresas de servicios y asesoramiento, cuestión ésta última en la que no vamos a entrar por exceder del nuestro objeto de estudio. En consecuencia el Informe se ha estructurado así: en las secciones II y III se analizan los problemas relativos a la aplicación del principio de transparencia y del deber de lealtad; la sección IV se refiere a los órganos de gobierno, la V a los prestadores de servicios profesionales y la VI y última contiene algunas reflexiones sobre el alcance y la aplicación de las recomendaciones propuestas a los destinatarios del Informe<sup>61</sup>.

Por lo que se refiere al *principio de transparencia*, en los mercados la información es la base sobre la que descansa todo el sistema de ahí la importancia de este principio en virtud del cual: se transmite al mercado de toda la información relevante para los inversores, la información que se transmita debe ser correcta y veraz, y debe hacerse de forma simétrica y

---

aquellos puntos concretos en que la reflexión sobre las actuales necesidades de las sociedades y los mercados, junto a la propia experiencia en la observancia de aquel Código, aconsejan soluciones diversas” (Sección VI.1).

<sup>61</sup> “Las reflexiones y recomendaciones de este Informe van dirigidas, ante todo, a las propias sociedades y a los partícipes en los mercados de capitales, sin perjuicio, naturalmente, del uso que de ellas hicieran o estimaran necesario hacer los poderes públicos, así como de la contribución que aquellas reflexiones puedan suponer al debate público y a la deliberación de la sociedad en general sobre tales asuntos”. En concreto, el Informe toma como punto central de referencia las sociedades cotizadas, que se encuentran en el núcleo de los mercados de capitales y de la captación de recursos financieros del público, “pero sus recomendaciones pudieran extenderse también a todas aquellas sociedades que acuden al mercado primario de valores (mercado de emisiones) con el objetivo de colocar sus valores al público, con independencia de que los valores no coticen posteriormente en un mercado secundario” (Sección I. 5).

equitativa y en tiempo útil (Sección II.1). Es recomendación de la Comisión en este punto que los deberes de información se extiendan sobre las estructuras y prácticas de gobierno de cada sociedad (Sección II.1)<sup>62</sup>. Información que deberá referirse a los siguientes aspectos: a. Estructura de la propiedad de la sociedad; b. Estructura de la administración de la sociedad; c. Operaciones vinculadas y operaciones intragrupo; d. Sistema de control del riesgo; e. Funcionamiento de la Junta General<sup>63</sup>.

Los instrumentos de información para hacer públicos los puntos mencionados pueden ser muy variados. No obstante, la Comisión recomienda que el conjunto de disposiciones sobre gobierno corporativo de cada sociedad se refundan en un texto único que se publique para general conocimiento del

---

<sup>62</sup> La preocupación por la transparencia sobre la estructura de las sociedades cotizadas se ha manifestado también en el Derecho comunitario del mercado de valores. En este sentido, la Comisión Europea formuló dos consultas sobre esta materia. La primera, denominada “*Hacia un régimen para la UE relativo a las obligaciones de transparencia de las emisiones cuyos valores están admitidos a cotización oficial*” (11 de julio de 2001). Tras las respuestas a la misma, se formuló una segunda propuesta (2 de mayo de 2002) con el mismo título que la anterior, para completar algunos aspectos de la anterior. En estas consultas se puso de manifiesto el objetivo de alcanzar un mercado financiero único en Europa, para lo que había de establecerse un régimen uniforme sobre las obligaciones de información de las sociedades cotizadas. En esta línea se promulgó el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 de 19-7-2002 *sobre aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad*. En segundo lugar, se preconizaba por la Comisión Europea que se procediera a la codificación de las diversas Directivas existentes sobre la información y transparencia vigentes en esta materia relativas al régimen del Mercado de Valores. Así se hizo por medio de la Directiva 2001/34/CE de 28 de mayo de 2001 *sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre esos valores*. Finalmente, el “programa de la transparencia” de la UE se completa con otras medidas, entre ellas, la Directiva 2003/6/CE *sobre información privilegiada* y la Directiva 2003/71/CE *sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o en caso de admisión de los valores mobiliarios a negociación, y que modifica la directiva 2001/34/CE*. V. SÁNCHEZ CALERO, F., “Informe anual del gobierno corporativo”, *R.D.B.B.*, nº 94, abril- junio, 2004, pp. 14 y ss.

<sup>63</sup> Todos estos aspectos se encuentran más detallados en el texto del Informe. No entramos en este momento en el desarrollo de su contenido porque se hará con posterioridad con ocasión del estudio de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, y de la Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual del gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

público. En todo caso, la información relevante sobre esta materia se debería recoger periódicamente en un documento especial denominado “informe anual sobre gobierno corporativo” (donde deberán constar los aspectos a los que nos acabamos de referir), y actualizarse mediante las tecnologías de Internet para facilitar la difusión de la información (Sección II.2). Del mismo modo se deben utilizar adecuadamente los mecanismos que la sociedad de la información pone a disposición de las empresas. En este sentido, las empresas que cotizan en bolsa deberán tener una página *web* a través de la cual puedan informar a sus accionistas, inversores y al mercado en general de los hechos económicos y de todos aquellos de carácter significativo que se produzcan en relación con la sociedad. Corresponderá, en todo caso, al Consejo de Administración establecer el contenido típico de la información facilitada<sup>64</sup>.

En la misma línea que estudiamos y al objeto de asegurar la mejor calidad de la información deben establecerse también algunas medidas dirigidas a motivar y explicar las reglas de gobierno elegidas y de su grado de efectivo cumplimiento. Se trata de introducir en nuestra práctica el principio conocido como “cumplir o explicar”.

Este régimen de transparencia de los mercados y de las sociedades cotizadas incrementa, a su vez, su seguridad. Sin embargo, el ámbito del *principio de seguridad* es diverso y más amplio ya que, aunque la seguridad en un mercado financiero y en las sociedades cotizadas se produce principalmente a través de la transparencia, “es necesario el reconocimiento de determinados deberes y responsabilidades que refuercen la seguridad en aquellas situaciones en las que la gravedad de los conflictos de intereses de

---

<sup>64</sup> El Informe de la Comisión detalla el contenido mínimo que debe tener la página *web*. No obstante, también aquí nos remitimos a los que disponen la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas, y de la Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual del gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades sobre este punto.

quienes han de tomar o ejecutar las decisiones hace que la transparencia sea insuficiente para proteger a los inversores” (Sección III, 1). Ello implica una especial responsabilidad de los administradores, con la consiguiente redefinición de los deberes de lealtad y diligencia, que en nuestro ordenamiento se ha operado a través de la reforma de los correspondientes artículos de la Ley de Sociedades Anónimas.

Con respecto al tercero de los puntos que vamos a tratar (los órganos de gobierno corporativo y, en especial, el Consejo de administración) las actuales exigencias de profesionalidad y eficacia en la administración de las sociedades, así como la necesidad de establecer rigurosos mecanismos de dirección y control de la gestión que salvaguarden los intereses de accionistas e inversores, otorgan un papel preponderante al Consejo de administración (IV, 2). La estructura unitaria del órgano de administración en nuestro ordenamiento no impide que, mediante la división funcional en el seno del Consejo y la disposición de controles internos, se garanticen las pautas de gobierno corporativo idóneas para el fomento de la seguridad y la transparencia en las sociedades y el mercado. Para ello debe tenerse en cuenta la posibilidad de crear y regular Comisiones especializadas y diferenciar distintos tipos de consejeros. Por tanto, en relación a los dos pilares fundamentales para el desarrollo por parte del Consejo de sus funciones, se mantienen los propios del Código Olivencia:

1º. Dotar al Consejo de una adecuada composición interna, aunque el Informe establece “nuevas definiciones” de los conceptos de “consejeros internos o ejecutivos” [aquellos consejeros que “poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad o en alguna de sus sociedades participadas, y en todo caso, los que mantengan una relación contractual laboral, mercantil o de otra índole con la sociedad, distinta de su condición de consejeros. También son consejeros ejecutivos quienes tengan alguna capacidad de decisión en relación con alguna

parte del negocio de la sociedad, o del grupo, mediante delegación o apoderamiento estables conferidos por el Consejo de Administración o por la sociedad, respectivamente”- Sección IV 2-1 a)]<sup>65</sup> y “consejeros externos” ya sean “dominicales” [“propuestos por accionistas, individuales o agrupados, en razón de una participación estable en el capital social” -Sección IV 2.1.b)] o “independientes” [“consejeros de reconocido prestigio profesional que pueden aportar su experiencia y conocimientos al gobierno corporativo y que, no siendo ni ejecutivos ni dominicales, resulten elegidos como tales y reúnan las condiciones que aseguren su imparcialidad y objetividad de criterio” –Sección IV 2.1.c].

2º. La creación de Comisiones en el interior del Consejo “a fin de diversificar el trabajo y asegurar que, en determinadas materias relevantes cuya inmediatez e importancia no exigen su remisión directa al pleno del Consejo, las propuestas y acuerdos del mismo hayan pasado primero por un órgano especializado que pueda filtrar e informar sus decisiones, a fin de reforzar las garantías de objetividad y reflexión de sus acuerdos”. Las Comisiones cuya constitución procedería para el mejor gobierno corporativo, sin perjuicio de cuantas otras puedan constituir las sociedades serían las siguientes: “i. La Comisión ejecutiva o Delegada, con funciones ejecutivas para la adopción de acuerdos vinculantes para la sociedad dentro del ámbito de su delegación. ii. Las Comisiones de Auditoría y Control, de Nombramientos y Retribuciones y, en su caso, de Estrategia e Inversiones, con funciones únicamente de informe y propuesta al Consejo de Administración y aquellas otras que, en el ámbito interno de sus competencias, les atribuyan la Ley, los Estatutos o el Reglamento del Consejo” (Sección IV, 5).

---

<sup>65</sup> A propósito de la definición de “consejero ejecutivo”, considera SÁNCHEZ CALERO, “Informe anual...”, *op.cit.*, p. 27, a la vista del Informe Aldama y de la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV, que hubiera sido más preciso decir que el consejero ejecutivo es el Consejero delegado en quien el Consejo de administración delega de forma permanente funciones de dirección y administración ordinaria de la sociedad, con el poder de representación de ésta en los términos previstos en el art. 129.

Además, en la misma línea de garantizar la transparencia y la seguridad, toda sociedad habría de dotarse de un conjunto de reglas o criterios de gobierno corporativo incluyendo, al menos, los Reglamentos (de la Junta General) y del Consejo de administración, cuyo contenido podría recoger las recomendaciones establecidas en los distintos apartados del Informe, junto con todos otros aquellos que el propio Consejo considere conveniente incluir. El Reglamento del Consejo de Administración debería ser inscrito en el Registro Mercantil, depositado en la CNMV y puesto a disposición de cualquier accionista o inversor a través de la página *web* de la sociedad.

Estas son, a grandes rasgos, las líneas principales (de los asuntos que más nos interesan) que recoge el Informe Aldama, el cual concluye afirmando que si bien las empresas pueden, en virtud del poder de autorregulación de que disponen dentro del marco legal existente, incorporar a su régimen de gobierno corporativo las recomendaciones que consideren oportunas y en la forma que estimen más conveniente, algunas de estas recomendaciones que formula tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada (Sección VI, 2).

De esta manera, sobre la base del Informe Aldama se recogen en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas<sup>66</sup>, aquellas recomendaciones del mismo cuyo soporte más adecuado

---

<sup>66</sup> La aprobación de esta Ley se enmarca dentro de un contexto de reforma en el ámbito del Derecho de sociedades que incide esencialmente sobre las reglas de gobierno de las sociedades cotizadas. Se trata, por otro lado, de un fenómeno que se está produciendo no sólo en España sino también en otros países. De hecho, en el ámbito de la UE estamos asistiendo a un importante proceso de reforma del Derecho de sociedades que se inició a finales de la década de los ochenta.

es, como decimos, una regulación normativa. En concreto, se ha recogido en esta Ley las recomendaciones relativas a:

- a) Los deberes de información y transparencia.
- b) La definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses.
- c) La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan, entre otros, un reglamento del Consejo de administración, así como de la junta general<sup>67</sup>.

Y ello determina, como indica el título de la Ley:

1º. La modificación de la Ley de Sociedades Anónimas. En este sentido: a. Se añaden dos nuevos apartados, 4 y 5, al art. 105, relativo a las limitaciones de los derechos de asistencia y voto; b. Se da nueva redacción al apartado 2 del art. 106, el cual regula la representación en las Juntas; c. Se da nueva redacción al art. 112, referido al derecho de información, en

---

En todos estos procesos evolutivos ha desempeñado un papel fundamental el movimiento de reforma del gobierno societario. En este sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, “El significado de la Ley...”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>67</sup> Opina FERNÁNDEZ PÉREZ, “El significado de la Ley...”, *op. cit.*, p. 97, que sorprende que siendo éstas cuestiones que afectan a la estructura orgánica de la sociedad que necesariamente debe ser anónima se traten en sede del mercado de valores y no en la ley de sociedades anónimas (sobre esta cuestión v. también la opinión de SÁNCHEZ CALERO, F., “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, *R.d.S.*, nº 20, 2003, p. 34, en relación con la aprobación del Reglamento de la Junta). Por ello, en las consideraciones finales de su trabajo (pp. 109 y ss.), FERNÁNDEZ PÉREZ pone de relieve el problema que supone “la ausencia de iniciativa por parte del legislador español para acometer una tarea pendiente”, siendo necesaria la reordenación de los tipos sociales. Pone de manifiesto que “falta un largo camino a recorrer en la tarea de modernizar nuestro derecho societario” y hace un balance negativo de la reforma operada hasta el momento. Respecto al órgano de administración, es necesario que en la ley se refleje la descentralización organizativa que preside en la práctica el gobierno de nuestras sociedades. Un buen ejemplo lo encontramos en la reforma acometida en el Ordenamiento italiano (que nosotros estudiaremos en el siguiente apartado). Sobre el alcance que debería tener una futura Ley de Sociedades resultan de interés las observaciones efectuadas por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Ley General de Sociedades: Una reforma para el nuevo siglo”, en *Manuales de la reforma mercantil en España*, I, *Derecho, Tipología y estructura de las sociedades*, Expansión, Madrid, 1999, pp. 21 y ss. También son interesantes las observaciones de ESTEBAN VELASCO, G., “El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española”, *C.D.C.*, nº 35, 2001, pp. 11 y ss.

consonancia con lo previsto sobre este derecho/deber en el Informe; d. Se da nueva redacción al art. 127 donde se redefine el deber de diligencia de los administradores; e. Se introducen los arts. 127 *bis a quarter*, relativos a los deberes de fidelidad, lealtad y secreto; f. Y, por último, se da nueva redacción al art. 133, que regula la responsabilidad de los administradores.

2º. La modificación de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores. En este sentido: a. Se añaden los párrafos a) bis), b) bis) y m) bis al art. 100; b. Se añade un título X denominado “De las sociedades cotizadas”, dentro del cual destacan los arts. 116 -“Del informe anual de gobierno corporativo”- y 117 -“De los instrumentos de información”- que, a su vez, han sido objeto de desarrollo por la Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, *sobre el informe anual del gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, de acuerdo con los objetivos de reforzar la transparencia en el funcionamiento y la información del sistema financiero y empresarial español*. Esta Orden desarrolla, en definitiva, la obligación impuesta por la Ley (de transparencia), y que deriva del Informe Aldama, de transmitir información al mercado acerca de las prácticas de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cuyas acciones coticen en un mercado oficial de valores.

El objetivo de la Orden en relación al “informe anual de gobierno corporativo”<sup>68</sup> que, de acuerdo con el art. 116 L.M.V. deben hacer público las sociedades cotizadas, y cuya regulación ha sido completada con la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV sobre el “Informe anual”, consiste en completar la regulación, fijar el contenido obligado y mínimo, así como la estructura del mismo (para lo cual se faculta a la CNMV que podrá establecer, en este sentido, un modelo o impreso). En lo que se refiere al contenido mínimo, el apartado 1.1 nos dice que el informe anual de gobierno corporativo

---

<sup>68</sup> Sobre el Informe anual de gobierno corporativo v. el trabajo de SÁNCHEZ CALERO, F., “Informe anual...”, *op. cit.*, pp. 7 y ss,

tendrá el contenido mínimo siguiente: a) Estructura de la propiedad de la sociedad (dentro de este epígrafe se contendrá, al menos, la siguiente información: identidad de los accionistas con participaciones significativas; porcentajes accionariales de dichas participaciones significativas; relaciones de índole familiar, comercial, contractual o societaria entre los titulares de participaciones significativas o entre éstos y la sociedad; participaciones accionariales que ostenten los miembros del Consejo de Administración; pactos parasociales comunicados a la propia sociedad y a la CNMV con referencia al contenido y accionistas vinculados; porcentaje de autocartera de la sociedad al cierre del último ejercicio); b) Estructura de la administración de la sociedad. (dentro de éste epígrafe, se contendrá al menos la siguiente información: composición del Consejo de Administración; reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración; procedimientos de selección, reelección y remoción de consejeros; reglas de organización y funcionamiento de las Comisiones del Consejo de Administración; remuneración de los consejeros; indicación de los consejeros vinculados a accionistas con participaciones significativas; indicación de la existencia e identidad de miembros del Consejo que sean, a su vez, miembros del Consejo de Administración de sociedades que ostente participaciones significativas en la sociedad cotizadas y los que asuman cargos en otras sociedades del grupo<sup>69</sup>. c) Operaciones vinculadas y operaciones intragrupo; d) Sistema de control del riesgo; e) Funcionamiento de la Junta General; f) Grado de seguimiento de las recomendaciones en materia buen gobierno o, en su caso, explicación de la falta de seguimiento de las recomendaciones.

La redacción del Informe anual de gobierno corporativo es una facultad y un deber del órgano de administración social. Y, en caso de Consejo de administración se trata de una obligación del Consejo en pleno que, por tanto, no se puede delegar. El incumplimiento de este deber podrá determinar la

---

<sup>69</sup> La circular 1/2004 de la CNMV expone con singular detalle las menciones que ha de recoger el “Informe anual” sobre la estructura de la administración de la sociedad.

responsabilidad civil del Consejo (conforme al art. 133 LSA), así como su responsabilidad administrativa.

El objetivo de la orden en relación a los “instrumentos de información” (art. 117 L.M.V.) es establecer el contenido de la página *web*, con la que deberán contar todas las sociedades cotizadas: “a) Estatutos sociales; b) Reglamento de la Junta General; c) Reglamento del Consejo de Administración y en su caso los reglamentos de las Comisiones del Consejo de Administración; d) La memoria anual y el reglamento interno de conducta; e) Los informes de gobierno corporativo; f) Los documentos relativos a las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias, con información sobre el orden del día, las propuestas que realiza el Consejo de Administración, así como cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto, dentro del periodo que señale la CNMV; g) Información sobre el desarrollo de las Juntas Generales celebradas, y en particular, sobre la composición de la Junta General en el momento de su constitución, acuerdos adoptados con expresión del número de votos emitidos y el sentido de los mismos en cada una de las propuestas incluidas en el orden del día, dentro del periodo que señale la CNMV, h) Los cauces de comunicación existentes en la sociedad y los accionistas, y, en particular, las explicaciones pertinentes para el ejercicio del derecho de información del accionista, con indicación de las direcciones de correo postal y electrónico a las que pueden dirigirse los accionistas; i) Los medios y procedimientos para conferir la representación en la Junta General, conforme a las especificaciones que establezca la CNMV; j) Los medios y procedimientos para el ejercicio del voto a distancia, de acuerdo con las normas que desarrollen este sistema, incluidos en su caso, los formularios para acreditar la asistencia y el ejercicio del voto por medios telemáticos en las Juntas Generales; k) Los hechos relevantes, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden Ministerial”. Es responsabilidad de los administradores mantener actualizada la información de la página *web* (apartado 4. 1 y 2 de la Orden Ministerial).

Con el fin de complementar lo que establecen los Códigos de Buen Gobierno, la Asociación Española de Directivos ha considerado necesario proceder a la formulación de algunos principios que sirvan para establecer el marco de actuación bajo el cual los profesionales de la gestión empresarial deben desarrollar la función directiva. Frente al exceso de reglamentación, la autorregulación ética de los propios directivos a través de un marco general de referencia se convierte en el mejor camino para establecer un conjunto de buenas prácticas frente a la propiedad, la empresa y la sociedad en general. Por ello, la AED ha desarrollado el “Decálogo del directivo”, conjunto de principios y valores de actuación del directivo para el buen gobierno de la empresa.

Respecto al segundo de los aspectos planteados, como hemos dicho antes, el complejo proceso de armonización del Derecho europeo de sociedades ha conocido un hito importante con el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, al que hay que unir la Directiva 2001/86/CE, que lo completa en materia de participación de los trabajadores en la gestión, llamados a jugar un papel muy relevante en la evolución del Derecho de sociedades en Europa.

El objetivo del Reglamento es que el derecho de establecimiento que reconoce el Tratado de la Unión no se aplique sólo al establecimiento secundario, es decir, a la constitución de filiales y a la apertura de sucursales, sino que se aplique también al establecimiento primario, de manera que, la diversidad de legislaciones nacionales no impida las fusiones transfronterizas y el traslado del domicilio social en el territorio de la UE (modos de constitución de la sociedad anónima europea). El instrumento para alcanzar este objetivo es la sociedad europea por acciones o *Societas Europaeae* (SE). Con este Reglamento se introduce una nueva sociedad anónima de carácter

europeo, pero vinculada a los ordenamientos nacionales que han debido adoptar las disposiciones adecuadas antes del 8 de octubre de 2004, fecha en que el Reglamento entró en vigor<sup>70</sup>. Sin embargo, esta entrada en vigor del Reglamento no supone la creación de un estatuto jurídico uniforme aplicable a todas las sociedades con forma de anónimas que operen en el territorio de la Unión porque el propio Reglamento no descarta la aplicación de las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembros al tipo societario que se crea. De hecho, el propio Reglamento al regular en su art. 9 la jerarquía de fuentes que van a regular la figura señala que “Las SE se regirán: a) por lo dispuesto en el presente Reglamento; b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE; c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento: i) por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE; ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima

---

<sup>70</sup> El objetivo del prolongado periodo de *vacatio legis* del Reglamento de la SE consiste en permitir que los Estados miembros dispongan de tiempo suficiente para adoptar las disposiciones adecuadas para la aplicación del Reglamento SE (art. 68), aunque, por su naturaleza, transcurrido dicho periodo será directamente aplicable en todos los Estados miembros. Sobre esta cuestión cabe referirse a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 27 de septiembre de 1979, según la cual “la aplicabilidad directa de un reglamento no se opone a que el mismo reglamento faculte a una institución comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación. En el segundo caso, las modalidades de ejercicio de esta facultad están reguladas por el Derecho público del Estado miembro interesado. No obstante, la aplicabilidad directa del acto que faculta al Estado miembro para tomar las medidas nacionales de que se trate tendrá la consecuencia de permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar la conformidad de dichas medidas con el contenido del reglamento comunitario”. El TS recuerda esta jurisprudencia en la Sentencia de 23 de julio de 2001 donde precisa que la referida Sentencia del TJCE concluye señalando que “no existe incompatibilidad entre la aplicación directa de un reglamento comunitario y el ejercicio de la facultad, atribuida a un Estado miembro, para adoptar medidas de aplicación con base en dicho reglamento”. Sobre este particular, v. AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *R.D.M.*, nº 246, octubre-diciembre, 2002, pp. 1797 y 1798. Por otro lado, en este trabajo se hace un análisis sobre los distintos aspectos de la SE.

constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social; iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”.<sup>71</sup>

Esto supone, por una lado que la SE es objeto de competencia compartida entre el legislador comunitario y los legisladores nacionales y, por otro, que el abandono definitivo de crear un modelo único de sociedad anónima supone que junto a las quince sociedades anónimas “genuinamente nacionales (...) convivirán ahora otras quince variantes, más europeas sin duda y por ende más uniformes, pero no por ello menos nacionales”<sup>72</sup>,

---

<sup>71</sup> Aplicando el contenido de este artículo al caso concreto del Derecho español, si alguna de las normas del Reglamento sobre el sistema monista resulta incompatible o es contraria a las que en el Derecho español regulan el órgano unitario de administración, debe prevalecer la norma comunitaria. Por ello, aunque el Estado, en este caso España, no declare formalmente la inaplicación de dichas normas a las SE aquí domiciliadas y que opten por el sistema monista, por efecto del principio de supremacía, será así. En relación a esta consideración hay que tener en cuenta especialmente (al margen de los preceptos del Reglamento que establecen una disposición que no tienen paralelo en la legislación española, como son los arts. 44.1, 44.2, 45, 46.2 y 50.1), el contenido de determinados preceptos del Reglamento que contienen una norma que está en contradicción con una disposición española. Así, la duración máxima del cargo de administrador de la SE no podrá exceder de 6 años (art. 46. 1 del Reglamento) frente a los 5 que establece el art. 126 LSA, y la necesidad de que los estatutos contengan la enumeración de las operaciones que requieren una decisión expresa del órgano de administración (art. 48. 1), contraria a la prohibición contenida en el art. 124.4 RRM, de que este tipo de cláusulas accedan al Registro Mercantil. En este sentido, MORILLAS JARILLO y GRECHENING, “La administración...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>72</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Diario La Ley*, nº 5465, enero 2002, p. 2. Por su parte, VICENT CHULIÁ, F., “La Sociedad Anónima en el Derecho comunitario europeo”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Civitas-Fundación Manuel Broseta, Madrid, 1995, p. 134, considera que la remisión de gran parte del régimen de la SE al régimen nacional de las sociedades anónimas se hace “partiendo de una suposición algo ingenua: que dicho régimen ya ha sido objeto de suficiente armonización”. En la misma línea, sostienen MORILLAS JARILLO y GRECHENING, “La administración...”, *op. cit.*, p. 2, que “la culminación de la iniciativa legislativa debía suponer la consecución de un objetivo largamente perseguido: instaurar un régimen jurídico supranacional en el seno de la Unión Europea para las sociedades anónimas”.

afirmación que, hoy en día hay que extenderla a los veinticinco Estados miembros de la Unión. Por ello, opina LARGO GIL que “la SE reviste un carácter híbrido, esto es, se trata de una forma societaria comunitario-nacional, dada la configuración del sistema de fuentes”<sup>73</sup>. En definitiva, el Reglamento no logra el nacimiento de una SE uniformada o estandarizada.

Antes de entrar en el asunto que no a nosotros nos interesa -la estructura de la SE y, en concreto, el sistema de gobierno de este tipo social-, debemos comentar, siquiera brevemente, cuáles son los rasgos principales de la SE. En este sentido, podemos decir que la SE es una sociedad:

- a) Por acciones y, más concretamente, sociedad anónima por acciones, ya que, aunque en el procedimiento de constitución cabe la posibilidad de que participen sociedades de responsabilidad limitada -sólo en el supuesto de constitución de SE holding-, el resultante será una sociedad anónima cuyo capital deberá estar dividido en acciones (arts. 1.1, 2.1 y 2.2).
- b) De responsabilidad limitada (art. 1.2).
- c) Dotada de personalidad jurídica propia, que se adquirirá a partir del día en que se haya inscrito en el registro correspondiente (art. 16.1).
- d) Inscrita y domiciliada dentro del territorio de la Unión en el Estado miembro donde radique su administración central (art. 7).
- e) De obligada participación de los trabajadores en la gestión.
- f) Con un capital social no inferior a 120.000 euros (art. 4).
- g) Que debe incluir en su denominación social las partículas SE (art. 11).

---

<sup>73</sup> LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, p. 101. Sobre esta idea vuelve en las conclusiones del trabajo (p. 154) cuando afirma que uno de los riesgos fundamentales que plantea el Estatuto de la SE es que no se alcanza la uniformidad deseada.

h) Y estructurada en base a la existencia de dos órganos sociales, tanto de deliberación (Junta general de accionistas), como de administración y representación, permitiéndose para este último, que se siga bien el sistema dual, que supone la existencia de un órgano de dirección y de un órgano de control, bien el sistema monista, en el que un solo órgano ejerce la administración de la sociedad.

Por lo que se refiere a la regulación sustantiva que el Reglamento reserva a la SE, ésta se divide en los siguientes títulos: Título I. Disposiciones generales (arts. 1 a 14); Título II. La constitución (arts. 15 a 37)<sup>74</sup>; Título III. La estructura de la SE (arts. 38 a 60); Título IV. Cuentas anuales y cuentas consolidadas (arts. 61 y 62); Título V. Disolución liquidación, insolvencia y suspensión de pagos (arts. 63 a 66); Título VI. Disposiciones complementarias y transitorias (art. 67); Título VII. Disposiciones finales (art. 68 a 70).

De todas las cuestiones mencionadas, hay dos -la estructura de la SE y la participación de los trabajadores, a ella vinculada- que han centrado la mayor parte del debate a lo largo del proceso discusión del Reglamento. Es por ello, que les vamos a dedicar una atención especial.

La estructura de la *Societas Europaeae* se regula en el Título III (arts. 38 y ss) y es la única excepción a la regulación indirecta o por remisión que contiene el Reglamento, justificada por el hecho de que la falta de armonización de los derechos internos vía directiva en tal materia (todavía pendiente de aprobación está la Propuesta Modificada de Quinta Directiva) hace inapropiada la remisión de la normativa reguladora de las sociedades

---

<sup>74</sup> En concreto los modelos de constitución que se prevén son: 1. La fusión en una sola entidad; 2. La constitución de una sociedad holding; 3. La constitución de una filial común; 4. La transformación en una SE.

genuinamente nacionales. Por eso hemos incluido antes, dentro los rasgos caracterizadores de la SE, el rasgo esencial o principio configurador de que el modelo de gobierno de la sociedad lo será, según determinen sus estatutos, bien un sistema dualista (un órgano de control, con tareas de vigilancia y otro de dirección, al que le corresponden las tareas administrativas y representativas), bien un sistema monista (un solo órgano de administración, que aglutina las funciones de gestión representación y supervisión). Por tanto, los sistemas que tradicionalmente se han considerado contrapuestos (monista y dualista) coexisten en el Reglamento, el cual impone a los Estados miembros la obligación de ofrecer a las SE que se constituyan en su territorio la posibilidad de elegir en sus Estatutos el sistema monista o el sistema dualista, lo que implica la necesidad de regular ambos [art. 38 b)]. En otras palabras, el Reglamento impone a los estatutos la obligación de elegir entre ambos sistemas de administración, de forma que tal decisión escapa de los legisladores nacionales. Por lo tanto, excepto los países que admiten ambos sistemas, los demás, deben abordar la regulación de aquél hasta el momento no contemplado<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> No obstante, al margen de que el Reglamento permita la opción entre estos dos sistemas de administración o gobierno de la sociedad anónima, considera la doctrina que del texto del Reglamento se deduce una clara preferencia por el sistema dualista “y la consiguiente desnaturalización del sistema monista, porque el legislador comunitario se empeña en seguir queriendo que la delimitación entre las responsabilidades de las personas encargadas de la gestión y aquellas encargadas de la vigilancia (...) debe valer tanto para el sistema dualista como para el monista, lo que sólo es posible hacer a costa de la desfiguración de éste (...). Esta forma de proceder del legislador comunitario obliga a ver en la regulación que propone del sistema monista un sistema dualista encubierto, al hacer del órgano de administración como tal, privado de responsabilidad por la gestión corriente de la compañía, un sedicente órgano de vigilancia, en línea con la regulación que relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado proponía la Quinta Directiva”. En este sentido, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, “El futuro...”, *op. cit.*, p. 5. Además, esta preferencia se pone de manifiesto en el art. 43 del propio Reglamento, que refiriéndose al sistema monista establece, en primer lugar que el “órgano de administración asumirá la gestión de la SE” y, en segundo lugar, reconoce a todo Estado miembro la posibilidad de estipular que “el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones

Consecuencia de lo dicho es que el legislador español se ve obligado a regular por primera vez en España el modelo dualista de gobierno de las sociedades para hacer posible que las SE domiciliadas en España ejerciten su derecho de opción, en la medida en que sus estatutos hayan optado por este sistema<sup>76</sup>. Y en esta línea, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 39. 5 del Reglamento, en virtud del cual “cuando en un Estado miembro no esté previsto el sistema dual con relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la SE”.

Entrando en el contenido del texto, dice el art. 38, a propósito de la estructura de la SE, que ésta “constará de: a) una junta general; y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos”. De aquí se deduce, por un lado, que en toda sociedad anónima europea existirá un órgano deliberante, la Junta general de accionistas, y un órgano de administración y representación, y, de otro, que se permite para este último que se siga bien el sistema dual, bien el sistema monista. Expuesta en

---

establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio” , con lo que se reconoce la posibilidad de acudir al mecanismo de la delegación.

<sup>76</sup> No obstante, como ponen de relieve MORILLAS JARILLO Y GRECHNING, “La administración...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8 “los Estados miembros, a la hora de llevar a cabo la modificación impuesta por el Reglamento, tienen la obligación de cumplir estrictamente el mandato del legislador comunitario, ofrecer la elección a las SE que se constituyan en su territorio; o bien la posibilidad de extender esta facultad también a las sociedades anónimas nacionales (...). Pero la obligación, insistimos, se tiene se tiene en relación con la SE con domicilio social en dicho Estado miembro, no con las restantes, por lo que se cumple simplemente con que las normas promulgadas sean de exclusiva aplicación a las SE”. No obstante, “dadas las dificultades que ha encontrado la Propuesta de Quinta Directiva precisamente por la resistencia de los Derechos nacionales, parece poco probable que los Estados miembros vayan más allá del estricto cumplimiento del deber de propiciar la aplicación del Reglamento a las SE”. A favor de que se reforme el Derecho español vigente y se introduzca una regulación suficiente del sistema dualista para que puedan optar a él las sociedades nacionales se manifiesta ESTEBAN VELASCO, “El compromiso...”, *op. cit.*, p. 152.

líneas generales la estructura de la SE según el Reglamento que comentamos, conviene hacer algunas precisiones en cuanto a los sistemas de administración citados tal y como aparecen recogidos en la normativa comunitaria de referencia.

1. Sistema monista. Artículos 43 a 45 del Reglamento. Lo primero que debemos decir en relación con el sistema monista de administración de la sociedad anónima europea es que, si bien durante las negociaciones se dudó en su configuración entre un sistema de órgano de administración con “delegación obligatoria” de la dirección de la sociedad en uno o varios de sus miembros (art. 66.2 Propuesta SE/1989) hasta un sistema de “delegación voluntaria” en miembros o Directores ajenos al órgano (art. 66.2 Propuesta SE/1991), finalmente se ha optado por exigir la existencia de un órgano de administración confiando a la legislación del Estado del domicilio la eventual configuración de la delegación.

En este sistema se atribuye al órgano de administración, como función primordial, la gestión de la SE. No dice nada, sin embargo, el Reglamento sobre la titularidad, el ejercicio y el ámbito del poder de representación, por lo que su regulación depende del régimen jurídico del Estado del domicilio de la SE. Lo mismo ocurre respecto de la delegación de facultades (art. 43.1 Reglamento). La estructura y la composición numérica del órgano de administración depende de los estatutos, aunque los Estados miembros podrán fijar un número mínimo, no inferior a tres en el caso de cogestión, y un máximo (art. 43.2). Sus miembros serán nombrados por la Junta general, sin perjuicio de las disposiciones para los primeros consejeros -que podrán designarse en los estatutos-, para eventuales derechos de las minorías según las legislaciones nacionales y para la designación de los eventuales representantes de los trabajadores (art. 43.3). En lo que se refiere a la organización interna, deberá reunirse, al menos, trimestralmente, para deliberar sobre la marcha de los asuntos de la SE y su evolución previsible

(art. 44.1). Además, deberá elegir un Presidente entre sus miembros que, salvo disposición estatutaria en contra, dispondrá de voto de calidad (art. 45).

2. Sistema dualista. Al sistema dualista dedica el Reglamento los arts. 39 a 42, artículos a los que vamos a dedicar especial atención por ser este sistema el que ha de ser introducido en el Derecho español.

Como bien sabemos, en el sistema dualista hay dos órganos. Un órgano de dirección que es el que gestiona la sociedad y responde por esta gestión (art. 39. 1), y un órgano de control que no puede ejercer por sí el poder de gestión y que se limita a vigilar la actuación del anterior (art. 40.1), función para cuyo cumplimiento se ponen a disposición del órgano de control varios instrumentos, como son el deber de información que pesa sobre el órgano de dirección, y la posibilidad que se pone a su disposición de realizar las comprobaciones necesarias. No obstante, hay que hacer dos matices:

1. Por un lado, es posible que las tareas de administración se atribuyan a uno o más Consejeros delegados “en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio” (art. 39.1, que coincide con el 43.1, relativo al sistema monista).
2. Por otro, es posible que el órgano de control quede investido de un *poder indirecto de gestión*, ya que su supremacía sobre el órgano de gestión permite que para determinadas operaciones, los Estados miembros o los estatutos, puedan exigir que el órgano de dirección deba recabar la previa autorización del órgano de control o incluso que los Estados miembros faculten al órgano de control para decidir cuáles son las operaciones necesitadas de su previa autorización (art. 48, aplicable también al sistema monista de administración).

La supremacía del órgano de control se pone también de manifiesto en el hecho de que el nombramiento y la revocación de los miembros del órgano de gestión corresponde al de control (art. 39.2), aunque el Reglamento permite que los Estados miembros establezcan la designación y revocación por la Junta general “en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades domiciliadas en su territorio”. Por su parte, la designación y revocación de los miembros del órgano de control corresponde a la Junta General, sin perjuicio de la posible participación de los trabajadores, y sin perjuicio de que los miembros del primer órgano de control sean designados por los Estatutos (art. 40.2).

Por otro lado, hay que advertir que no es posible ser miembro de los dos órganos a la vez, salvo que exista una vacante en el órgano de dirección y se haga necesario cubrirla. En tal caso, es obligatoria la suspensión de funciones como miembro del órgano de control de quien ha pasado a ser miembro del órgano de dirección (art. 39.3). Esta independencia de funciones entre estos dos órganos no impide, sin embargo, la obligación que pesa sobre el órgano de dirección de informar, con una periodicidad trimestral al órgano de control sobre la marcha de la sociedad y su evolución previsible. Además deberá comunicar cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SE. Por su parte, el órgano de control puede pedir al órgano de dirección la información necesaria para el cumplimiento de su función de control, así como, realizar o hacer que se realicen las comprobaciones necesarias para desempeñar su cometido (art. 41). El órgano de control deberá, además, elegir de entre sus miembros un Presidente (art. 42).

En cuanto a la composición de uno y otro órgano dicen los art. 39.4 y 40.3 que los estatutos de la SE fijarán el número de miembros del órgano de dirección y del órgano de control. No obstante los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos. Y en cuanto a la elección de

los miembros de ambos órganos rige el art. 47.4 (aplicable también al sistema monista) que señala que lo en él establecido “se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones nacionales que concedan a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades el derecho a nombrar a una parte de los miembros de los órganos”, previsión que en el caso de España es preciso conectar con el sistema de representación proporcional de los arts. 137 y 140 LSA.

Por lo que se refiere a la toma de decisiones el Reglamento establece en el art. 50 (aplicable también al sistema monista) el quórum de constitución (la mitad de los miembros deberán estar presentes o representados) y el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos (mayoría de los miembros presentes o representados, teniendo el presidente voto de calidad en caso de empate, a falta de disposición estatutaria al respecto).

Finalmente, debemos advertir que algunas de las disposiciones del Título III son comunes a los dos sistemas, dualista y monista. En concreto, las recogidas en los arts. 46 a 51, las cuales regulan el estatuto personal de los cargos de uno y otro sistema. Sumariamente, se recogen en estos artículos disposiciones relativas al plazo para el desempeño del cargo, que no podrá ser superior a seis años renovables por periodos de igual duración máxima (art. 46); salvo que las legislaciones nacionales o los estatutos dispongan lo contrario, es posible elegir a personas jurídicas, con obligada designación de persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 47.2); por otro lado, los estatutos pueden imponer condiciones particulares a los miembros de los órganos elegidos en representación de los accionistas (art. 47.3); todos los miembros quedan sujetos, aun después de cesar en sus funciones, a la obligación de confidencialidad (art. 49); salvo que los estatutos dispongan otra cosa, los quorums de constitución (mayoría absoluta) y las mayorías para tomar decisiones (mayoría simple) de los órganos se completan

con la atribución al Presidente de voto dirimente aunque no se podrá excluir el voto de calidad cuando la mitad de los miembros del órgano de control (y del órgano de administración) sean representantes de los trabajadores. Por último, el art. 51 establece que “los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas, del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones”.

En cuanto al régimen de implicación de los trabajadores en la gestión de la Sociedad Europea<sup>77</sup> (rasgo esencial de la SE), se regula en la Directiva 2001/86/CE<sup>78</sup>, la cual completa el Reglamento por el que se crea la sociedad

---

<sup>77</sup> De acuerdo con el art. 2 h) de la Directiva, se entiende por implicación de los trabajadores “la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”. La información, la consulta y la participación son, por tanto, términos específicos para formas concretas de implicación.

<sup>78</sup> Las iniciales propuestas de la Comisión tanto en el ámbito de la armonización de los derechos internos (*Propuesta inicial de Quinta Directiva de 1972*) como en el de las empresas de dimensión comunitaria (*Propuestas de SE de 1970 y 1975*), imponen, como ya dijimos, un modelo único en la forma de administración -sistema dual- garantizando la incorporación de un mínimo de representantes de los trabajadores en el órgano de control -Consejo de Vigilancia-. Debido a los problemas que suscitaba esta modalidad de implicación de los trabajadores, la *Propuesta de SE de 1989* (y, anteriormente, la *Propuesta Modificada de Quinta Directiva de 1983*), que recoge la materia relativa a la participación de los trabajadores en una Directiva complementaria del Reglamento de la SE, renuncia a este modelo único de participación de los trabajadores para todas las SE y opta por permitir a los Estados miembros y, en su caso, a las partes interesadas la elección entre varios modelos, cuales son la participación en los órganos de administración, la creación de un órgano específico de información y consulta u otros modelos de intervención a través de Convenio. Para los casos en los que no se llegue a un acuerdo se establece un modelo subsidiario. Lo mismo ocurre con la *Propuesta modificada* de 1991. Destaca, también, en esta evolución la *Directiva 94/45/CE sobre el Comité de Empresa Europeo* (DOCE L 254, de 30 de septiembre de 1994), en virtud de la cual las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria deben constituir un Comité de Empresa Europeo o un procedimiento de información y consulta de los trabajadores con el fin de informar y consultar a los trabajadores. No obstante la importancia de esta Directiva, y como se puso de manifiesto en

europea, formando un bloque normativo integrado, hasta el punto de que la entrada en vigor del Reglamento (8 de octubre de 2004) se ha hecho coincidir con la expiración del plazo para transponer la Directiva. Sólo cuando, transpuesta la Directiva, los legisladores nacionales hayan tomado opción sobre el régimen de implicación de los trabajadores en la gestión, podrá constituirse una SE. No obstante, hay que decir que la Directiva no ha establecido un modelo único de implicación o participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad debido a la gran diversidad de normas y prácticas existentes sobre la materia en los distintos Estados miembros de la UE. De esta manera, y según la propia Directiva, corresponde a la libre negociación entre el capital y el trabajo la determinación de cuáles hayan de ser las formas concretas de implicación o participación (principio de autonomía de los interlocutores sociales). Por el contrario, se da prioridad a la regulación comunitaria en relación a las siguientes cuestiones:

a) Procedimiento de negociación. Del lado de los trabajadores debe constituirse una Comisión negociadora que discuta con los órganos de las sociedades fundadoras el sistema de implicación de los trabajadores en la SE. Por parte de la sociedad actuará, dependiendo de la estructura orgánica de cada sociedad participante, el órgano de dirección (sistema dualista) o el órgano de administración (sistema monista) (art. 3.1)

---

una *Consulta de la Comisión en materia de información y consulta* de 1995 [COM (95), 547 final, de 14 de noviembre de 1995], en relación con la SE no basta la aplicación de la citada Directiva sino que era necesaria una solución específica. Por este motivo, la Comisión encarga la constitución, en noviembre de 1996, del *Grupo Davignon* que, en mayo de 1997, presentó su informe, el cual ha servido de referencia en los debates posteriores en torno a la Propuesta de Directiva complementaria a la que nos venimos refiriendo. Finalmente, en la Cumbre de Niza se llegó a un consenso entre los entonces quince miembros de la Unión (hoy veinticinco) y de ahí surge la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la gestión. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso...” *op. cit.*, pp. 155 y 156 y “Participación de los trabajadores en la Sociedad Europa: ¿Más cerca de un compromiso político?”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1683 y ss, QUIJANO GONZÁLEZ, “La Sociedad...”, *op. cit.*, pp. 4329 y ss.

b) Contenido mínimo del acuerdo, es decir, las distintas opciones de implicación que pueden establecerse. En principio, las partes gozan de autonomía para configurar el acuerdo. No obstante la Directiva establece unas pautas mínimas. De esta forma, además de tener que fijar el ámbito de aplicación del acuerdo, la fecha de entrada en vigor, la duración, etc., el acuerdo debe recoger una serie de elementos mínimos que varían dependiendo de la modalidad de implicación de los trabajadores en la SE por la que se opte (art. 4.2): a) Mediante “órgano de representación”; b) Mediante “uno o varios procedimientos de información y de consulta”; c) Mediante la “participación en los órganos societarios de la SE”.

c) Y, por último, la previsión de las disposiciones de referencia en caso de falta de acuerdo. Sólo en defecto de acuerdo se aplicarán las normas sobre implicación (en las modalidades de información y consulta y participación) que se dicten por cada uno de los Estados miembros de acuerdo con las directrices contenidas en el art. 7 y en el Anexo de la Directiva.

En todo caso, los derechos de los trabajadores existentes antes de la creación de las SE representan un punto de partida para la configuración de sus derechos de implicación en la SE (principio de antes-después).

De todo lo expuesto hasta ahora podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar y como consecuencia de la publicación del Reglamento y la entrada en vigor de la Directiva, el legislador español está obligado fundamentalmente a adoptar las disposiciones de Derecho interno necesarias para asegurar la efectividad del Reglamento<sup>79</sup> y a trasponer la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.

---

<sup>79</sup> En particular, el legislador español está obligado a hacer efectiva la opción de que las SE registradas en España hagan a favor del sistema monista o del sistema dualista, hasta ahora extraño a nuestro Derecho.

En esta línea, el 21 de enero de 2005 fue presentado el Proyecto de Ley (121/000019) sobre Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Posteriormente, el 28 de enero de 2005, el Proyecto de Ley se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

Dice la Exposición de Motivos del antedicho Proyecto de Ley que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la sociedad anónima europea impone, en su art. 68, a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. Esta Ley tiene como objeto cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que se domicilien en España, aunque con un alcance limitado ya que pretende, tan sólo, la adición de un nuevo capítulo al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a fin de ofrecer aquellas precisiones indispensables que exige el Reglamento para la plena operatividad de la normativa.

Centrándonos en la cuestión que nos interesa, señala la E.M. que uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el reglamento comunitario ha sido el de si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España tenían que adoptar necesariamente el “sistema monista” de administración -sistema tradicional de las sociedades anónimas españolas- o si, por el contrario, podían optar por el “sistema dual”, como así ha establecido el Proyecto que comentamos. Al mismo tiempo, en el caso de que se reconociera esta posibilidad de opción, se planteaba el problema de si debía ser específica de las sociedades anónimas europeas o si debía generalizarse a todas las sociedades que se constituyan en España, opción que, después de todo no ha prosperado en el Proyecto de Ley respetando la solución tradicional del derecho español

Por último, añade la E.M., el régimen de la sociedad europea se completará con la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la

sociedad europea, mediante la que se incorporará al Derecho español la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

Entrando en el contenido del Capítulo XII, que se incorporará a la LSA, nos interesa, ante todo, la Subsección 1<sup>a</sup> (“Sistemas de administración”) y la Subsección 2<sup>a</sup> (“Sistema dual”) de la Sección 3<sup>a</sup> (“Órganos sociales”), arts. 326 y ss. En términos generales, de acuerdo con el mismo, la SAE que se domicilie en España podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos (art. 326).

En el caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a la sociedad anónima europea lo establecido en esta Ley para las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 2157/2001, y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (art. 327)<sup>80</sup>.

En el caso de que se opte por un sistema de administración dual, existirá una Dirección, a quien corresponderá la gestión y representación de la sociedad, y un Consejo de Vigilancia<sup>81</sup> (art. 328<sup>82</sup> y art. 329.1). La Dirección

---

<sup>80</sup> El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds ha presentado una enmienda (n<sup>o</sup> 17) en virtud de la cual se pretende dar nueva redacción al art. 327, y se propone la siguiente redacción: “En caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la presente Ley para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 2157/2001, y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas”. Por su parte, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) ha planteado otra enmienda (n<sup>o</sup> 48) al art. 327 cuya redacción pretende modificar en el siguiente sentido, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado,: “La administración de las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España se regirá por lo establecido en el Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 2157/2001, por las disposiciones de este Capítulo y, supletoriamente, por las disposiciones generales de la presente Ley, y en la que la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas”.

<sup>81</sup> El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds ha presentado una enmienda (n<sup>o</sup> 16) mediante la cual se solicita la sustitución de la denominación de Consejo de Vigilancia por la de Consejo de Control.

<sup>82</sup> A propósito del art. 328 el Grupo Parlamentario del Partido Popular ha presentado una enmienda (n<sup>o</sup> 41) con la que se pretende modificar el contenido del mismo. Se propone la siguiente redacción: “En el caso de que se opte por un sistema de administración dual, existirá

podrá, a su vez, organizarse de diferentes modos: un solo director, varios directores que actúen solidariamente o conjuntamente o un Consejo de Dirección, el cual deberá constituirse necesariamente siempre que la gestión se confíe conjuntamente a más de dos personas (art. 330.1). Salvo lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, la organización, el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de Dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en esta Ley para el Consejo de administración de las sociedades anónimas (art. 330.2<sup>83</sup>). Lo mismo puede decirse en relación al Consejo de Vigilancia (art. 332<sup>84</sup>), cuyos miembros serán nombrados y revocados por la Junta general, sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, en la Ley que regule la implicación de los trabajadores y de lo establecido en el art. 137 de la LSA<sup>85</sup>. Actualmente, el Proyecto de Ley sobre la Sociedad Anónima Europea

---

una dirección y un consejo de vigilancia. El nombramiento de los directores corresponderá al órgano de control, salvo que los estatutos dispongan que debe corresponder a la Junta general”, en uso de la facultad que atribuye el art. 39.2 del RESE a los Estados para establecer o permitir que los estatutos puedan disponer que los directores sean nombrados o revocados por la Junta. La legislación española debería permitir que en los estatutos se establezca el sistema de nombramiento y revocación que se estime más conveniente. La doctrina española señala que una solución razonable sería la atribución del nombramiento sólo al órgano de control, pero contemplando la apertura de la revocación por la Junta si así lo prevén los estatutos, con la finalidad de que la Junta pueda intermediar en los posibles conflictos que surjan entre el órgano de dirección y el de control.

<sup>83</sup> El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds ha presentado una enmienda (nº 15) en virtud de la cual se añadiría un nuevo punto en el art. 330, con la siguiente redacción: “3. Los miembros de la dirección serán nombrados o revocados por la Junta general. No obstante lo anterior, el Consejo de vigilancia podrá destituir a los administradores cuando considere que se produce una situación de grave incumplimiento de sus funciones que pone en peligro el interés social, debiendo dar cuenta de ello en el Informe que presente a la primera Junta general que se celebre”, con el objeto de potenciar los mecanismos de control del Consejo de Vigilancia.

<sup>84</sup> El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds ha presentado una enmienda (nº 17) en virtud de la cual se pretende añadir un nuevo punto al art. 332 con el siguiente contenido: “1. ter. En las sociedades cotizadas, el Comité de Auditoria y los restantes Comités de buen gobierno se constituirán como Comisiones propias del Consejo de Vigilancia, no pudiendo formar parte de ellas los miembros de la dirección”.

<sup>85</sup> A propósito del sistema dual de administración, el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds ha presentado, además de las citadas, las

domiciliada en España ha sido remitido a la Comisión de Justicia para la emisión del correspondiente informe.

Por otro lado, como explica el Profesor ESTEBAN VELASCO “la SE en la versión que comentamos posee una cierta capacidad de adaptación a las empresas de medianas dimensiones (...), pero también es claro que el modelo prevalente que inspira sus disposiciones, es el de las sociedades abiertas o potencialmente abiertas, y que, por tanto, constituye una tarea pendiente la elaboración de una segunda SE: la Sociedad Privada Europea, con un estatuto más próximo al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, es decir: flexible y simplificado con amplio juego de la autonomía de la voluntad, sobre todo en el terreno de las relaciones internas. Forma jurídica de empresa que tendría carácter complementario con el de la primera SE”<sup>86</sup>. En esta misma línea, sostiene el profesor QUIJANO GONZÁLEZ que “opiniones doctrinales cada vez más numerosas y relevantes que, dando por buena y consolidada la

---

siguientes enmiendas: Enmienda nº 23, por la que se pretende añadir un nuevo artículo (art. 338) del siguiente tenor: “Cuando la sociedad opte por el sistema de administración dual, el socio podrá, en el ejercicio del derecho de información que le reconoce el artículo 112 de la presente Ley, solicitar tanto de la dirección como del Consejo de vigilancia la información a que se refiere dicho precepto, en el ámbito de las respectivas competencias de la dirección y del Consejo”. Se acomoda, así, el ejercicio del derecho de información del socio ex art. 112 a la administración dual. Enmienda nº 24 por la que se pretende añadir una nueva D.A. con el siguiente contenido: “Cuando la sociedad opte por el sistema dualista, la obligación de elaborar el Informe anual de gobierno corporativo le corresponderá a la dirección, sin perjuicio de la obligación que recae sobre el Consejo de vigilancia de elaborar un Informe anual sobre sus actividades y las de sus comisiones, en relación con el gobierno corporativo de la sociedad”. Se busca, con ello, aclarar las competencias sobre el Informe anual de gobierno corporativo y se establece una nueva obligación consistente en que el Consejo de vigilancia emita un informe sobre sus funciones, en relación con esta materia. Enmienda nº 25 por la que se pretende añadir una nueva D.A. con la siguiente redacción: “En las sociedades que opten por el sistema dual, la dirección deberá cumplir las obligaciones que se imponen a los administradores de las sociedades cotizadas en la Ley del Mercado de Valores y normas que la desarrollan”, con la finalidad de alcanzar una mayor seguridad jurídica.

<sup>86</sup> ESTEBAN VELASCO, “El compromiso...”, *op. cit.*, p. 162. Sobre esta cuestión, v. también ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, pp. 163 y ss.

configuración de un tipo de SE con forma de sociedad anónima, propugnan avances en paralelo para la elaboración de otro Estatuto de otra SE, ésta más próxima a las características de una sociedad menos institucionalizada, con más espacio para la configuración contractual, de estructura básicamente cerrada y, en definitiva, asimilable tipológicamente a una sociedad de responsabilidad limitada, de forma que ambas figuras se presentaran alternativamente como complementarias y compatibles”<sup>87</sup>.

## II. DERECHO COMPARADO.

### A. INTRODUCCIÓN.

Sobre la base de las consideraciones expuestas en las líneas anteriores, estamos en condiciones de proceder a analizar el tratamiento que en los distintos ordenamientos del Derecho comparado se da a la organización de la administración social en forma de Consejo de administración con delegación de facultades, antes de entrar en el estudio que de la misma se ha hecho y se hace en el Derecho español. El análisis del Derecho comparado, que tiene un valor esencial para la rama del ordenamiento jurídico en que nos movemos

---

<sup>87</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, “La Sociedad...”, *op cit.*, p. 4304. Señala este mismo autor entre las propuestas favorables a un tipo alternativo de sociedad europea sobre la base de la sociedad limitada, el trabajo de BOUCORECHLIEV, J., *Pour une SERL*, Creda, Paris, 1973, elaborado a partir de un estudio de la Cámara de Comercio e Industria de París. Esta misma línea argumental, ha sido retomada en las propuestas de “sociedad cerrada europea” elaboradas bajo el patrocinio del Centro Francés de Investigación sobre el Derecho de los Negocios y de la Cámara de Comercio e Industria de París, en 1997 y 1998 respectivamente. Para una visión general de los aspectos principales de esta propuesta, ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: nuevas perspectivas desreguladoras”, en *Manuales de la reforma mercantil en España, I Derecho, tipología y estructura de las sociedades*, Recoletos, Madrid, 1999, pp, 107 y ss.

dada su vocación internacional, nos permitirá conocer el estado de la cuestión en otros ordenamientos, “así como las soluciones adoptadas, que pueden servir como elementos de contraste y de posible interpretación del Derecho español, con la ventaja, en algunos casos, de indicar, al menos de una forma aproximativa, cuáles pueden ser las líneas futuras de evolución”<sup>88</sup>. Es por este último motivo que se presta una especial atención al recientemente modificado derecho de sociedades italiano.

Tradicionalmente, el estudio del Derecho comparado se ha hecho partiendo de la clasificación que agrupaba los ordenamientos en dos sistemas distintos: el sistema “germano-italiano” (integrado inicialmente por los ordenamientos alemán e italiano), que se caracterizaba por situar, con carácter obligatorio, al lado del órgano de gestión un órgano de control cuyas atribuciones son más amplias que las que corresponden a los órganos que ejercen esta función en los países pertenecientes al otro sistema; y el sistema “anglo-francés” (que en su formulación inicial agrupaba, entre otros, al ordenamiento francés, suizo, español e inglés), que concebía la administración como un núcleo unitario configurado en torno a un solo órgano, de ordinario, Consejo de Administración.

Sin embargo, la distinción entre ambos sistemas se ha ido desdibujando con el paso del tiempo por diversas razones<sup>89</sup>. Por un lado, se han producido modificaciones en virtud de las reformas promulgadas en los países más característicos de uno y otro sistema. Así, el Derecho francés dejó de ser, desde la reforma de 1940-1943, el más representativo del grupo que lleva su nombre al establecer con carácter obligatorio la existencia de dos órganos de administración social. Por otro lado, la inserción del ordenamiento italiano en

---

<sup>88</sup> Con estas palabras se expresa el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>89</sup> Así lo puso ya de manifiesto CRISTÓBAL MONTES, A., “La administración de las sociedad anónima en el Derecho Comparado”, *A.D.C.* julio-septiembre, 1983, p. 844.

el sistema “germano-italiano” resulta desde el inicio problemática por razones que en breve estudiaremos. Además, durante años la práctica de las sociedades anónimas ha tendido al acercamiento de ambos sistemas que son conocidos como sistema monista y sistema dualista de administración de la sociedad anónima y a los que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores de este trabajo<sup>90</sup>.

No obstante lo dicho, en el estudio que iniciamos a continuación se sigue, al menos formalmente, la distinción entre estos sistemas monista y dualista, cuyas características fundamentales iremos poniendo de relieve, pero lo haremos evitando la adscripción de los ordenamientos que analicemos a ninguno de estos sistemas.

## **B. DERECHO ITALIANO.**

### **a. El *Codice di Commercio* de 1882.**

El esquema de organización de las sociedades anónimas previsto en el *Codice di Commercio* de 1882 se basaba en la existencia con carácter obligatorio de tres órganos: la Junta general, el órgano de administración, que desarrollaba las tareas de gestión, y el *collegio sindacale*, que desempeñaba tareas de vigilancia. Por tanto, desde un punto de vista formal la organización de la sociedad anónima en el Derecho italiano podía encuadrarse dentro del sistema “dualista” de administración, como hemos advertido en la Introducción de este apartado. No obstante, esta apariencia se difuminaba conforme se profundizaba en el carácter de las funciones encomendadas al órgano de control, al *collegio sindacale*<sup>91</sup>, y que consistían, como

---

<sup>90</sup> Parte Primera, Capítulo, I, I, B.

<sup>91</sup> Sobre las funciones del *collegio sindacale*, GRAZIANI, A., *Diritto delle Società*, Morano Nápoli, 1963, pp., 392 y ss., donde se pone de manifiesto que el control que realiza este órgano es un control “*di legalità e non di merito*”. En el mismo sentido, FRÈ, G., *Società per azioni*

comprobaremos posteriormente, en el control de la legalidad de la actividad de los administradores. De esta manera, al margen de lo que en principio pudiera parecer, en Derecho italiano la administración se organiza en este momento en torno a un solo órgano, el administrativo, que por regla general se configura como Consejo de administración, correspondiendo simplemente al *collegio* controlar la legalidad de la actividad de los administradores.

Una vez establecida la estructura interna de las sociedades anónimas, el Código de 1882, siguiendo la línea del Código de 1865, no contenía una disciplina concreta y rígida sobre la configuración de la administración de las sociedades anónimas por lo que la práctica fue ensayando y consagrando diversos sistemas que, con posterioridad, si serán recogidos en las leyes. Así, si bien el articulado del Código no realiza una estructuración de la organización administrativa recoge algunas de las figuras que con más frecuencia tuvieron cabida en los estatutos de las sociedades. De esta manera, al lado del Colegio de administración son frecuentes las figuras de los Comités ejecutivos y los Consejeros delegados aunque el Código, como decimos, no contenía un reconocimiento expreso de la delegación de facultades. No obstante, como había desaparecido el precepto prohibitivo del art. 138 del Código de 1865, la práctica incorporó frecuentemente esta figura a la organización administrativa de las sociedades basándose en el principio de libertad de pactos, dadas las ventajas que esta admisión suponía en aras de un mejor funcionamiento de estos órganos de administración. Igualmente, era frecuente la figura de los Directores generales cuya existencia si estaba prevista en el Código, concretamente en el art. 148 considerándolos como personas extrañas al Consejo a las que por pacto o acuerdo de la asamblea se les confiaba la ejecución de determinadas operaciones sociales. Con la inserción de estas figuras en la organización administrativa de las sociedades

---

(art. 2325-2461), en *Commentario al Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Zanichelli, Bologna/Roma, 1972, pp., 442 y ss.

anónimas se pone de manifiesto ya en este momento la necesidad de una mayor agilidad en el desarrollo de la actividad de administración.

En definitiva, lo que se pretende dejar claro es que, salvo el Consejo de administración o el administrador único, que alternativamente tenían carácter de órganos necesarios, un criterio de amplia libertad era aplicable para proceder a una configuración más completa de la actividad administradora.

### **b. El *Codice Civile* de 1942.**

La promulgación del *Codice Civile* de 1942, que regula en los artículos 2380 y siguientes todo lo relativo a la administración de la sociedad anónima, no modificó esencialmente las líneas expuestas del de 1882.

Por el contrario, hay que tener en cuenta la reciente reforma del derecho de sociedades operada a través del Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, n.6<sup>92</sup>, a través del cual se reforman partes bastante importantes Libro V

---

<sup>92</sup>Este decreto constituye el final de una larga historia que comenzó hace casi medio siglo. Una historia llena de intentos de reforma general que no llegaron a cuajar y de reformas parciales impuestas por los acontecimientos, como, por ejemplo, es el caso de la Ley n. 216/1974, por la que se instituye la *CONSOB* (Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa). La primera medida orgánica de reforma societaria es el Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, Texto Único de las Disposiciones en materia de intermediación financiera, que es heredero de una ley del año 1913 que disciplinaba la Bolsa, si bien, después de la institución de la *CONSOB* el legislador italiano intervino en distintas ocasiones para regular aspectos concretos relativos a los mercados financieros. Después de la entrada en vigor del Decreto citado, fue nombrada una Comisión Ministerial que elaboró y presentó un diseño de *legge-delega*. Sin embargo, la interrupción de la legislatura no permitió completar el *iter* parlamentario. El gobierno que se forma después de las elecciones retoma la iniciativa y sanciona una *legge-delega* que, salvo algunas excepciones, calcaba la precedente. A través de esta ley se hace una delegación al gobierno para que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la misma adopte uno o más decretos legislativos que se refieran a la reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capital y las cooperativas, entre otros aspectos (art. 1 *legge-delega*). Posteriormente se nombra una Comisión Ministerial, la cual predispuso el articulado y, finalmente, conocido el parecer de la Comisión parlamentaria competente se procedió por parte del Consejo de Ministros a la aprobación del decreto legislativo, el cual fue publicado en el Suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* de 22 de enero de 2003, pero con una inusual *vacatio legis* ya que entró en vigor el 1 de enero de 2004, con el objeto de que los sujetos destinatarios de la misma pudieran adecuarse a la nueva disciplina modificando sus respectivos estatutos. No obstante, esta breve historia que acabamos de exponer sobre la reforma del derecho de sociedades, sería algo defectuosa si no se

del *Codice* y, en particular, del Tit. V, “Delle società”, es decir, mediante este Decreto se reforma el conjunto del derecho de sociedades italiano. No obstante, dentro del conjunto de la reforma vamos a prestar particular atención a la reforma de la disciplina que regula las sociedades de capital y, en concreto, la de la sociedad por acciones.

En relación a los objetivos perseguidos por la reforma, se ha declarado oficialmente que el objetivo principal de la misma consiste en adecuar la legislación italiana a los modelos vigentes en otros ordenamientos con la finalidad de hacer más fuertes y competitivas a las empresas italianas en los mercados internacionales. No obstante, sostiene el profesor BUONOCORE que aunque esta explicación puede ser y seguramente será verdadera no es

---

tiene en cuenta un dato importante que no siempre es adecuadamente valorado: los cambios que la disciplina del *Codice Civile* ha sufrido durante los últimos treinta años por efecto de la recepción por el ordenamiento interno de las Directivas Comunitarias. En este sentido, BUONOCORE, V., “Premessa” en *La riforma del diritto societario (Commento ai d.lgs. n. 56 del 17 gennaio 2003)*, a cura di VINCENZO BUONOCUORE, Giappichelli Editori, Torino, 2003, pp. 1 a 4. También sobre la historia, la finalidad y los caracteres generales y las fases o etapas de la reforma, v. MONTALENTI, P., “Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate”, *Giur. Comm.*, 1998, fasc. 3, pt. 1, pp. 329 y ss; “Dalla legge Draghi al progetto Mirone. Un quadro d’insieme”, *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, pp. 410 y ss; “La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone”, *Giur. Comm.*, 2000, fasc. 3, pt. 1, pp. 407 y ss.; “Le linee della riforma”, en AA. VV., *La riforma del diritto societario, Atti e Documenti*, Eutekne, Torino, 2001, pp. 25 y ss; y, en menor medida, “La riforma del diritto societario in Italia: aspetti generali”, *R.d.S.*, n° 22, pp. 35 y ss (traducción de David Pérez Millán), publicada también en *Riv. Dir. Comm.*, 2003, fasc 1-4, pt. 1pp. 57 y ss (“La riforma del diritto societario, profili generali”). En este último trabajo, pone de manifiesto, en relación a la administración de las sociedades anónimas, que no le convence la “hibridación” de los sistemas extranjeros con la tradición italiana, aunque remite, para un mayor detalle en la cuestión a su trabajo “L’amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario”, *Giur. Comm.*, 2003, fasc 4 pt. 1, pp. 423 y ss. V. también, BUONOCORE, V., “Commento breve al decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6 recante la <<reforma della disciplina delle società di capitali e società cooperative>> in attuazione della legge 3 ottobre 2001 n. 366”, *Giur. Comm.*, 2003, suplemento al n. 4, pp. 1 y ss.

Para un análisis del proyecto de ley de bases de reforma de las sociedades capitalistas, v. GAMBINO, A., “Apuntes sobre la reforma de las sociedades de capitales no cotizadas en Italia”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2683 y ss.

satisfactoria del todo sino que representa sólo una cara de la moneda a la que se debería unir el reverso como suplemento explicativo<sup>93</sup>. Prescindiendo de juicios valorativos sobre cada una de las soluciones adoptadas, se debe dejar claro que con la reforma, por un lado, se colman antiguas lagunas que estaban por cubrir en la legislación italiana sobre sociedades y, por otro, se da un sentido a las diferencias tipológicas en el ámbito de las tres sociedades de capital. En otro orden de cosas, añade el citado autor que se puede hablar sólo de novedad en sentido relativo, es decir, si se toma como punto de referencia exclusivamente la situación normativa italiana preexistente. Por el contrario, el término novedad sería impropio si se cruzasen los confines nacionales y se observasen las legislaciones vigentes en otras democracias industriales donde la disciplina de ciertos institutos es de fecha más antigua<sup>94</sup>. Las causas de este retraso son muchas y no es este el lugar ni el momento adecuado para su examen. Es suficiente decir que se impone repartir responsabilidades entre quienes podían o debían haberlo hecho y no lo hicieron y entre quienes hicieron todo lo posible por impedirlo. Sin embargo, esta limitación del término “novedad” no resta importancia a la reforma cuyos rasgos distintivos o líneas principales pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. La atribución de funciones diferenciadas a la sociedad por acciones y a la sociedad de responsabilidad limitada.
2. Revalorización de la autonomía privada en relación a los estatutos.
3. El establecimiento de varias opciones para el gobierno y la gestión de la sociedad por acciones (punto en el que nos vamos a centrar).
4. El nuevo aspecto de la sociedad de responsabilidad limitada.

---

<sup>93</sup> BUONOCORE, “Premessa”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>94</sup> En este sentido, ALLEGRI, V., “L’ amministrazione e il controllo”, en *Diritto Commerciale*, 4ª ed. Monduzzi, Bologna, 2004, p. 186, dispone que “la disciplina in materia di amministrazione e controllo scaturita dalla riforma del 2003 può essere considerata il frutto di un duplice ordine di fattori: a) la spontanea evoluzione storica dal modello originario francese contenuto nella codificazione commerciale napoleonica e, poi, nella legge del 1867; b) l’influenza esercitata dal diritto comparato e segnatamente dal modello dualistico germanico e dal modello dualistico anglosassone”.

5. La disciplina de los grupos.
6. La reforma de las sociedades cooperativas.

En estos seis puntos se concentra la esencia del proyecto de reforma, aunque coincide gran parte de la doctrina<sup>95</sup> en poner de relieve que el rasgo que caracteriza toda la reforma está en la concesión a las empresas de una autonomía estatutaria sin precedentes por amplitud y calidad, como siempre han pedido los empresarios. Por ello, el éxito de la reforma depende, en gran medida, del modo en que éstos sepan aprovechar la ocasión y traducir en reglas estatutarias claras y eficientes las posibilidades de elección que la ley les otorga.

Si nos centramos en las sociedades por acciones son numerosas las novedades relativas a las mismas, entre las cuales hay algunas bastante relevantes. Destacan, sobre todo, las introducidas en la administración y control de la sociedad ya que ahora es posible, en función de la previsión estatutaria al respecto, articularla de tres maneras diferentes<sup>96</sup>, es decir, a través de tres sistemas diferentes: el sistema tradicional (único vigente hasta diciembre de 2003), el sistema dualista y el sistema monista<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Entre otros, BUONOCORE, “Premessa”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>96</sup> En relación con el establecimiento de los tres modelos de administración y control y a la posibilidad de elegir entre cualquiera de ellos, opina SANTOSUOSSO, D., *Il nuovo diritto societario. I principi della legge delega e le linee guida della riforma. Decreti legislativi 5 e 6 del 2003*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 58 que es “una rivoluzione dunque, che vede aumentare notevolmente le strade per la più corretta *governance* societaria, adattandola alle esigenze delle società; la quale potrà scegliere tra l’assetto organizzativo *tradizionale* o latino (...), il sistema dualistico (proprio della tradizione germanica) (...); ed infine il sistema monistico (di derivazione anglosassone) (...)”. Por otro lado, la presencia de estos tres modelos de administración y control derivan de una expresa indicación de la Ley de Delegación al gobierno [art. 4, 8º, letra d)]. Igualmente ocurre con la indicación según la cual a falta de mención estatutaria se aplica el sistema ordinario, es decir, el único vigente hasta diciembre del año 2003 (letra e).

<sup>97</sup> Sobre las innovaciones que la reforma supone respecto al sistema tradicional o latino en materia de administración, v. CASELI, G., “I sistema di amministrazione nella riforma delle s.p.a.”, *Contratto e impresa*, 2003, fasc. 1, pp. 149 y ss. Sobre la reforma del derecho de sociedades y, en concreto, sobre su proyección en el ámbito de la administración social, v.

Antes de entrar a estudiar el nuevo sistema de administración de las sociedades que recoge el *Codice Civile*, consideramos de rigor estudiar, siquiera brevemente, el modelo de organización de las sociedades por acciones que prevé dicho texto legal. En este sentido, la sociedad por acciones italiana se caracteriza por la necesaria presencia de tres órganos distintos, cada uno de los cuales tiene sus propias funciones y sus propias competencias<sup>98</sup>:

1. La asamblea de socios, en cuanto órgano deliberativo de la sociedad.
2. El órgano de administración, al que le corresponde en exclusiva la gestión de la empresa social, de la sociedad, y que, en el desarrollo de esta función realiza las operaciones necesarias para la realización del objeto social (art. 2380 *bis*, 1º)<sup>99</sup>.
3. Un órgano de control, que puede asumir distintas formas dependiendo del sistema de administración adoptado. A saber, el *collegio*

---

ALPA G., ‘La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura’, *Riv. Dir. Priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 217 y ss; AMBROSINI S., ‘L’amministrazione e i controlli nella società per azioni’, *Giur. Comm.*, 2003, fasc. 3, pt. 1, pp. 308 y ss; ‘Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società (Relazione al Convegno "La riforma delle società di capitali", Alessandria, 6 dicembre 2002)’, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 354 y ss; BUONOCORE, V., ‘Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate (Relazione al Convegno "dell'Associazione dei giovani dottori commercialisti", Venezia 4 e 5 aprile 2003)’, *Giur. Comm.*, 2003, fasc. 4, pt. 1, pp. 389 y ss; CALANDRA BUONAURA V., ‘I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario (Relazione all'incontro nell'ambito delle iniziative di Ius Novum, Milano 9 giugno 2003)’, *Giur. Comm.*, 2003, fasc. 5, pt. 1, pp. 535 y ss; MONTALENTI, P., ‘L’amministrazione sociale...’, *op. cit.*, pag. 422-446; ‘La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi (Relazione al Convegno "La riforma delle società: corporate governance, principi interpretativi ed autonomia statutaria", Alba, 23 novembre 2002)’, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 341 y ss; VIETTI M., ‘Le linee guida della riforma del diritto societario (Relazione al Convegno "La riforma delle società: corporate governance, principi interpretativi ed autonomia statutaria", Alba, 23 novembre 2002)’, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 266 y ss.

<sup>98</sup> Líneas generales extraídas del profesor CAMPOBASSO, G.F., *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino 2001, pp. 215 y ss. y CAMPOBASSO, *Manuale...op. cit.*, p. 215 y ss, 2003.

<sup>99</sup> Sobre las relaciones de competencia entre la asamblea y el órgano administrativo, CALANDRA BUONAURA V., ‘I modelli di amministrazione...’, *op. cit.*, , pp. 535 y ss.

*sindacale*<sup>100</sup>, el Consejo de Vigilancia o el Comité para el control interno. A ellos hay que añadir los profesionales externos que llevarán a cabo el control contable (revisores y sociedad de revisión)<sup>101</sup>.

Centrándonos en la administración de las sociedades por acciones, el *Codice* manteniendo la tradicional libertad en cuanto a la organización de la

---

<sup>100</sup> Con las reformas de 1974, a través de la Ley de 7 de junio de 1974, n. 216 y, posteriormente, con la de 1998, a través del D. lgs. 24.2.1998 n. 58 Texto Único de las Disposiciones en materia de intermediación financiera (también conocida como *legge Draghi o riforma Draghi*, nombre del presidente de la Comisión ministerial que redactó el texto) la disciplina de la asamblea y sobre todo la del *collegio* se ha visto modificada en algunos puntos para las sociedades cotizadas con la doble finalidad, por un lado, de procurar una tutela más enérgica de las minorías accionariales y, de otro, favorecer un control más eficaz del *collegio* en este tipo de sociedades. Para ello, desde 1974 en las sociedades por acciones cotizadas el *collegio* viene siendo ayudado y, a veces, sustituido en su función por un órgano de control externo -CONSOB y sociedad de revisión-. Con posterioridad, a través del D. lgs. de 27 de enero de 1992, se introdujeron una serie de normas destinadas a mejorar la profesionalidad y la eficiencia de los miembros del *collegio*. De entre las medidas adoptadas cobra especial relieve el establecimiento de un registro de revisores contables. Finalmente, tuvo lugar la reforma de 1998, a través del Decreto citado, y que, a su vez, ha sido objeto de una reciente modificación a través del D. Lgs. n.º. 37 de 6 de febrero de 2004, debido a la entrada en vigor de las nuevas disposiciones en materia de sistemas de administración y control así como en materia de categorías de acciones diversas de las ordinarias y de instrumentos financieros. Con esta modificación, y a los efectos que a nosotros nos interesan, se pretende adaptar el contenido del texto de 1998 en materia de sociedades cotizadas a la nueva situación o, mejor dicho, a la nueva regulación de la administración de las sociedades anónimas. En este sentido, destaca la reforma del contenido de los arts. 148 a 154, (Sección V- “Organi di controllo”- Cap. II- “Disciplina delle società con azioni quotate”- Tit. III, Parte IV), relativos a los órganos de control, ya que a la regulación del *collegio sindacale* se ha debido unir la relativa al Consejo de Vigilancia así como la relativa al comité de control.

<sup>101</sup> Sobre el órgano de control y su función en la sociedad, v. RORDORF R., “Le società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli”, *Il foro italiano*, 2003, fasc. 9, pt. 5, pp. 184 y ss. En este artículo su autor se ocupa específicamente de los controles como parte integrante de la organización de la sociedad, estrechamente conectados con la administración de la misma. Trata, por tanto, las siguientes cuestiones: la frontera entre administración y control, la independencia del control, los tres sistemas alternativos de control, el control de la gestión y control contable, el colegio sindical, el Consejo de Vigilancia, el Comité para el control de la gestión y el control contable.  
V., también,  
FORTUNATO, S., “I controlli nella riforma delle società”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 303 y ss.

actividad administradora en la sociedad por acciones, ha introducido una gran novedad: ahora es posible elegir entre tres sistemas de administración diferentes, como así lo recoge el art. 2380. El primer párrafo del citado precepto establece que “Se lo statuto non dispone diversamente, l’amministrazione e il controllo de la società sono regolati dai successivi paragrafi 2,3 e 4”. Es decir, si los estatutos de la sociedad no disponen otra cosa la administración y el control de la sociedad se llevará a cabo mediante el sistema tradicional. Continúa este artículo diciendo que “lo statuto può adottare per l’amministrazione e per il controllo della società il sistema di cui al parágrafo 5, oppure quello di cui al parágrafo 6; salvo che la deliberazione disponga altrimenti, la variazione di sistema ha effetto alla data dell’assemblea convocata per la approvazione del bilancio relativo all’esercizio sucesivo”. En definitiva, según este apartado del artículo 2380 los estatutos podrán determinar que el sistema de administración y control sea el dualista (parágrafo 5) o el monista (parágrafo 6). De hecho, nada impide que los estatutos puedan disciplinar los tres sistemas de administración entre los cuales los socios deberán elegir después. Con la oportunidad, además, de poder pasar de uno a otro sin tener que modificar los estatutos. Bastará la deliberación correspondiente de la asamblea en este sentido. La variación tendrá efecto desde la fecha de la asamblea convocada para aprobar el balance relativo al ejercicio siguiente<sup>102</sup>. Finalmente, el último párrafo del art. 2380 dispone que salvo que se establezca de otra manera, las disposiciones relativas a los administradores (artículos 2380 bis a 2396) se aplican, según los casos, al Consejo de administración (sistema monista) o al Consejo de gestión (sistema dualista).

---

<sup>102</sup> Sobre los motivos que puede orientar la elección concreta de un modelo de administración respecto a los demás y la modalidad de adopción de un modelo en relación a los demás, ATLANTE N., ‘I tre modelli di gestione della S.p.A.: la prospettiva del Notaio (Intervento al Seminario sul tema "Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società", Facoltà di Scienze Politiche dell’Università La Sapienza, Roma, 20 marzo 2003), *Rivista del Notariato*, 2003, fasc. 3, pt. 1, pp. 531 y ss.

Estudiada la posibilidad que ahora se ofrece de optar entre los distintos sistemas, procede ahora estudiar siquiera a grandes rasgos cada uno de ellos.

1º. El sistema tradicional de administración y control. En el sistema tradicional el órgano de administración puede asumir bien estructura unipersonal -administrador único- o bien estructura pluripersonal -Consejo de administración-<sup>103</sup>. En cualquier caso, corresponde a los administradores la gestión de la sociedad (art. 2380 *bis*, 1º y 3º). Esto quiere decir que, en cuanto a la estructura del órgano de administración en este sistema, la sociedad por acciones puede tener ya un administrador único ya un Consejo de administración. No obstante, al margen de la libertad que existe en orden a la configuración del órgano administrativo, y que permite la correcta adecuación de la estructura administrativa a las circunstancias de cada sociedad, el legislador italiano ha tomado como modelo el Consejo de administración obligatorio siempre que la administración se confíe a varias personas<sup>104</sup>. Por tanto, el Consejo se configura como un órgano colegiado de gestión necesario y permanente al que compete la administración de la sociedad.

---

<sup>103</sup> A esta idea se refiere el profesor PESCATORE, S., “L’impresa societaria a base capitalistica”, en *Manuale di Diritto Commerciale a cura di VINCENZO BUONOCORE*, Giappichelli, Torino 2001, p. 316., cuando dice que “è opportuno ribadire preliminarmente che il modello legale non riserva attenzione particolare alle modalità attraverso le quali l’organo amministrativo opera; per la verosimile ragione che è parso preferibile rimetterle a specifiche clausole dell’atto costitutivo o dello statuto, cioè, alle scelte degli azionisti che possono, così, adattare alle concrete esigenze”.

<sup>104</sup> Del mismo modo, del contenido del precepto mencionado se deduce que no es posible nombrar a varios administradores que actúen solidariamente, posibilidad que si existe en el Derecho español. Así desde antiguo en el Derecho italiano, FIORENTINO, A., *Gli organi delle società di capitali*, Eugenio Jovene, Napoli, 1950, pp. 90 y ss; FRÈ, *Società...*, *op. cit.*, pp. 351 y ss; GRAZIANI, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 365; MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 385 y ss..

El control lo ejerce, como sabemos, el *collegio sinaicale*<sup>105</sup>, aunque los deberes del mismo han sido objeto de algunas modificaciones. Actualmente, el artículo 2403 dice que corresponde al *collegio sindacale* vigilar sobre la observancia de la ley y de los estatutos, el respeto de los principios de correcta administración y, en particular, sobre la adecuación del orden organizativo, administrativo y contable adoptado por la sociedad y sobre su correcto funcionamiento, eliminándose la referencia expresa al control sobre la administración de la sociedad. No obstante, considera SANTOSUOSSO<sup>106</sup> que al tradicional control sobre la legalidad (sobre la observancia de la ley y de los estatutos) se une el control de la administración, que en la actualidad se ha convertido en control sobre el respeto de los principios de correcta administración y sobre la adecuación y correcto funcionamiento del orden organizativo, administrativo y contable. En todo caso, se sigue tratando de un control de legalidad y no de mérito. Por otro lado, las funciones que desde el punto de vista contable correspondían al *collegio* ahora son desarrolladas por profesionales externos, es decir, por los revisores. No obstante, le puede ser encomendado el control contable en las sociedades que no han recurrido al mercado del capital de riesgo y que no están obligadas a redactar balance consolidado (art. 2409 *bis*, 3º). Es necesario, en todo caso, que tal atribución esté prevista en los estatutos.

Por su parte el art. 2403 *bis*, que cambia su título de “Collaboratori del sindacato” por el de “Poteri del collegio sindacale”<sup>107</sup>, regula los poderes del *collegio* recogiendo en esta sede algunos de los deberes que regulaba el antiguo art. 2403. Destacan entre estos poderes: a) Realizar en cualquier momento actos de inspección y control; b) La posibilidad de pedir a los

---

<sup>105</sup> De acuerdo con el art. 154.1 del Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, al *collegio sindacale* de las sociedades cotizadas no se les aplicarán los arts. 2397 a 2399, 2403, 2403 *bis*, 2405, 2406, números 5 y 6, 2429 apartado 2º, 2441, apartado 6º del *Codice Civile*.

<sup>106</sup> SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>107</sup> No obstante el cambio de título, se sigue regulando en este artículo los deberes de los síndicos, en los párrafos 5 y 6.

administradores noticias, también con referencia a las sociedades controladas, sobre la marcha de las operaciones sociales o sobre determinados asuntos; c) Intercambiar informaciones con los órganos correspondientes de las sociedades controladas en mérito a los sistemas de administración y control y a la marcha general de la actividad social. Además, los *síndacos* deben cumplir sus funciones o deberes con la profesionalidad y la diligencia requerida por la naturaleza del encargo (art. 2407).

Finalmente, el control contable es ejercido, como hemos advertido líneas arriba, por un revisor contable o por una sociedad de revisión. En las sociedades que han recurrido al mercado del capital de riesgo el control contable es ejercitado por una sociedad de revisión inscrita en el registro de los revisores contables, la cual está sujeta a la disciplina de la actividad de revisión prevista para las sociedades emitentes de acciones cotizadas en mercados reglamentarios y a la vigilancia de la *CONSOB*. Todo ello, lo dice el art. 2409 *bis*, 1º y 2º. Al revisor contable le son atribuidas las originarias y específicas competencias contables del *collegio sindacale*: la verificación, en el curso del ejercicio y con una periodicidad al menos trimestral, de la llevanza regular de la contabilidad social y la correcta anotación en las escrituras contables de los actos de gestión; la verificación de la correspondencia del balance de ejercicio y del balance consolidado a los resultados de las escrituras contables y de las comprobaciones realizadas, además de su conformidad con las normas que los disciplinan; explicar con adecuada relación un juicio sobre el balance de ejercicio y sobre el balance consolidado. Por otro lado, el revisor o la sociedad encargada del control contable pueden solicitar a los administradores los documentos e información útiles para el control y proceder a inspecciones (art. 2409, *ter*). Por último, es de destacar en relación a la materia que estamos analizando, por un lado, que se regula en el art. 2409- *septies* el intercambio de información entre el *collegio* y los encargados del control contable para el mejor desarrollo de sus respectivos

cometidos y , por otro, que según el art. 2409- *sexies*, los revisores deben desarrollar su actividad con la profesionalidad y la diligencia requerida por la naturaleza del encargo y son responsables solidariamente con los administradores cuya conducta o comportamiento haya producido un daño a la sociedad; su responsabilidad viene determinada por la falta de vigilancia.

2º. El sistema dualista de administración y de control. De acuerdo con el art. 2409 *octies*, los estatutos pueden prever que la administración y el control sean ejercitados por un Consejo de gestión y Consejo de Vigilancia respectivamente. La gestión de la empresa corresponde exclusivamente al Consejo de gestión que, formado por no menos de dos componentes, los cuales no pueden ser nombrados consejeros de vigilancia, desarrolla las operaciones necesarias para la actuación del objeto social (art. 2409 *novies*). Se reproduce, pues, la función propia del Consejo de administración en el sistema tradicional. De ello se sigue que el Consejo de gestión puede delegar las competencias de que está investido en uno o más de sus componentes. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en el art. 2381, 3º, 4º, y 5º, (art. 2409 *novies*). En definitiva, el Consejo de gestión está modelado, sustancialmente sobre el Consejo de administración propio del modelo tradicional de ahí que la mayoría de las normas que lo regulan se apliquen al Consejo de gestión, en cuanto sean compatibles, (art. 2409 *undecies*).

El Consejo de Vigilancia<sup>108</sup>, cuyos componentes (nunca menos de tres) no pueden ser miembros del Consejo de gestión, desarrolla sus funciones con la diligencia requerida por la naturaleza del encargo, y tiene, entre otras, las siguientes funciones (las cuales se corresponden con las que el art. 2403, 1º establece para el *collegio sindacale*): a) nombra y revoca a los componentes

---

<sup>108</sup> Al Consejo de Vigilancia de las sociedades anónimas cotizadas no se le aplicarán los arts. 2409 *septies*, *duodecies*, apartado 10º y *terdecies*, apartado 1º, letras c), e) y f), del *Codice Civile* (art. 154.2 Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998 modificado por decreto legislativo n. 37 del 6 febbraio 2004).

del Consejo de gestión; b) aprueba el balance de ejercicio y el balance consolidado; c) vigila sobre la observancia de la ley y de los estatutos, sobre el respeto de los principios de correcta administración y, en particular, sobre la adecuación del orden organizativo, administrativo y contable y sobre su concreto funcionamiento (las cuales se corresponden con las que el art. 2403, 1º establece para el *collegio sindacale*); d) promueve el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los componentes del Consejo de gestión; e) presenta la denuncia al tribunal a la que se refiere el art. 2409; y, f) por último, refiere por escrito a la asamblea, al menos una vez al año, sobre la actividad de vigilancia desarrollada y sobre las omisiones y los hechos censurables que sean relevantes (arts. 2409 *duodecies* y 2409 *terdecies*).

Los componentes del Consejo de Vigilancia son solidariamente responsables con los componentes del Consejo de gestión por los hechos y omisiones de estos cuando el daño no se hubiese producido si hubiesen vigilado de conformidad con las obligaciones propias de su cargo.

El Consejo de Vigilancia se asimila, mediante el reenvío de la disciplina, al *collegio sindacale* (art. 2409 *quaterdecies*). No obstante, cuenta con más poderes que el *collegio*.

Por último, el control contable está sometido a las reglas de los art. 2409 *bis* 1º y 2º y 2409 *ter a sexies*, en cuanto sean aplicables, y, lógicamente será desarrollado por profesionales externos (art. 2409 *quinqüesdecies*).

3°. El sistema monista de administración y control<sup>109</sup>. También este sistema, de origen anglosajón, constituye una novedad absoluta. De acuerdo con el art. 2409 *sexiesdecies*, los estatutos podrán prever que la administración y el control sean ejercitados respectivamente por el Consejo de administración y un Comité de control constituido en su interior. Al Consejo de administración le corresponde en exclusiva la gestión de la sociedad y se aplica, sustancialmente, la disciplina propia de los administradores en el sistema tradicional (arts 2409 *octiesdecies* y 2409 *noviesdecies*) lo cual permite acudir también en este sistema de administración a la delegación de facultades.

Dentro de las competencias del Comité de control<sup>110</sup> destaca que: a) elige en su interior al presidente; b) vigila sobre la adecuación de la estructura organizativa de la sociedad, la adecuación del sistema de control interno y del sistema administrativo y contable así como sobre su idoneidad para representar correctamente los hechos o actos de gestión; c) desarrolla los sucesivos cometidos que le son atribuidos por el Consejo de administración con particular consideración a las relaciones con los sujetos encargados del

---

<sup>109</sup> En relación a la denominación de este tercer sistema de administración, debemos decir que, en un principio, podría inducir a confusión ya que como sostiene el profesor MOSCO, G. D., “Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell’assemblea”, en *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, a cura di PAOLO BENAZZO, SEGIO PATRIARCA, GAETANO PRESTI*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 126 el sistema vigente o tradicional (como se le conoce hoy día) “*tutti noi abbiamo sempre considerato monistico*”. Sobre las características del sistema monista, SALAFIA V., “Il sistema monistico nell’amministrazione e controllo della società per azioni”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale, de*, 2003, fasc. 7, pp. 921 y ss.

<sup>110</sup> Al comité de control de las sociedades cotizadas no le aplican los arts. 2399, apartado 1°, y 2409-*septies* del *Codice Civile* (art. 154.3 Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998 modificado por decreto legislativo n. 37 del 6 febbraio 2004).

control contable. Al Comité de control se aplican las reglas que disciplinan las reuniones del *collegio sindacale*.<sup>111</sup>.

En cuanto a la composición del Comité, el art. 2409 *octiesdecies* nos dice que éste estará compuesto de administradores que no sean miembros del comité ejecutivo y a los que no se hayan atribuido delegaciones o cargos particulares y, en general, que no desarrollen funciones relativas a la gestión de la empresa social.

El control contable lo llevan a cabo profesionales externos (sometido a las reglas de los art. 2409 *bis* 1º y 2º y 2409 *ter* a *septies*, en cuanto sean aplicables).

Como se puede observar la reforma del *Codice* en relación a las sociedades por acciones recoge lo dispuesto por el Reglamento 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la *Societas Europaeae* en materia de estructura de la administración, ya que según el art. 38 del citado Reglamento la estructura de la SE, “constará de : a) una junta general; y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos”. Por lo tanto, el modelo de gobierno de la sociedad lo será, según determinen sus estatutos, bien un sistema dualista, bien un sistema monista. Consecuencia de lo dicho, como comentamos en su momento, es que el legislador español se ve obligado a regular por primera vez en España el modelo dualista de gobierno que se aplicará a las sociedades europeas inscritas en España en la medida en que sus estatutos hayan optado por este sistema, circunstancia que ya se ha producido en Italia.

---

<sup>111</sup> Como podemos comprobar, los administradores a los que se encarga la gestión equivalen al órgano administrativo del sistema clásico; el Comité de control, en cambio, se asimila al *collegio sindacale*.

Una vez que hemos comentado las líneas generales propias de cada uno de los sistemas de administración y control, podemos pasar al estudio del art. 2381 CC (el cual se sigue refiriendo a la delegación de facultades del Consejo aunque ahora su contenido ha sido ciertamente ampliado), aplicable a los tres supuestos en tanto en cuanto al órgano de administración en cada uno de ellos le corresponde<sup>112</sup>:

1º. Lo que la doctrina denomina “*potere gestorio*” y que, como sabemos, se ejerce en exclusiva por los administradores (art. 2380 *bis*, 1º). Por tanto, los administradores tendrán la exclusiva competencia y responsabilidad por la gestión de la sociedad<sup>113</sup>.

2º. La otra de las funciones de las que están investidos por ley los administradores es la de la representación de la sociedad frente a terceros, *potere di rappresentanza*, que implica el poder de manifestar la voluntad social -determinada en la asamblea o en el mismo órgano administrativo- al exterior. En todo caso, el poder de representación atribuido a los administradores por los estatutos o por la deliberación de nombramiento es general. Las limitaciones al mismo que resulten de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no son oponibles a terceros, aunque hayan sido publicadas, salvo que se pruebe que estos han actuado intencionadamente para causar un daño a la sociedad (art. 2384). Con anterioridad a la reforma los administradores que ostentaban la representación de la sociedad podían ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social, salvo las limitaciones que estableciesen la ley o el acto constitutivo. Éstas últimas así como las limitaciones establecidas en los estatutos no eran oponibles a terceros salvo que se probase que éstos intencionadamente habían

---

<sup>112</sup> Todas las funciones que se relacionan a continuación las ejerce el Consejo de administración cuando existe y son las mismas que competen al administrador único, aunque éste las ejercita individualmente. En este sentido, CAMPOBASSO, *Manuale...op. cit.*, p. 233.

<sup>113</sup> CAMPOBASSO, *Manuale...op. cit.*, p. 230 y PESCATORE, “L’impresa capitalistica...”, *op. cit.*, p.322.

causado un daño a la sociedad (art. 2384). Los actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad que excediesen del objeto social no eran tampoco oponibles a terceros de buena fe (art. 2384 bis). En la actualidad, se ha eliminado la referencia al objeto social como límite de la actuación de los administradores. La innovación se explica en cuanto se considera más propio que los administradores estén vinculados por todos los actos que entran dentro de la gestión de la empresa<sup>114</sup>. De esta manera, los actos llevados a cabo por los administradores obligan a la sociedad con respecto a terceros, a menos que excedan los poderes de gestión que la ley les confiere.

Semejante amplitud de tareas encomendadas al Consejo (de administración o de gestión, según los casos), que, como decimos, abarcan todas las relativas a la actividad de gestión<sup>115</sup>, la formación de Consejos muy numerosos, la necesidad de que éste actúe a través de sesiones y la tendencia a la especialización para un funcionamiento más dinámico y ágil de la empresa social<sup>116</sup>, indujeron al legislador, lo mismo que ocurrió en nuestro país, a reconocer la posibilidad de delegar sus facultades en los términos del art. 2381, 2º del *Codice Civile*, según el cual “Se lo statuto o l’assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione, può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti”.

Admitida la delegación, al igual que ocurre en el Derecho español, ésta está sometida a dos limitaciones:

---

<sup>114</sup> SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>115</sup> MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 182 y ss, clasifica la actividad del Consejo de administración en torno a dos puntos: a) actividad relativa a la organización; b) actividad relativa al ejercicio de la empresa social.

<sup>116</sup> Estas son, fundamentalmente, las razones que da la doctrina italiana para justificar la institución de la delegación y su inserción en el ordenamiento italiano (coincidentes en su mayoría, por no decir totalmente, con las aducidas por la doctrina española). En este sentido, entre otros, PESCE A., *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 63 y ALLEGRI, “L’amministrazione...”, *op. cit.*, p. 204.

1ª. La exigencia de que la delegación recaiga sobre miembros del Consejo. En esta circunstancia radica la principal diferencia entre los delegados y los Directores generales, figura que se sigue regulando en el *Codice* de 1942, y a la que se equipara con los administradores en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, ya que según el art. 2396 “las disposiciones que regulan la responsabilidad de los administradores se aplican también a los directores nombrados por la asamblea o por disposición de los estatutos , en relación a los cometidos confiados a ellos, salvo las acciones ejercitables en base a la relación de trabajo con la sociedad”. Por el contrario, en cuanto a las facultades que se pueden conferir a los Directores existe una clara diferencia con las que se delegan a los administradores, necesariamente miembros del Consejo, ya que sólo a estos últimos es posible atribuirles funciones de administración en razón de esa posición de administradores. El cometido de los Directores, en cuanto dirigentes que desarrollan actividades de alta gestión<sup>117</sup>, se circunscribe a lo que PESCE denomina “parte ejecutiva de las operaciones sociales”<sup>118</sup>. A ello, habría que añadir el poder de representación que corresponde a los Directores generales, poder de representación que es inherente a la naturaleza misma de los cometidos que se les atribuyen y que, por tanto, se ha de adaptar a la medida de aquellos<sup>119</sup>. En cualquier caso, los Directores generales se sitúan en el vértice de la jerarquía de trabajadores subordinados o dependientes de la sociedad (sus poderes son derivados – derivan de un contrato de trabajo- y no originarios) y operan en relación directa con los administradores, pero sin formar parte del órgano de administración. Por otro lado, nada impide que sea investido Director general un administrador, un administrador delegado o, incluso el presidente del Consejo de administración. Las dos relaciones pueden coexistir sin interferencia. La acumulación no es posible, por el contrario, en el caso del

---

<sup>117</sup> BORGIOLO, A., *I direttori generali di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 30 y ss.

<sup>118</sup> *Amministrazione...*, op. cit., pp. 76 y ss.

<sup>119</sup> BORGIOLO, *I direttori generali...*, op. cit., pp 110 y ss.

administrador único. Por otro lado, los Directores generales pueden formar un órgano colegial denominado “direzione generale” o “comitato di direzione”<sup>120</sup>.

2<sup>a</sup>. La prohibición expresa recogida en el en el párrafo 4<sup>o</sup> de que se deleguen determinadas funciones, cuales son la redacción del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria (art. 2423), el aumento de capital autorizado por la Junta (art. 2443), y la convocatoria de la Junta general en caso de pérdida de más de una tercera parte del capital (art. 2446), o en caso de reducción del mismo más allá del límite previsto para las sociedades anónimas (art. 2447). A estas funciones que ya eran indelegables antes de la reforma se unen ahora otras dos: las competencias en materia de emisión de obligaciones convertibles, de proyectos de fusión y de escisión (art. 2420 *ter*, art. 2501 *ter* y art. 2506 *bis*). La razón de la indelegabilidad de estas funciones radica en su particular importancia y en el hecho de que son determinantes de la actividad social.

Fuera de estos límites el órgano de administración goza de una amplia libertad para adaptar los términos de la delegación a las exigencias concretas de la sociedad, libertad que se ve contrarrestada porque el Consejo es totalmente responsable de la administración de la sociedad. Sin embargo, al lado de estas limitaciones legales a la delegación, la doctrina italiana señala, por un lado, que tampoco son delegables la vigilancia sobre la gestión, la facultad de cooptación, los poderes delegados por la Junta general en los administradores, y se discute si la convocatoria de la Junta general; por otro, que dentro de las limitaciones a la delegación debe incluirse la necesidad de concretar el contenido exacto de la delegación, basándose para ello en el texto del art. 2381, 3<sup>o</sup>. Frente a esta opinión hay otro sector de la doctrina que estima que la delegación genérica no supone que ésta no sea válida, sino que comprenderá todos los poderes, funciones o facultades del Consejo que sean

---

<sup>120</sup> En este sentido, BORGIOLI, *I direttori generali...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

legalmente delegables<sup>121</sup>. En este sentido, el profesor GALGANO<sup>122</sup> sostiene que la delegación “può essere, e di regola è, una delega globale, comprensiva di tutti i poteri di amministrazione, fatta solo eccezione per quelle attribuzioni che, a norma dello stesso art. 2381, sono indelegabili”.

No existen, sin embargo en esta materia (en materia de delegación) innovaciones excesivamente relevantes, aunque si podemos decir, con relación al contenido del anterior artículo 2381, que se ha profundizado un poco más en la regulación de esta institución<sup>123</sup>. En realidad, se puede decir que se han plasmado en la normativa legal cuestiones surgidas en la práctica y que adornaban la figura cuya regulación anterior era bastante parca. Destaca, en este sentido, la regulación que contienen los párrafos 3º, 5º y 6º del artículo que comentamos y en los que se regulan los poderes y los deberes del Consejo y de los delegados así como las relaciones, sobre todo a efectos de información, entre uno y otros.

El párrafo 3º recoge los poderes del Consejo en relación a la delegación y a los órganos delegados. En este sentido, el Consejo de administración: determina el contenido, los límites y las eventuales modalidades de ejercicio de la delegación; puede, siempre, impartir directivas e instrucciones a los

---

<sup>121</sup> FANELLI, G, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 7 y 19, MINERVINI, *Amministratori...*, op. cit., p. 461 y PESCE, *Amministrazione...*, op.cit., pp. 79 a 81.

<sup>122</sup> *Diritto Commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna 2000/2001, p. 274.

<sup>123</sup> Pese a la importancia del reconocimiento legal de la institución de la delegación, la mayoría de la doctrina ha coincidido hasta el momento en afirmar que la regulación que contenía el *Codice* en relación a la misma era excesivamente reducida e inadecuada para la importancia que la delegación de facultades ha ido adquiriendo en la práctica con el paso de los años. Entre otros, FANELLI, *La delega...*, op. cit., pp. 5 y 6, MINERVINI, *Gli amministratori...*, op. cit., p. 436. Se refiere a la nueva disciplina de la delegación del poder de gestión, analizando las atribuciones delegables, las modalidades de ejercicio, la responsabilidad de los delegados y el deber de vigilancia de los delegantes, CAGNASSO O., “Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali (Relazione al Convegno "La nuova disciplina delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata", Biella 28 marzo 2003)”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, , 2003, fasc. 6, pp. 801 y ss.

órganos delegados y recuperar para sí operaciones que en principio están delegadas ( con lo que se confirma que el Consejo es el órgano de gestión y que las competencias de los delegados son siempre del Consejo); sobre la base de la información recibida de los delegados valora la adecuación del orden organizativo, administrativo y contable de la sociedad (esta función, como se dice en el párrafo siguiente está destinada a asegurar la permanente idoneidad de la estructura al servicio de la operatividad administrativa y contable); cuando sean elaborados, examina los planes estratégicos, industriales y financieros de la sociedad; y , por último, valora sobre la base de la relación de los órganos delegados, la marcha general de la gestión<sup>124</sup>. Lógicamente, estos poderes tiene su correlativa responsabilidad, “potendo inoltre evidenziare in caso di conseguenze svantaggiose per la gestione violazioni del generale dovere di professionalità e diligenza (art. 2392)”.<sup>125</sup>

Análogamente, se han precisado los deberes que pesan sobre los delegados (párrafo 5º). Así, los órganos delegados cuidan que el orden organizativo, administrativo y contable sea adecuado a la naturaleza y a las dimensiones de la empresa y refieren al Consejo y al *collegio sindacale* con la periodicidad fijada en los estatutos y en todo caso al menos cada ciento ochenta días, sobre la marcha general de la gestión y sobre su previsible evolución, así mismo sobre las operaciones de mayor relevancia, por su dimensión o características, llevadas a cabo por la sociedad. También es ésta una novedad que responde a las exigencias de un correcto gobierno de la sociedad. Las mismas observaciones valen para explicar el deber que pesa sobre los administradores de actuar de manera informada y para el poder que tendrá cada administrador de pedir a los órganos delegados que en Consejo sean provistas informaciones relativas a la gestión de la sociedad (párrafo 6º).

---

<sup>124</sup> Esta última regla, según la cual el Consejo debe valorar la marcha general de la gestión sobre la base de los informes de los órganos delegados, merece la aprobación de MONTALENTI, “La reforma...”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>125</sup> SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario...*, *op. cit.*, p. 60.

Al margen de todo lo dicho hasta el momento, los rasgos esenciales y caracterizadores de la delegación no se han visto modificados por la reforma. En este sentido, como se deduce del contenido del párrafo 2º del art. 2381 resulta que es posible, previa autorización de los estatutos o de la asamblea, que el Consejo confíe a una Comisión ejecutiva o a uno o más administradores las funciones que, en principio, le corresponden al mismo. El *comitato esecutivo* es un órgano colegial cuyas decisiones son adoptadas en reuniones a las cuales deben asistir los *sindaci* (art. 2405, artículo igualmente aplicable al comité para el control interno), y que deben sujetarse a normas muy similares a las que regulan las deliberaciones del Consejo<sup>126</sup>. Los administradores delegados son, sin embargo, órganos unipersonales que pueden actuar separada o conjuntamente según lo establecido en el acto constitutivo o en el de nombramiento. Discute la doctrina si, dada la redacción del artículo del Código que comentamos, es posible la coexistencia de varios órganos delegados, es decir, si es posible la coexistencia de una Comisión y uno o más delegados. Algunos autores, entre ellos MINERVINI y FANELLI<sup>127</sup>, estiman que, no obstante la dicción del precepto, no hay inconveniente en admitir esa coexistencia de órganos delegados denominando estos supuestos como “delegación atípica”. Por el contrario, otros autores, entre ellos PESCE<sup>128</sup>, niegan tal posibilidad basándose en el empleo por el art. 2381 de la conjunción disyuntiva “o”.

En otro orden de cosas corresponde al Consejo el nombramiento, la revocación de los delegados así como la fijación de su competencia aunque se admite por parte de un sector de la doctrina que el nombramiento de los delegados lo lleve a cabo la Junta<sup>129</sup>. Lo que discute la doctrina es si los

---

<sup>126</sup> BORGIOI, A., *L'amministrazione delegata*, Nardini Editori, Florencia, 1982, pp. 199 y ss.

<sup>127</sup> FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p.42; MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 439 y 462. En el mismo sentido CAMPOBASSO, G.F., *Manuale...op. cit.*, p. 235.

<sup>128</sup> PESCE, *Amministrazione...*, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

<sup>129</sup> FANNELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p. 39, FIORENTINO, *Gli organi...*, *op. cit.*, p. 126 y MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, p. 459. En contra, FERRI, G., “Vizi della deliberazione

estatutos o la asamblea pueden imponer al Consejo la delegación de facultades. Lo admiten FANELLI, FERRARA y MINERVINI<sup>130</sup>, aunque éste último lo hace limitadamente. Por el contrario no lo admiten GUGLIELMETTI Y PESCE<sup>131</sup> quienes rechazan esta posibilidad, al menos en lo que se refiere a la asamblea.

En lo que respecta a la naturaleza del acto de nombramiento de los delegados, es decir, del acto por el que se designa a la persona que ha de desempeñar el cargo de delegado, destacan dos corrientes de opinión diferentes. Así, mientras para un sector de la doctrina<sup>132</sup> se trata de un contrato, para otros<sup>133</sup>, es un acto unilateral que en nada modifica la relación preexistente entre la sociedad y los administradores<sup>134</sup>.

En relación a la naturaleza de la figura de los órganos delegados, los delegados así caracterizados son considerados como órganos sociales<sup>135</sup>

di nomina dell'amministratore delegato e applicabilità dell'art. 2409", *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, p. 465.

<sup>130</sup> FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss, FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 437 y MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 458 y ss.

<sup>131</sup> GUGLIELMETTI, G., "Delegabilità di poteri per i compimenti di affari sociali nella società per azioni", *Riv. Soc.*, 1958, p. 514, PESCE, *Amministrazione...op. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>132</sup> Entre otros, FRÈ, *Società...*, *op. cit.*, p. 352, FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p. 96 y MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, p. 452.

<sup>133</sup> Por todos, PESCE, *Amministrazione...*, *op. cit.*, pp.87 y ss.

<sup>134</sup> Sobre la naturaleza de la relación entre el administrador delegado y la sociedad, COLLIA F., "Natura del rapporto tra amministratore delegato e società (Commento a Trib. Bologna 4 luglio 2002)", *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 8, pp. 1140 y ss. En la sentencia que se examina el Tribunal excluye la naturaleza de relación de colaboración y de prolongación de la relación existente entre el administrador delegado y la sociedad. La sentencia en examen, pone de relieve COLLIA, excluye la naturaleza de relación de trabajo subordinado con referencia al administrador delegado. La sentencia es verdaderamente interesante ya que plantea un problema quizá demasiado pronto marginado.

<sup>135</sup> CAGNASSO, O., *Gli organi delegati*, Giappichelli, Torino, 1976, pp. 111 y ss, COSTI, R., "Modifiche della composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega", en *Riv. Dir. Comm.*, 1965, I, p. 147: FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss. No obstante, no toda la doctrina está de acuerdo con esta consideración. Así, BRUNETTI, *Trattato...*, *op. cit.*, p. 370, considera a los delegados como mandatarios del Consejo, y MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss, que niega a los administradores en

creados por el Consejo en virtud de autorización estatutaria o de la Junta. Pero ello no les independiza del Consejo que puede impartir instrucciones al órgano delegado, puede también, en cualquier momento, revocar o modificar sus actos y remover a los delegados conservando, además, la competencia sobre las funciones delegadas<sup>136</sup>.

En todo caso, con la delegación, sobre todo cuando es general, gran parte de la gestión de la sociedad es desarrollada por los órganos delegados, en los cuales se concentra el poder de decisión. Ello determina una serie de modificaciones en cuanto al régimen de responsabilidad de los administradores. En concreto, los administradores son responsables civilmente de su actuación en tres direcciones:

1º. Frente a la sociedad. A esta responsabilidad se refiere ella el art 2392, aplicable también al Consejo de gestión del sistema dualista y al Consejo de administración del monista. Según este precepto, los administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia requerida por la naturaleza del encargo y de sus específicas competencias. Son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños que derivan de la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias del comité ejecutivo o de funciones atribuidas en concreto a uno o más administradores. En todo caso los administradores, teniendo en cuenta lo dispuesto por el párrafo 3º del art. 2381, son responsables solidariamente si, conociendo actos perjudiciales no han hecho cuanto podían para impedir su cumplimiento o eliminar o atenuar las consecuencias dañosas de los mismos. La responsabilidad por los actos y las omisiones de los administradores no se extiende a aquél entre ellos que ha hecho anotar en el libro de las reuniones y

---

general, no sólo a los delegados, la condición de órganos considerándolos como simples representantes.

<sup>136</sup> BORGIOI, *L'amministrazione...*, op. cit., pp. 129 y ss; CAGNASSO, *Gli organi...*, op. cit., pp. 111 y ss.

de deliberaciones del Consejo su disenso, dando inmediata noticia de ello al presidente del *collegio sindacale*.

La presencia de administradores con funciones delegadas no comporta, por tanto, que los otros se vean exonerados de la responsabilidad solidaria por el comportamiento de los primeros. De hecho, el art. 2392 dispone, entre otras cosas, que la responsabilidad de los miembros del Consejo no se extiende a aquellos actos que sean atribuciones propias del *Comitato esecutivo* o de uno más administradores. Pero, en todo caso, aquellos responderán solidariamente si no han hecho cuanto pudieron para impedir los actos perjudiciales de éstos o evitar las consecuencias dañosas de los mismos. Por tanto, si el comportamiento dañoso es directamente imputable sólo a algunos administradores (miembros del *comitato esecutivo* o administradores delegados), con ellos responden solidariamente aquellos otros (administradores) que por falta de vigilancia no han prevenido o impedido la actividad dañosa de los primeros. Del contenido del precepto se deduce que pesa sobre los consejeros el deber de vigilar la actividad de los delegados y, correlativamente, sobre los delegados pesa la obligación de informar periódicamente al Consejo<sup>137</sup>. Todo lo relativo a la acción social de

---

<sup>137</sup> Coincide en afirmar la existencia de estos deberes la mayor parte de la doctrina. En este sentido, entre otros, FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20, FERRARA, *Gli imprenditori...*, *op. cit.*, p. 322, FRÈ, *Società...*, *op. cit.*, pp. 411 y ss. Por su parte, MONTALENTI, P., *Persona giuridica, gruppi di società, Corporate Governance*, CEDAM, Padova, 1999, p. 192, se expresa en la misma línea al decir que “è noto che il nostro sistema normativo, nel disegnare i rapporti tra consiglio di amministrazione e organi delegati, delinea un modello di relazioni intraorganiche basato sui due cardini della responsabilità diretta degli organi delegati per gli atti di gestione, da un lato, e della responsabilità per omessa vigilanza e/o omesso intervento da parte degli amministratori per attenuare o impedire gli atti pregiudizievole, dall’altro lato (...). La vigilanza ha un carattere generale (...). Gli amministratori delegati hanno un dovere d’informazione al consiglio di amministrazione; gli amministratori non delegati hanno un diritto, direi un potere-dovere, di informazione presso i delegati” (En sentido parecido también se pronuncia CAGNASSO, O., “La delega di potere amministrativo”, in *Trattato delle società per azioni*, directo da Colombo e Portale, Vol. IV, 1991, pp. 283 y ss). Posteriormente, el mismo autor vuelve a incidir en las mismas ideas al decir, en las conclusiones de la obra citada (p. 207), que “1. Gli amministratori deleganti sono investiti di una funzione di supervisione sull’operato dei deleganti (art. 2392 C.C.) 2. Il potere dovere di vigilanza ha carattere generale

responsabilidad se recoge en los artículos. 2393 y 2393 *bis Codice Civile* (aplicables también al Consejo de Vigilancia y al Consejo de administración del sistema monista).

2°. Frente a los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social (art. 2394 y 2394 bis, aplicables también al Consejo de Vigilancia y a los supuestos en que rija el sistema monista).

3°. Frente a socios y terceros por los daños directos producidos en el patrimonio de los mismos a consecuencia de actos ilícitos llevados a cabo por los administradores en el desempeño de su función (art. 2395, aplicable también al Consejo de Vigilancia y a los supuestos en que rija el sistema monista).

Para concluir decir que por lo que se refiere a la remuneración de los administradores delegados, así como a la de aquellos otros que tengan atribuidos cargos especiales, será establecido por el mismo Consejo de administración, sentido el parecer del *collegio sindacale* (art. 2389).

### **c. El corporate governance en Italia<sup>138</sup>.**

---

ma deve estendersi agli atti di significativa rilevanza (...). 5. Gli organi delegati hanno un dovere di informazione nei confronti del plenum sullo svolgimento dell'attività delegata (...). 9. La responsabilità degli amministratori deleganti per omessa vigilanza può scaturire per (i) omessa richiesta di informazioni non trasmesse ancorché dovute; (ii) omessa richiesta di informazioni ulteriori, nella sola ipotesi in cui elementi seri e fondati avrebbero dovuto imporre un'attivazione in tal senso dei deleganti; (iii) omesso controllo sull'adeguatezza delle strutture organizzative interne (...); (iv) omesso intervento in caso di situazione critiche oggetto di informazione”.

<sup>138</sup> Para el desarrollo de esta cuestión seguimos las líneas fundamentales establecidas por GUERRA MARTÍN, G., “El Código de Autodisciplina para las sociedades cotizadas italianas”, *R.d.S.*, núm. 14, 2000, pp. 537 y ss, y “Publicación de Códigos de Conducta...”, *op. cit.*, pp. 643 y ss.

Siguiendo la tendencia generalizada en gran número de países de elaborar textos en los que se recogen una serie de principios y reflexiones sobre el gobierno de las sociedades cotizadas, en enero de 1999 se constituyó en Italia, a iniciativa del Presidente de la Sociedad Gestora de la Bolsa de Italia, el denominado, *Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate* con el objeto de elaborar un informe sobre el gobierno de las sociedades cotizadas italianas y un código de conducta. Después de meses de trabajo en octubre de 1999 se publicó un texto que consta de dos partes: Un Informe o *Rapporto*, en el que se exponen una serie de consideraciones de carácter general sobre el *corporate governance*, los objetivos del código y sus principales contenidos, y un *Codice di Autodisciplina*, que pretende, ante todo, ofrecer un modelo de organización societaria más adecuado para una correcta gestión de la sociedad. Este Código es de asunción voluntaria para las sociedades italianas aunque el Comité que lo redactó hace un claro llamamiento a la Sociedad Gestora de la Bolsa para que establezca un sistema de difusión obligatoria de información sobre el modelo organizativo establecido por cada sociedad y el grado de aplicación de los principios y medidas recogidos en el Código<sup>139</sup>. A su vez, se anuncia por el Comité una labor de control sobre el nivel de adopción del Código y de revisión continua del mismo con el fin de adecuarlo a los posibles cambios que se pueden producir en las leyes y en la situación económica y social del país. Por otro lado, en la Circular 87/1999 de la *Assonime* (asociación empresarial italiana)

---

<sup>139</sup> Siguiendo las Instrucciones emanadas de la Bolsa italiana, las sociedades cotizadas deben presentar, cada año, una relación sobre su propio sistema de *corporate governance* y sobre la asunción del *Codice di Autodisciplina*. A tal fin se proveen algunas indicaciones que los interesados podrán utilizar para la redacción de la relación. En este sentido, encontramos en la página web de la Bolsa italiana ([www.borsaitalia.it](http://www.borsaitalia.it)), el documento, de 12 de febrero de 2003, denominado *Linee Guida per la redazione della relazione annuale in materia di Corporate Governance*. Por otro, aunque en la línea que comentamos, destaca la *Guida alla compilazione della Relazione sulla Corporate Governance*, de febrero de 2004, que proviene de la *Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime)*, y que ha sido redactada para ayudar a las sociedades cotizadas en la comunicación eficaz al mercado de los comportamientos adoptados en aplicación del *Codice Di Autodisciplina*.

se sugiere que algunas de las disposiciones del código podrían incluirse en el Reglamento de los Mercados redactado por la Bolsa Italiana. En julio del año 2002 se ha procedido a una revisión del Código de Autodisciplina.

Antes de entrar a comentar el contenido del Código, debemos decir que hasta la publicación del mismo los problemas relacionados con el gobierno de las grandes sociedades fueron solucionados o al menos así se intentó, mediante la publicación del Texto Único de las Disposiciones en materia de intermediación financiera, TUF, (aprobado por Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998<sup>140</sup>). No obstante, frente a la posibilidad de una nueva modificación legislativa que regulase los aspectos más significativos del *corporate governance* (a saber, estructura, composición, facultades y control del órgano de administración), el Comité ofrece un modelo de organización basado en los principios de “*best practice*” internacionalmente aceptados aunque permite que sean las propias sociedades las que determinen su estructura, con la finalidad de que esos principios se adapten a las particularidades del modelo legal italiano de sociedad por acciones.

En Italia se ha hecho uso, por tanto, en un periodo de tiempo reducido de dos formas distintas de solucionar las cuestiones referidas al gobierno de las sociedades: Por un lado, la solución legislativa y, por otro, la solución financiera, complemento de la anterior, basada en la autorregulación y cuya inobservancia no lleva aparejada ningún tipo de sanción jurídica, sino que

---

<sup>140</sup> Modificado en el sentido comentado por el Decreto Legislativo n° 37 de 6 de febrero de 2004. En el TUF se abordan cuestiones esenciales como el control interno, la conexión entre el órgano de administración como *collegium* y los administradores investidos de competencias ejecutivas en virtud de delegación de facultades y diversas cuestiones vinculadas al estatuto del inversor. Sobres estas cuestiones, v. SALACIA, V., “Gli organi direttivi nella società quotate in mercati regolamentati”, *Le Società*, 3, 1998, pp. 253 y ss. Para una exposición general de las relaciones entre la *corporate governance* y las sociedades bursátiles, son interesantes las observaciones formuladas por GAMBINO, A., “Governo societario e mercanti mobiliari”, *Giur. Comm.*, 1997, fasc. 6, pt. 1, pp. 788 y ss; MASERA, R., “Note in tema di nuove regole per l’imprese quotate”, *Giur. Comm.*, 1997, fasc. 6, pt. 1, pp. 801 y ss.

únicamente repercute en la valoración que el mercado hace de esas sociedades<sup>141</sup>.

Desde un punto de vista sustantivo, el Código parte de una redefinición del papel del Consejo de administración y, posteriormente, se centra en los órganos societarios propios del modelo de organización de las sociedades por acciones italianas<sup>142</sup>.

En cuanto al primero de los puntos planteados, el de la redefinición del papel del Consejo de administración en el seno de las modernas sociedades anónimas, dice el Código de Autodisciplina que “Le società quotate sono guidate da un consiglio di amministrazione che si riunisce con regolare cadenza e che si organizza ed opera in modo da garantire un effettivo ed efficace svolgimento delle proprie funzioni” (art. 1).

Por lo que se refiere a las funciones del Consejo de administración se puede decir que todas ellas se enmarcan dentro de una general: la determinación de los objetivos estratégicos de la sociedad. No obstante, dentro de las funciones o facultades concretas que corresponden al Consejo de administración podemos destacar, entre otras (art. 1.2):

---

<sup>141</sup> Anterior al *Codice de Autodisciplina* es el “Informe sobre la sociedad abierta” de la *Asociación Disiano Preite* (1997) cuya finalidad es atender la insuficiencia de las reglas e instituciones que componen el sistema italiano del llamado gobierno societario, creando la estructura societaria adecuada. A partir de la relación entre derecho y economía se pretende una renovación de los estudios en torno al derecho de la empresa y a la valoración de la estrecha relación existente entre Derecho de sociedades y Derecho del mercado de valores. En el Informe se presenta, por tanto, un análisis global y coordinado del problema del gobierno de las sociedades anónimas que comprende, entre otros aspectos, los órganos societarios de gestión y supervisión, la junta y los poderes de las minorías, el activismo de los inversores, la supervisión de los bancos y del Mercado, la información y las autoridades de vigilancia y la acción de los Tribunales. En definitiva, se hace un análisis global y coordinado tanto desde un punto de vista de la estructura interna de las sociedades como desde el punto de vista de la cotización en el Mercado.

<sup>142</sup> El Código de Autodisciplina es anterior a la reforma del derecho de sociedades y, por tanto, en su momento, sólo existía una forma de organizar la administración de las sociedades. Por ello, las referencias que el mismo contiene al Consejo de administración deberían entenderse referidas al órgano de administración propio de cada uno de los tres sistemas vigentes en la actualidad.

- a) El nombramiento de uno o más administradores delegados y un comité ejecutivo, siendo necesario, no obstante, por un lado que éstos informen al Consejo sobre el ejercicio de las facultades delegadas (aspecto al que se refiere los arts. 1.4, 5 y, en cierta manera, el art. 6)<sup>143</sup> y, por otro, que el Consejo vigile la gestión desarrollada por aquellos.
- b) La atribución y revocación de las facultades a los administradores delegados y al comité ejecutivo.
- c) La determinación de la retribución de los administradores delegados.
- d) La verificación de la idoneidad de la estructura organizativa y administrativa de la sociedad prevista por los delegados.

Además, en relación a la delegación el Comité recomienda “che la delega agli amministratori delegati non copra, oltre alle materie riservate al consiglio dalla legge o dallo statuto, le operazioni più significative (e tra queste, in particolare, quelle conparti correlate), il cui esame e la cui approvazione rimangono nella competenza esclusiva del consiglio. In relazione alle operazioni di tal genere, il Comitato raccomanda che il consiglio di amministrazione determini le linee guida e i criteri per l’identificazione di tali operazioni. L’informativa all’assemblea sia sarà sufficientemente analitica, tale in modo da permettere la comprensione dei vantaggi, per la società, di talidelle operazioni medesime”. En cualquier caso “la nomina di un comitato esecutivo non comporta la sottrazione al consiglio di compiti ad esso spettanti ai sensi del presente articolo” (art. 1.2).

---

<sup>143</sup> En general, destacan dentro del contenido del Código las especiales medidas de transparencia e información que se establecen, tanto desde un punto de vista interno (en cuanto a los deberes y derechos de comunicación e información que afectan a las distintas categorías de administradores, comités, Consejo de administración y Consejo de Vigilancia), como desde un punto de vista externo (en cuanto a la transmisión de esta información al mercado y a garantizar un trato de igualdad entre los distintos tipos de accionistas e inversores). A estas medidas se refieren, al margen de los artículos ya mencionados, los arts. 12, 13 y 14.

Por lo que se refiere a los órganos sociales, como recomendaciones concretas, destacan en el Código italiano las dos medidas de control más frecuentes en los distintos textos sobre Gobierno Corporativo, cuales son:

1º. La creación de Comisiones o comités delegados dentro del Consejo de administración. En concreto, se prevé la creación de un comité de nombramiento (art. 7), otro de retribución (art. 8) y otro de control interno (art. 10<sup>144</sup>). No se recoge la posibilidad de crear un comité de auditoria porque esta función la desempeña en las sociedades italianas el *collegio sindacale*<sup>145</sup>.

2º. La inserción en el Consejo y en los distintos comités a los que nos acabamos de referir de un número suficiente y representativo de consejeros

---

<sup>144</sup> Según este artículo 10 “Il consiglio di amministrazione costituisce un comitato per il controllo interno, con funzioni consultive e propositive, composto da un numero adeguato di amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti. Ai lavori del comitato possono partecipare il presidente del collegio sindacale o altro sindaco designato dal presidente del collegio e gli amministratori delegati (...). In particolare il comitato per il controllo interno: a) valuta l’adeguatezza del sistema di controllo interno...”. Control interno al que se refiere el art. 9 del Código de Autodisciplina en los siguientes términos: “Il sistema di controllo interno è l’insieme dei processi diretti a monitorare l’efficienza delle operazioni aziendali, l’affidabilità dell’informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti, la salvaguardia dei beni aziendali...Il consiglio di amministrazione ha la responsabilità del sistema di controllo interno, del quale fissa le linee di indirizzo e verifica periodicamente l’adeguatezza e l’effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato (...). Gli amministratori delegati provvedono ad identificare i principali rischi aziendali, sottoponendoli all’esame del consiglio di amministrazione, ed attuano gli indirizzi del consiglio attraverso la progettazione, la gestione ed il monitoraggio del sistema di controllo interno, del quale nominano uno o più preposti, dotandoli di mezzi idonei. Gli amministratori delegati assicurano la funzionalità e l’adeguatezza del sistema di controllo interno, di cui definiscono le procedure e nominano uno o più preposti, dotandoli di mezzi idonei (...). Il sistema di controllo interno ha il compito di verificare che vengano effettivamente rispettate le procedure interne, sia operative, sia amministrative, adottate al fine di garantire una sana ed efficiente gestione, nonché al fine di identificare, prevenire e gestire nei limiti del possibile rischi di natura finanziaria ed operativa e frodi a danno della società (...). I preposti al controllo interno non dipendono gerarchicamente da alcun responsabile di aree operative e riferiscono del loro operato agli amministratori all’uopo delegati, nonché al comitato per il controllo interno, di cui al successivo art. 10, ed ai sindaci.”

<sup>145</sup> U otro órgano dependiendo del sistema escogido.

independientes (no ejecutivos)<sup>146</sup>, esto es, de consejeros que no tengan **directamente, indirectamente o por cuenta de terceros, ni hayan tenido recientemente relaciones económicas de relevancia hasta el punto de condicionar su independencia de juicio** con la sociedad, con sus sociedades dominantes, con los directivos de la sociedad, con los administradores delegados o con los accionistas de control relaciones económicas que puedan condicionar sus decisiones; que no sean titulares **directamente, o indirectamente o por cuenta de terceros** de participaciones accionariales cuya entidad les permita ejercer el control en la sociedad **o una influencia notable**, ni participen en pactos parasociales para controlarla. Y, finalmente, en la revisión de 2002 se añade un nuevo elemento en relación a la independencia de los administradores: **“non sono stretti familiari di amministratori esecutivi della società o di soggetti che si trovino nelle situazioni indicate alle precedenti lettere a) e b)”**.

Además, “l’indipendenza degli amministratori è periodicamente valutata dal consiglio di amministrazione tenendo conto delle informazioni fornite dai singoli interessati. L’esito delle valutazioni del consiglio è comunicato al mercato”, (art. 3).

No obstante, la independencia de juicio debe ser un requisito que impere en las decisiones de todos los administradores, sean o no ejecutivos, y sean o no estos últimos “independientes”.

De lo dicho se deduce que el Consejo de administración estará compuesto de administradores ejecutivos (administradores delegados, incluido el presidente cuando le sean atribuidos poderes delegados<sup>147</sup> y

---

<sup>146</sup> La estructura jurídica de los órganos de administración en Italia conlleva la posibilidad de que puedan ser considerados como administradores no ejecutivos independientes aquellos administradores que sean miembros del *Comitato esecutivo* de la sociedad en cuanto órgano colegial que no atribuye poderes individuales a sus miembros.

<sup>147</sup> En la realidad italiana es frecuente que los cargos de presidente y de administrador delegado se reúnan en una misma persona o que al presidente se le atribuyan también poderes operativos

administradores que desempeñen funciones directivas en la sociedad) y no ejecutivos (dentro de los cuales se insertan los independientes) (art. 2).

### C. DERECHO FRANCÉS.

Hasta llegar a la actual regulación de las sociedades anónimas francesas, podemos encontrar numerosas disposiciones legales que, junto con la práctica, han ido configurando los órganos actuales de la sociedad anónima. Así:

#### a. La Ley de 24 de julio de 1867.

Destaca de esta Ley, denominada *la charte des sociétés par actions*, el art. 22 que en su párrafo 1º, establecía que los administradores eran considerados como mandatarios (que en la práctica solían constituirse en Consejo aunque esta figura no estaba prevista en la Ley), y en su párrafo 2º que los administradores podían “choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société, et dont ils demeurent responsables envers elle”<sup>148</sup>. Es decir, este artículo facultaba a los administradores para elegir entre ellos un Director, o, si los estatutos lo permitían, designar un mandatario extraño a la sociedad, del que serían responsables con relación a ella.

De esta manera y al amparo de este artículo, la práctica y la doctrina fueron creando las figuras del “*Comité de Direction*”, el “*administrateur délégué*” y el “*directeur general*”<sup>149</sup>, en los que el Consejo delegaba parte de

---

aunque existan administradores delegados. En ambos casos es facultad del Consejo atribuir poderes ejecutivos o de gestión al presidente.

<sup>148</sup> Este precepto fue muy criticado por la doctrina. Por todos, PIC, “El administrador delegado, el director general y el director técnico en las sociedades anónimas” *R.G.L.J.*, 1914, p. 391.

<sup>149</sup> ESCARRA, J./ESCARRA, E./RAULT, J., *Traité théorique et pratique de Droit Commercial. Les sociétés commerciales*, t. IV, Sirey, Paris, 1950-1959., pp. 194 y 195.

sus atribuciones. El administrador delegado y el Director general<sup>150</sup>, considerados también mandatarios sustitutos, solían estar dotados de poder para desarrollar la gestión diaria de la sociedad y se encontraban sometidos al Consejo de administración que los nombraba y revocaba, reservándose, además, la tarea de vigilar su actuación y decidir acerca de los asuntos de importancia para la sociedad<sup>151</sup>.

Además, en las grandes sociedades era frecuente que entre el Consejo de administración y los delegados se interpusiera un Comité de Dirección que se consideraba como una delegación permanente y colegiada de aquél.

El sistema de esta Ley se mantuvo durante un tiempo pero la expansión de la sociedad anónima unida a la ausencia de una regulación legal adecuada determinó el surgimiento de un movimiento de reforma que culminó con la aprobación de las Leyes de 1940 y 1943.

#### **b. Las Leyes de 1940 y 1943.**

Estas Leyes preveían la existencia, con carácter obligatorio, de dos órganos:

a) El Consejo de administración, al que correspondía la administración de la sociedad.

---

<sup>150</sup> La diferencia principal entre el administrador delegado y el Director general radicaba en que el primero era miembro del Consejo y su nombramiento no requería autorización previa de los estatutos, mientras que el Director general era una persona extraña a aquel órgano y se precisaba para su designación la previa autorización estatutaria.

<sup>151</sup> Hay un sector de la doctrina francesa de la época que considera que, en realidad, el art. 22 se limitaba a permitir que los administradores pudieran hacerse representar entre sí o por medio de un extraño en las reuniones del órgano de administración. En este sentido, LYON CAEN, Ch./RENAULT, L., *Traité de Droit Commercial*, II, 2º, Librairie Cotillon, Paris, 1909, pp. 219 y ss.

b) El Presidente-Director General<sup>152</sup>, al que correspondía la dirección de la misma. A su vez, el Presidente- Director General podía, por un lado, estar asistido de un Director General adjunto, designado en el seno del Consejo o ajeno a él y que la doctrina solía considerar como mandatario y, por otro, delegar, en caso de encontrarse impedido, la totalidad o parte de sus funciones en un administrador. Esta delegación tenía carácter excepcional porque con ella no se pretendía el establecimiento de una determinada organización de la administración social, sino la conservación de un esquema preestablecido cuando circunstancias especiales impidiesen el desarrollo de su actividad a uno de los elementos del mismo<sup>153</sup>.

El problema de estas Leyes fue que se omitió en ellas cualquier referencia a qué debía entenderse por administrar y qué debía entenderse por dirigir. Este mismo fallo se repetirá en la Ley posterior.

### **c. La Ley de 24 de julio de 1966.**

La diversidad de textos legales en vigor, ya que las Leyes de 1940 y 1943 no derogaron en su totalidad las anteriores, y la necesidad de coordinar la legislación francesa sobre sociedades con la de los demás países de la C.E.E. en aplicación de lo dispuesto en el Tratado de Roma, motivaron el resurgimiento del movimiento de reforma que dio origen a la Ley de 24 de julio de 1966<sup>154</sup>, completada con el Decreto de 23 de marzo de 1967. La gran novedad de esta Ley es que prevé dos formas de organizar la administración:

---

<sup>152</sup> Sobre esta figura, VERNON, G., *Le président-directeur général dans les sociétés anonymes*, LGDJ, Paris, 1958.

<sup>153</sup> V. IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 64 y bibliografía allí citada.

<sup>154</sup> Estudian las razones de la reforma, JUGLART, M./ IPPOLITO, B., *Cours de Droit Commercial*, vol. II, Editions Montchrestien, Paris, 1966, pp. 11 y ss ; HAMIAUT, M., *La réforme des sociétés commerciales*, t. III, Dalloz, Paris, 1966, pp. 11 y ss y PIEDELIEVRE, B., *La situation juridique et responsabilités des dirigeants de la société après la Loi du 24-VII-66*, Dunod, Paris, 1957 y ss, pp. 57 y ss y.

a) La organización tradicional de la sociedad anónima. En los artículos 89 y 117 se regula el sistema que ya había sido establecido en las Leyes de 1940 y 1943, aunque ligeramente reformado. De acuerdo con esto, la administración se organiza en torno a dos órganos obligatorios: el Consejo de administración que administra la sociedad (art. 89) y el Presidente-Director General, que asume, bajo su responsabilidad, la dirección general de la sociedad (art. 113).

El problema que se plantea entre estas dos figuras, como anticipamos, es el de delimitar sus respectivas esferas de competencias al no especificar qué tareas están implícitas en la función de “administrar” y cuales en la de “dirigir”. De las distintas posiciones mantenidas para la delimitación de uno y otro concepto, se destacan fundamentalmente por la doctrina la tesis mantenida por BERR<sup>155</sup> y por PAILLUSSEAU<sup>156</sup>, con matices. Según estos autores, la separación de poderes debe realizarse de acuerdo con un criterio económico, de manera que al Consejo (titular de la función de administrar) le corresponde el poder de decisión, que se concreta en la aprobación de la política general de la sociedad y en la vigilancia y coordinación de la actividad de gestión. El Presidente- Director General, por su parte, tendría como función la puesta en marcha y la ejecución de la política general aprobada por el Consejo, es decir, la gestión diaria de la sociedad.

b) El Consejo de Vigilancia y el “Directoire”. El art. 118 establecía la posibilidad de que en los estatutos se optase por otra forma de organización de la administración, basada en la constitución de: un “*Conseil de Surveillance*” o Consejo de Vigilancia, que controla la gestión de la sociedad. Está integrado por personas que necesariamente deben ser accionistas cuyo nombramiento corresponde a la Junta general que puede revocarles en cualquier momento. Además, los estatutos pueden subordinar la conclusión de

---

<sup>155</sup> BERR, C., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, Paris, 1960, pp. 90 y ss.

<sup>156</sup> PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Paris, 1967, pp. 210 y ss.

las operaciones que se enumeren a la previa autorización del Consejo de Vigilancia (arts. 128, 130 y 134). Y el “*Directoire*” o Directorio, que gestiona la sociedad. Está integrado por un máximo de cinco miembros, no necesariamente accionistas, elegidos por el Consejo de Vigilancia. Su revocación, sin embargo, es competencia de la Junta a propuesta del Consejo de Vigilancia (arts. 119, 120, 121 y 124)

Respecto al funcionamiento del *Directoire* el art. 99 del Decreto de 1967 prevé la posibilidad de llevar a cabo un reparto de las tareas de este órgano entre sus miembros, siempre que no lo prohíban los estatutos y que se autorice por el Consejo de Vigilancia.

En el mismo sentido, el art 115 del Decreto autoriza la creación de Comisiones en el seno del Consejo de Vigilancia, así como la posibilidad de conferir mandatos especiales a alguno de sus miembros.

Finalmente, la organización de la administración se completaba con una serie de figuras de rango inferior. Así:

- El “administrador delegado”, que se hace cargo de las funciones del Presidente del Consejo de administración en caso de ausencia temporal del mismo.
- Los “Directores Generales”, que asisten al Presidente-Director General y que pueden ser considerados como un órgano social cuyo titular es un mandatario.
- Los “Directores Técnicos”, que escapan de la esfera de la administración propiamente dicha y que están vinculados a la sociedad por un contrato de trabajo<sup>157</sup>.

#### **d. El *Code de Commerce* de 2000.**

---

<sup>157</sup> V., BURGARD, J.J., *Direction général et direction technique des sociétés anonymes*, LGDJ, Paris, 1968.

Como podemos comprobar, desde la Ley de Sociedades Comerciales de 24 de julio de 1966, Francia contempla los dos sistemas de administración de las sociedades anónima. Es decir, las sociedades anónimas francesas (reguladas en el Libro II -“De las sociedades mercantiles y de las agrupaciones de interés económico”-, Título II -“Disposiciones particulares relativas a las diversas sociedades mercantiles”-, Capítulo V “De las sociedades anónimas”-) pueden elegir entre ser administradas bien por un Consejo de administración, bien por un Directorio (*Directoire*) y un Consejo de Vigilancia o supervisión (*Conseil de surveillance*)<sup>158</sup>. A estos sistemas de administración se refieren, respectivamente, los artículos L. 225-17 a L. 225-56 y L. 225-57 a L. 225-93 del *Code de Commerce* de 2000, completados con una serie de disposiciones comunes (arts. L. 225-94 a L. 225-95-1)<sup>159</sup>. Hay que tener en cuenta, no obstante, que muchos de los preceptos a los que nos vamos a referir han sido modificados o introducidos por leyes posteriores, entre otras, las siguientes: Ley nº 2001-152, de 19 de febrero de 2001, y por la Ley nº 2001-420, de 15 de mayo, Ley nº 2001-1168, de 11 de diciembre de 2001, Ley nº 2002-73, de 17 de enero de 2002, Ley nº 2002-1303, de 29 de octubre de 2002, Ley nº 2003-706, de 1 de agosto de 2003

Comenzando por el primero de los sistemas de administración regulados en el Código, dentro de la Sección 2º (“De la dirección y de la administración de las sociedades anónimas”), del Capítulo V (“De las

---

<sup>158</sup> ARLT, / BERVOETS/ GRECHNING/KALSS, “Die Europäische Corporate Governance...”, *op. cit.*, p. 73; ARLT, M.A., / BERVOETS, C., / GRECHNING, K., /KALSS, S “The Societas Europaea in Relation to the Public Corporation of Five Member States (France, Italy, Netherlands, Spain, Austria)”, *EBOR*, 2002, pp. 733 y ss.

<sup>159</sup> Sólo entre el 2 y el 3% de las sociedades anónimas han elegido una estructura dualista de administración, pero este porcentaje supone el 25% de las cotizadas. MORILLAS JARILLO Y GRECHNING, “La administración...”, *op. cit.*, p. 8; ARLT, M.A., / BERVOETS, C., / GRECHNING, K., /KALSS, S., “Die Europäische Corporate Governance Bewegung (Frankreich, Niederlande, Spanien, Italien)”, *GesRZ Sonderheft*, 2002, p. 73.

sociedades anónimas”), la Subsección 1<sup>a</sup> está dedicada a la regulación del Consejo de administración y de la Dirección general (arts. L. 225-17 a 225-56), a los que vamos a dedicar las líneas siguientes.

De acuerdo con al art. L. 225-17, la sociedad anónima podrá ser administrada por un Consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros y un máximo de 18. Dentro de estos límites, serán los estatutos los que determinen el número concreto de miembros de este órgano. Los primeros administradores serán designados en los estatutos (art. L. 225- 16), mientras que los posteriores serán nombrados por la Junta general. La duración en sus funciones será determinada por los estatutos sin que pueda exceder de seis años en caso de designación por la Junta general y de tres años en caso de designación en los estatutos. No obstante, y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, podrán ser reelegidos<sup>160</sup>. Además, la Junta podrá revocarlos en cualquier momento (art. L. 225-18). A todo lo dicho sobre los administradores, hay que unir una serie de consideraciones:

1°. En primer lugar, es posible que sea nombrada administradora una persona jurídica aunque es necesario que ésta nombre a una persona física que la represente (art. L. 225- 20).

2°. Una persona física no podrá ejercer simultáneamente más de cinco mandatos de administrador de sociedades anónimas que tengan su sede en territorio francés (art. L. 225- 21).

3°. Podrá ser nombrado administrador un asalariado de la sociedad, siempre y cuando su contrato de trabajo sea anterior al menos en dos años a su nombramiento y corresponda a un empleo efectivo. En cualquier caso, el

---

<sup>160</sup> No obstante el contenido del Código, el Informe *Vienot II*, sobre el gobierno de empresas en su recomendación 15 establece que es aconsejable establecer una duración máxima de cuatro años, de manera que los accionistas tengan que pronunciarse con una frecuencia suficiente sobre su elección. Por su parte, la recomendación 16 sostiene que “debe organizarse un escalonamiento de los mandatos de tal modo que se evite una renovación en bloque y favorecerse una renovación armoniosa de los administradores”.

número de administradores vinculados a la sociedad por un contrato laboral no podrá sobrepasar el tercio de los administradores en funciones (art. L. 225-22).

4°. Cada administrador deberá ser propietario del número de acciones de la sociedad que determinen los estatutos, aunque esta disposición no se aplicará a los accionistas asalariados nombrados administradores en aplicación de lo dispuesto en el art. L. 225-23 (art. L. 225-25).

5°. Los estatutos podrán estipular que el Consejo incluya, además de los administradores a que se refieren los arts. L. 225-17 y L. 225-18, administradores elegidos bien por el personal de la sociedad o bien por el personal de la sociedad y el de sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté en territorio francés. El número de estos administradores no podrá ser superior a 4 (o 5 si son sociedades cotizadas). Además, los administradores elegidos por los trabajadores deberán estar vinculados con la sociedad, o con una de sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté en territorio francés, por un contrato laboral establecido al menos dos años antes de su nombramiento y correspondiente a un empleo efectivo. La duración del mandato de estos administradores será determinada por los estatutos sin que pueda exceder de seis años. La ruptura de su contrato de trabajo pondrá fin al mandato de administrador (art. L. 225- 27, L. 225- 28, L. 225-29 y L. 225-32).

Por lo que se refiere a las funciones del Consejo de administración, dice el Código que corresponde al Consejo, (art. L. 225- 35):

- a) Determinar las orientaciones de la actividad de la sociedad y velar porque se lleve a cabo su implantación, aunque sus poderes estarán limitados por el objeto social
- b) Hacerse cargo de cualquier cuestión relacionada con la buena marcha de la sociedad y regular, mediante acuerdos, las cuestiones que le afecten.

- c) Realizar los controles y verificaciones que estime oportunos. El presidente o el Director general de la sociedad están obligados a remitir a cada administrador todos los datos necesarios para el cumplimiento de su misión.

En cuanto a su funcionamiento serán los estatutos los que, dentro de los límites legales, establezcan las normas de convocatoria y adopción de acuerdos por parte del Consejo. Y, en este sentido, dice el Código que para la válida constitución del Consejo es necesaria la presencia de, al menos, la mitad de sus miembros y que para la adopción de acuerdos bastará la mayoría simple de los miembros presentes o representados (arts. L. 225- 36-1 y L. 225- 37).

Por otro lado, el Consejo deberá elegir de entre sus miembros un presidente, que será designado por un periodo no superior al de su mandato como administrador, siendo posible la reelección. No obstante, el Consejo podrá revocarlo en cualquier momento. Además, en caso de incapacidad temporal o de fallecimiento del presidente, el Consejo podrá delegar las funciones del presidente en un administrador. En caso de incapacidad temporal, esta delegación será otorgada por un plazo limitado, aunque renovable. Corresponde al presidente del Consejo de administración la organización y dirección de sus labores (de las que dará cuenta a la Junta general) y velar por el funcionamiento de los órganos de la sociedad, asegurándose, en concreto, de que los administradores cumplan con su misión (arts. L. 225- 47, L. 225- 50 y L. 225- 51).

La dirección general de la sociedad podrá ser asumida bien por el presidente del Consejo de administración., bien por otra persona física

nombrada por el Consejo y que ostentará el título de Director general (una persona física no podrá ejercer simultáneamente más de una mandato de Director general de sociedades anónimas que tengan su sede en territorio francés). Además, a propuesta del Director general, el Consejo podrá nombrar a una o varias personas físicas encargadas de asistir al Director general, con el título de Director general delegado. El número máximo de Directores generales delegados lo fijan los estatutos aunque en ningún caso podrán exceder de cinco.

El cargo de Director general será revocable en todo momento por el Consejo, al igual que sucede para los Directores generales delegados, a proposición del Director general. Cuando el Director general cese en sus funciones o sea incapaz de ejercerlas, los Directores generales delegados conservarán sus funciones y sus atribuciones, salvo decisión contraria del Consejo, hasta que sea nombrado el nuevo Director general.

Finalmente, decir que el Director general tendrá los más amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad, teniendo como lógicos límites el objeto social y los poderes que la ley atribuye expresamente a la Junta y al Consejo. A todo ello se refieren los arts. L. 225-51-1 (introducido por la Ley nº 2001-420, de 15 de mayo), L. 225-53, L. 225-54-1(introducido por la Ley nº 2001-420, de 15 de mayo), L. 225-55, L. 225-56.

Por su parte, la Subsección 2ª (arts. L. 225- 57 a 225-93), contiene la regulación del Directorio y del Consejo de supervisión. El art. L 225-57 establece que la introducción o la supresión del sistema de administración dualista puede ser decidida durante la vida de la sociedad. Si se opta por este sistema, la dirección de la sociedad estará encomendada al Directorio, compuesto por un máximo de 5 miembros, o de 7 si se trata de una sociedad cotizada, (órgano que puede ser unipersonal en el caso de sociedades con capital inferior a 150000 euros). El Directorio ejercerá sus funciones bajo el

control del Consejo de supervisión, que además será quien nombre a sus miembros otorgando a uno de ellos la condición de presidente. Cuando una sola persona ejerza las funciones destinadas al Directorio, adoptará el título de Director general único. En todo caso, los miembros del Directorio así como el Director general único serán personas físicas, podrán ser escogidos para tales cargos personas no accionistas y podrán ser revocados por la Junta general o por el Consejo de supervisión si los estatutos prevén esta posibilidad. (art. L. 225-58, art. L. 225-59 y art. L. 225-61). Los estatutos determinarán la duración del mandato del Directorio entre dos y seis años. En caso de que no lo hagan la duración del mandato será de cuatro años (art. L. 225-62).

El Directorio está investido de amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, aunque con los límites ya conocidos del objeto social y de las atribuciones que la ley conceda al Consejo de supervisión o a la asamblea de accionistas. La representación de la sociedad, en estos casos, corresponderá al presidente del Directorio o, en su caso, al Director general único. No obstante, los estatutos podrán habilitar al Consejo de supervisión para que atribuya el poder de representación a uno o varios de los demás miembros del Directorio, que entonces ostentará el título de Director General (arts. L. 225- 64, L. 225-66). Una persona física no podrá ejercer más de un mandato de miembro del Directorio o de Director general único de sociedades anónimas que tengan su sede social en territorio francés (art. L. 225- 67).

El Directorio deliberará y tomará sus decisiones en las condiciones determinadas por los estatutos (art. L. 225-64).

Por su parte, el Consejo de Vigilancia o supervisión, de acuerdo con el art. L 225-68 ejerce el control permanente de la gestión de la sociedad que lleva a cabo el Directorio. Además, este precepto legal admite que los Estatutos supediten a la previa autorización del Consejo de Vigilancia la

conclusión de las operaciones que enumere la cláusula estatutaria correspondiente, autorización que, para llevar a cabo ciertas actuaciones (por ejemplo, la cesión total o parcial de participaciones o la prestación de avales y garantías), prevé de forma obligatoria el Decreto de 1967, al que ya nos hemos referido. En todo momento, el Consejo realizará las verificaciones y controles que estime oportunos y podrá solicitar que le sean mostrados los documentos que estime útiles para el desempeño de su función. Una vez al trimestre, al menos, el Directorio. . El presidente del Consejo de supervisión rendirá cuentas la Junta general en un Informe sobre las condiciones de preparación y la organización de los trabajos del Consejo, así como sobre los procedimientos de control interno previstos por la sociedad (art. L. 225-68).

En relación a la composición del Consejo de Vigilancia podemos destacar:

1º. En primer lugar, que se compone de un número de miembros que han de oscilar entre un mínimo de 3 y un máximo de 18 (art. L. 225-69) y son elegidos por la Junta, salvo los primeros, que pueden ser designados en los Estatutos (artículos L 225-75 y L 225-16).

2º. Cada miembro del Consejo deberá ser propietario de un número de acciones de la sociedad que determinarán los estatutos (esta disposición no se aplica a los accionistas trabajadores miembros del Consejo de supervisión en aplicación de lo dispuesto en el art. L. 225-71) (art. L. 225-72).

3º. La duración de sus funciones será determinada por los estatutos sin que pueda exceder de exceder de los seis años en caso de nombramiento por las juntas generales y de tres años en caso de nombramiento en los estatutos. Son reelegibles, salvo estipulación contraria de los estatutos, y es posible su revocación, en todo momento, por la Junta general (art. L. 225-75).

4°. Es posible que una persona jurídica sea designada para formar parte del Consejo de Vigilancia, aunque deberá nombrar un representante (art. L. 225-76).

5°. Una persona física no podrá ejercer simultáneamente más de cinco mandatos de miembro del Consejo de supervisión de sociedades anónimas que tengan su sede social en el territorio francés (art. L. 225-77).

6°. Los estatutos podrán prever que el Consejo incluya, además de los miembros cuyo número y modo de designación está previsto en los arts. L. 225-69 y L. 225-75, miembros elegidos bien por el bien por el personal de la sociedad, o bien por el personal de la sociedad y el de sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté en territorio francés. El número de miembros del Consejo de supervisión elegidos por los trabajadores no podrá ser superior a cuatro ni exceder de un tercio del número de los demás miembros (art. L. 225-79).

7°. El Consejo de supervisión elegirá en su seno un presidente y un vicepresidente que estarán encargados de convocar el Consejo y de dirigir sus debates. Tanto uno como otro serán personas físicas y ejercerán sus funciones mientras dure el mandato del Consejo de supervisión (art. 225-81).

8°. En ningún caso los miembros del Consejo de supervisión podrán formar parte del Directorio (art. L. 225-74).

Por último, en cuanto al funcionamiento del Consejo, el art. L. 225-82 sostiene que el Consejo de supervisión sólo adoptará acuerdos válidamente si están presentes al menos la mitad de sus miembros y que, salvo que los estatutos prevean una mayoría más amplia, los acuerdos serán tomados por mayoría simple de los miembros que estén presentes o representados.

Por último, la Subsección 3<sup>a</sup> (arts. L. 225-94 a L 225-95-1), como dijimos, contiene una serie de disposiciones comunes a ambos sistemas de administración que se refieren, fundamentalmente, a la acumulación de

mandatos en los distintos órganos y a la posible modificación del número máximo de miembros del Consejo de administración y del Consejo de supervisión.

Finalmente decir que el Decreto nº 95- 237, de 2 de marzo de 1995 dictado en aplicación de los artículos 5 y 6 de la Ley nº 94-640, de 25 de julio de 1994, relativa a la mejora de la participación de los trabajadores en las empresa, contempla la participación de los trabajadores en la sociedad, materia que ha sido objeto de regulación recientemente en virtud de la Ley nº 2001-152, de 19 de febrero de 2001, que ha modificado el contenido de los artículos L 225-23 y L 225-71 del *Code* francés.

#### **e. El *corporate governance* en Francia.**

Dentro del movimiento del *corporate governance* francés destacan dos documentos: en primer lugar, el Informe sobre el Consejo de Administración de las Sociedades Cotizadas, más conocido como Informe Vienot I, publicado en junio de 1995. Y, en segundo lugar, el Informe del Comité sobre el Gobierno de Empresas, Informe Vienot II, de julio de 1999<sup>161</sup>. Tanto un

---

<sup>161</sup> *Informe Vienot.-I: Conseil National du Patronat Français (CNPF) & Association Française des Entreprises Privées (AFEP), Le Conseil d'Administration des Sociétés Cotées*, julio, 1995. Se publica traducido al español en AA.VV, coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 895 y ss. *Informe Vienot-II: Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) & Association Française des Entreprises Privées (AFEP), Rapport du Comité sur le Gouvernement d'Entreprise*, julio, 1999. Traducido al español por PORRES DE MATEO, M<sup>a</sup> C., *R.d.S.*, nº. 14, 2000, pp. 519 y ss.

Después de la aparición de estos dos textos se aprobó la Ley núm. 2001-420 de 15 de mayo relativa a las nuevas regulaciones económicas (Ley NRE), con la que se pretendía reformar, de conjunto, el derecho societario francés. El resultado, sin embargo, no ha sido ese sino que la Ley se ha limitado a acometer reformas parciales que resultan ser, simplemente, una traducción de los principios propios de *corporate governance*. V. BUREAU, D., “La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés”, *Bull. Joly Sociétés*, 2001, pp. 553 y ss; CANNU LE, P., “La loi pour l’initiative économique et le droit des sociétés”, *Rev. Soc.* 3, 2003, pp. 409 y ss.

documento como otro han sido elaborados por un grupo de Presidentes de sociedades cotizadas francesas respondiendo a la demanda de la Asociación Francesa de Empresas Privadas (*AFEP -Association Française des Entreprises Privees-*) y del Consejo Nacional del Patronato Francés (*CNPF -Conseil National du Patronat Français-*), en el primer caso, y de la *AFEP* y del Movimiento de Empresas de Francia (*MEDEF -Mouvement des Entreprises de France-*) en el segundo. Se trata, así, en ambos casos de una iniciativa de las propias empresas que pretenden precisar de esta forma, los principios de buen funcionamiento y de transparencia y, con ello, mejorar su gestión y su imagen ante el público, en general y ante los inversores, en particular.

Entre ambos textos encontramos las *Recomendaciones de la Comisión Hellebuyck* o *Recomendaciones sobre Corporate Governance*, publicadas en 1998 (y revisadas en 2001 y en 2004 - *Recommandations sur le gouvernement d'entreprise*). La emisión de estas Recomendaciones corresponde a la *Association Française de la Gestion Financière* y la *Association des Sociétés et Fonds Français d'Investissement (AFG-ASFFI)*, y tienen como objetivo mejorar la responsabilidad hacia los accionistas y maximizar su valor.

El Informe Vienot I. En el caso de este primer Informe se encargó al Comité la tarea de examinar los principales problemas relativos a la composición, atribuciones y modos de funcionamiento de los Consejos de administración de las sociedades cotizadas. Además, la lectura del sumario de este Informe, pone de relieve que el objeto fundamental del mismo es el análisis del Consejo de administración de las sociedades anónimas francesas<sup>162</sup>. En concreto, se estudia:

---

<sup>162</sup> Introduction. Faut-il modifier les textes légaux relatifs au conseil d'administration ?; La mission du conseil d'administration ; La formalisation des travaux du conseil d'administration. I - Mission Et Atributions Du Conseil D'administration. 1. La finalité de la mission du conseil ; 2. Conseil d'administration et assemblée generale des actionnaires; 3. Le conseil d'administration et

a) La misión y las atribuciones del Consejo de administración. El Consejo de administración de una sociedad cotizada tiene una misión particular en relación con el mercado, y en orden a la máxima transparencia, ha de dar su opinión sobre las condiciones de realización de las operaciones con títulos de la sociedad, incluso si la reglamentación no lo exige. En cualquier caso, la misión del Consejo tiene como objeto el interés social de la empresa, de tal manera que la actuación de los administradores debe estar inspirada en la preocupación por el interés social de la empresa<sup>163</sup>, que puede definirse “como el interés superior de la propia persona jurídica, es decir, de la empresa considerada como un agente económico autónomo que persigue sus propios fines, distintos de los de sus accionistas, asalariados, acreedores, entre los que se cuenta el fisco, proveedores y clientes, pero que corresponde a un interés general común, consistente en garantizar la prosperidad y la continuidad de la sociedad” (I.1)

b) La composición del Consejo de administración. En el apartado referente a la composición del Consejo, el Informe insiste en que el Consejo, cualquiera que sea su composición y el origen de sus miembros, representa colectivamente a la totalidad de los accionistas. No obstante lo dicho, el Comité considera que para evitar dudas y sospechas el Consejo debe periódicamente interrogarse sobre el equilibrio en su composición y tomar las disposiciones necesarias para asegurar a los accionistas y al mercado que las misiones del Consejo se cumplen con la independencia y objetividad

---

le marché ; 4. Le conseil d'administration et son president. Les compétences respectives.. La dissociation des fonctions, n'est pas une panacée II - La Composition Du Conseil D'administration. 1. Principes directeurs ; 2. Les administrateurs « indépendants » face à la technostructure et à l'actionnariat ; 4. Participations croisées et administrateurs réciproques ; 5. La sélection des administrateurs et des mandataires sociaux. Le comité de sélection. La succession des mandataires sociaux III- Le Fonctionnement Du Conseil D'administration. 1. Les réunions du conseil ; 2. L'information du conseil et des administrateurs ; 3. La création de comités spécialisés au sein du conseil. Le comité des rémunérations. Le comité des comptes ou comité d'audit ; 4. Les droits et obligations des administrateurs. La charte de l'administrateur. Le conseil et ses membres.

<sup>163</sup> Sobre esta noción, BISSARA, P., “L'intérêt social”, *Rev. Soc.*, pp. 1999, pp. 5 y ss.

necesarias (II. 1). En relación con ello, el informe estudia una serie de cuestiones entre las que destaca la referencia a los consejeros independientes, que deberán formar parte del Consejo. En este punto, el Informe sostiene que cada Consejo debe buscar el equilibrio óptimo en su composición, siendo deseable que en las sociedades cotizadas existan, por lo menos, dos administradores independientes o externos (II. 2). Administrador independiente al que define como “una persona que no tiene ningún vínculo directo o indirecto con la sociedad o con las sociedades del grupo y al que se presupone una participación plenamente objetiva en los trabajos del Consejo” (II.2). Por consiguiente, “no debe ser un asalariado, presidente o Director general de la sociedad o de una sociedad de su grupo, o habrá dejado de serlo, al menos, tres años antes; un accionista importante de la sociedad o de una sociedad de su grupo, o estar vinculado de alguna manera a dicho accionariado; finalmente, alguien vinculado de la forma que fuere a un socio significativo y habitual, comercial o financiero, de la sociedad o sociedades de su grupo”. Dichos administradores independientes serán los garantes de la objetividad de las deliberaciones del Consejo (II. 3).

c) El funcionamiento del Consejo de administración. El apartado tercero del Informe se refiere al funcionamiento del Consejo de administración y, en concreto, trata dos cuestiones diferentes:

1º. Los derechos y obligaciones de los consejeros. En relación a esta cuestión el informe elabora lo que se llama “la carta del administrador”, en que se concretan sus obligaciones. En este sentido, todo administrador de una sociedad anónima deberá cumplir las siguientes obligaciones:

- Tener conciencia de las obligaciones del cargo.
- Ser accionista a título personal.
- Ser consciente de que representa a la totalidad de los accionistas.
- Comunicar al Consejo toda situación de conflicto de intereses.

- Dedicar a las tareas del Consejo la atención requerida y el tiempo necesario.
- Asistir asiduamente y participar en todas las reuniones del Consejo o, en su caso de los comités a los que pertenezca.
- Informarse.
- Considerarse sujeto a un verdadero secreto profesional.
- Abstenerse de toda operación con información privilegiada.

Finalmente, el Comité estima que sería deseable que todos los administradores asistieran a las reuniones de la Junta general de accionistas. Corresponderá a cada Consejo completar, si lo estima necesario, la lista de las obligaciones fundamentales del administrador mediante las disposiciones particulares que le parezcan necesarias para su funcionamiento. (III. 4).

2°. Los Comités especializados. El Informe se muestra favorable a la creación de, por lo menos, un comité de selección de administradores, un comité de remuneración (aunque no dice nada sobre los criterios para su fijación ni sobre la publicidad que debe darse a la misma) y un comité de cuentas, informando a la asamblea de la existencia de los mismos y de las reuniones que han tenido a lo largo del año (III.3).

En el momento de su publicación este primer Informe fue acogido con escepticismo. Sin embargo, transcurrido un cierto tiempo desde entonces se observa que gran parte de las recomendaciones que formulaba han sido acogidas por las sociedades con lo que ello supone respecto al mejor funcionamiento de los órganos de dirección de la misma.

El Informe Vienot II. Transcurrido un tiempo desde la aprobación del primero de los informes comentados, se puso de manifiesto la necesidad de un nuevo examen de las prácticas francesas del Gobierno de la Empresa. De hecho, el propio Informe Vienot I, en su Introducción, estima deseable que se realice un nuevo examen de estas cuestiones en un plazo de tres años con el fin de evaluar la evolución producida.

Por ello, las dos grandes asociaciones de empresarios franceses citados encargaron a finales de 1998 a un Comité analizar la oportunidad de actualizar y de completar las recomendaciones formuladas en 1995. A estos efectos, catorce Presidentes de sociedades cotizadas francesas se reunieron asistidos por un ponente y un comité técnico. Finalmente, se elaboró un nuevo Informe en el que se recogen una serie de recomendaciones prácticas con las que se completan las del Informe de 1995 que continúan siendo válidas. Dentro del esquema<sup>164</sup> de este nuevo Informe nosotros nos vamos a centrar en los aspectos que, a nuestro juicio, son más interesantes y completan la información ofrecida por el documento anteriormente estudiado.

Así, entre las medidas recomendadas en el Informe de 1995 (dentro del funcionamiento del Consejo de administración) se encontraba el deber de cada Consejo de reflexionar sobre ‘el deseable equilibrio en su composición o en las de los Comités que forman parte del mismo’ y ‘preguntarse periódicamente si su organización y funcionamiento se adecuan a sus tareas’. Sobre esta circunstancia insiste la recomendación 21 de este Informe. Es fundamental para el buen gobierno de la empresa que el Consejo revise cada cierto tiempo su composición, organización y funcionamiento (lo que implica a su vez la revisión de los Comités del Consejo). De la realización de esta revisión se debe dar cuenta a los accionistas en el informe anual.

---

<sup>164</sup> Primera Parte: La disociación de las funciones del Presidente y del Director general. Segunda Parte: 0. Publicidad de las retribuciones de los dirigentes de las sociedades cotizadas. I. Publicidad de los planes de opciones de suscripción o compra de acciones de las sociedades cotizadas. Tercera Parte: I. Los administradores; II. Funcionamiento del Consejo de administración. III. Funcionamiento de los Comités del Consejo. IV. La información financiera. V. La Junta general. VI. La aplicación de las recomendaciones. Resumen De Las Recomendaciones. Anexo: Composición Del Comité (que tiene como Presidente a Marc Vienot, de ahí la denominación de los documentos). A excepción de la Primera Parte, el conjunto de las recomendaciones son también de aplicación a las sociedades cotizadas con Consejo de Vigilancia y Comité de dirección, debiendo ser transpuestas.

También las cuestiones relacionadas con los consejeros independientes, cuya presencia ha aumentado en muchos Consejos, siguen siendo objeto de tratamiento en el Informe de 1999 aunque se ofrece una definición de los mismos más simplificada. Así, se considera que “un administrador es independiente de la dirección de la sociedad cuando no mantiene ninguna relación con la sociedad o su grupo que pueda comprometer su libertad de juicio” (recomendación 22). El número de administradores independientes debe ser al menos de un tercio del Consejo de administración. La misma proporción debe existir en el caso de los Comités de Auditoría y en el Comité de Nombramientos. El Comité de Retribuciones, por su parte, debe incluir una mayoría de administradores independientes (recomendación 23). Con ello se consigue, o al menos se persigue, garantizar que se tiene en cuenta el interés del conjunto de los accionistas en las decisiones de la sociedad.

Por último, es de rigor destacar la recomendación 27 según la cual “las sociedades tienen la obligación de proporcionar a sus administradores, si procede, una información previa (a las sesiones del Consejo) y permanente (entre las sesiones del Consejo) suficiente, pertinente y de calidad, que les permita ejercer plenamente su mandato. Los administradores tienen la obligación de pedir la información que consideren necesaria para el cumplimiento de su misión”.

Para acabar con el estudio de los Informes Vienot I y II, decir que en cuanto a los mecanismos arbitrados para asegurar el cumplimiento de los Códigos, se limitan a recomendar el suministro de una voluntaria información acerca del cumplimiento de las prescripciones, con lo que el grado de cumplimiento es sustancialmente menor<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> En este sentido, ALONSO LEDESMA, C., “El buen gobierno de las sociedades en Europa”, *R.D.B.B.*, nº. 88, octubre-diciembre, 2002, p. 137.

Con posterioridad al Informe Vienot II, han aparecido otros textos relativos al buen gobierno de las empresas en Francia a los que nos vamos a referir someramente. Los principios para el gobierno de las sociedades francesas se basan, en principio, en los Informes Vienot, I y II y, posteriormente en el Informe Bouton (“Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées”. *Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton, président de la Société Générale, MEDEF et AFEP- AGREF*) publicado en septiembre de 2002. El conjunto de recomendaciones en él contenidos han sido desarrollado por grupos de trabajo compuestos por los presidentes de determinadas sociedades francesas a petición de la *AFEP* y la *MEDEF*. Así, de esta manera, estos tres informes representan iniciativas de las propias empresas las cuales conceden mucha importancia a la formulación de principios seguros relativos a la realización de operaciones y a la transparencia, dirigidos a mejorar la dirección y a reforzar la confianza de los inversores y del público en general. El texto siguiente (*Le gouvernement d’entreprise des sociétés cotées Principes de gouvernement d’entreprise résultant de la consolidation des rapports conjoints de l’AFEP et du MEDEF de 1995, 1999 et 2002*) no añade nada a los Informes Vienot y Bouton, cuya esencia se mantiene. Lo que hace es reunir y ordenar las recomendaciones de los tres informes anteriores. La consolidación o fusión de los textos elaborados hasta la fecha es la respuesta a la comunicación de la Comisión Europea sobre *corporate governance* y derecho de sociedades en virtud de la cual se recomienda a cada uno de los Estados miembros designe un código de referencia que las empresas deben acatar o explicar aquellas de sus prácticas que difieran del mismo y por qué. Las recomendaciones recogidas en este último Código han sido elaboradas con relación a las sociedades con Consejo de administración, que se mantiene como la forma más común de organización. En los demás casos, será necesario hacer los correspondientes ajustes para poder aplicar las recomendaciones.

#### D. DERECHO ALEMÁN.

La organización de la administración de las sociedades en el Derecho alemán responde a las características propias del sistema que tradicionalmente se ha denominado “germánico”, pero que hoy día conocemos como sistema dualista. La principal característica en materia de administración se basa en la existencia con carácter obligatorio de dos órganos, al margen de la Junta general (*Hauptversammlung*):

- El *Vorstand* o Dirección, que tiene como función dirigir la sociedad bajo su propia responsabilidad,
- El *Aufsichtsrat* (AR) o Consejo de vigilancia, al que corresponde la vigilancia de la gestión. Entre uno y otro órgano se establece una separación rígida tanto en su composición como en sus competencias.

Este esquema es producto de una evolución legislativa que desemboca en la legislación actual, de ahí que sea conveniente estudiar, si quiera brevemente, los principales textos legales que la preceden.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que el modelo dualista se introduce en la Europa continental en la *Aktiengesetz* (en adelante *AktG* o *AG*) de 1937, siendo objeto de una primera reforma en la *AktG* de 1965 y más recientemente en la *Ley sobre Control y Transparencia de de la Empresa* [*Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, (KonTraG)*], de 27 de abril de 1998 y en la *Ley para la continuación de la reforma del Derecho societario y del balance, para la transparencia y la publicidad -Ley de Transparencia y Publicidad-* [*Gesetz zur reiteren Reform des Aktiens –und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publicita (TransPuG)*], de 19 de julio de 2002. Con lo cual, centraremos nuestra atención en estos textos.

Con anterioridad a los mismos, bajo el régimen del Código de Comercio de 1862 (*ADHGB*) el sistema dualista tenía carácter facultativo. Al

lado del Consejo de administración, encargado de la gestión, se preveía la posibilidad de constituir un Consejo de Vigilancia (el *Aufsichtsrat*), encargado de controlar la gestión. Sin embargo, la eficacia de esta vigilancia fue mínima ya que el Código no preveía una regulación adecuada de los principales aspectos de este órgano<sup>166</sup>.

Los cambios introducidos en 1870 (*Aktiennovelle* de 11 de junio) y 1884 (*Aktiennovelle* de 18 de julio) tampoco desembocaron en un sistema dualista con competencias obligatoriamente divididas, hasta el punto de que el *Aufsichtsrat* podía ejercer competencias de gestión, si los estatutos lo establecían<sup>167</sup>. Lo mismo ocurre con el Código de 1897 (*HGB*).

Fue en la *Aktiengesetz* de 30 de enero de 1937 donde se fijaron las líneas fundamentales del sistema que, con las modificaciones operadas con posterioridad, siguen vigentes hoy día. La esencia del sistema descansa en el art. 70 donde se declara que “el Vorstand dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad”, mientras que el AR vigila la gestión, controla la legalidad, la oportunidad y la correcta actuación del *Vorstand* (art. 95), pero no interviene en la gestión a excepción de aquellos actos que los estatutos o el propio Consejo consideren oportunos.

Como hemos dicho antes, la *AktG* de 1937 fue objeto de una primera reforma, operada a través de la Ley de 1965, aunque no introdujo alteraciones sustanciales en las normas que sobre los órganos de la administración había establecido la de 1937.

Al igual que la anterior, la Ley de 1965 dispone que “el Vorstand dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad” (art. 76) y puede estar integrado

---

<sup>166</sup> En el *ADHGB* se reconoció al AR un derecho de vigilancia sobre la actuación del *Vorstand*, pero ni se sancionó debidamente este derecho ni se fijaron sus presupuestos y su eficacia. Al igual ocurría con el nombramiento de sus miembros, cuya regulación se dejaba al arbitrio de los Estatutos. WIETHÖLTER, *Interesen...*, *op. cit.*, pp. 280 y ss.

<sup>167</sup> ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss; HOMMELHOFF en SCHUBERT, W., / HOMMELHOFF, P., *Hundert Jahre Modernes Aktienrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 92 y ss.

por una o más personas (caso en que la gestión, en principio, se ejerce mancomunadamente, art. 77) que no necesitan ser accionistas, pero que no pueden pertenecer al *AR* (art. 105. 1º). El nombramiento y la destitución de los miembros del *Vorstand* es competencia del *AR* (art. 84.1º), pero la revocación no es libre sino que sólo procede cuando existan fundados motivos que la justifiquen.

A la Dirección están atribuidos los poderes de gestión, como ya sabemos, y los de representación de la sociedad en juicio y fuera de él, sin que sean eficaces frente a terceros las limitaciones que puedan establecerse a este poder. No obstante, en la práctica es frecuente que los estatutos contengan fórmulas de representación individual o conjunta por dos personas, derogando el principio de la representación colegial (arts. 78 y 82).

Por su parte el *Aufsichtsrat* consta necesariamente de tres miembros siendo posible que los estatutos exijan un número mayor (art. 95). La elección de los mismos corresponde a la Junta general, salvo que se delegue esta función en el propio Consejo o hayan de ser elegidos por los trabajadores (art. 101). La función principal de este es, como sabemos, la vigilancia de la gestión aunque es posible que los estatutos o el propio *AR* establezcan que determinados asuntos requieran su aprobación para poder ser concluidos. Además, le corresponde la aprobación del balance y de las demás cuentas de la sociedad (art. 111).

Las relaciones entre ambos órganos, *Vorstand* y *Aufsichtsrat*, están reguladas en la Ley, destacando, en este sentido, la obligación que pesa sobre el *Vorstand* de informar al *AR* sobre la política de la sociedad y otras cuestiones fundamentales de la futura gestión, sobre la marcha de los negocios y sobre la situación general de la sociedad (art. 90), información que procede realizar en los plazos legalmente establecidos.

Por lo que se refiere a la delegación de facultades, la Ley de 1965 es bastante parca en relación al *Vorstand* ya que se limita a establecer la

posibilidad de que se dote de un reglamento para la dirección, pero no se ocupa de su posible contenido. La doctrina considera, no obstante, que el *Vorstand* puede proceder a realizar un reparto de tareas entre sus miembros, con la finalidad de agilizar su funcionamiento. Sin embargo, hay funciones que se consideran indelegables. Así, corresponde necesariamente al *Vorstand* como colegio: informar al *AR* sobre la marcha de la gestión; llevar la contabilidad; presentar el balance y demás documentos, etc<sup>168</sup>.

Con respecto al *Aufsichtsrat* la Ley es un poco más concreta ya que el art. 107. 3º señala la posibilidad de que designe entre sus miembros una o más Comisiones para preparar asuntos o acuerdos del pleno o para vigilar la ejecución de los mismos. La creación de estas Comisiones es competencia del *AR*, aunque también es posible que los estatutos impongan su creación<sup>169</sup>. No obstante, hay funciones que deben desempeñarse por el *AR* en pleno. Entre ellas, por ejemplo, la redacción del reglamento del *Vorstand*, el nombramiento, la reelección y la renovación de los miembros del *Vorstand*, la designación del presidente del *Vorstand* y del propio *AR*, convocatoria de la Junta, etc. Por otro lado, el nombramiento de una Comisión en el seno del órgano de vigilancia no implica responsabilidad por la actuación de ella para aquellos miembros que no hayan sido designados para integrarla, respecto a los cuales la responsabilidad se circunscribe a la que proceda por la elección y vigilancia de sus integrantes.

---

<sup>168</sup> FRELS, “Die Geschäftsverteilung, im Vorstand der Aktiengesellschaft”, en *Z.H.R.*, V. 122, H. 1, pp. 16 y ss y 27 y ss y Überweisung von Vertretung an einzelne Mitglieder des Vorstand der Aktiengesellschaft, en *Z.H.R.*, V. 122, H. 4, pp. 173 y ss.

<sup>169</sup> Esta posibilidad ha sido objeto de una amplia discusión doctrinal. Las admiten BAUMBACH, A., /HUECK, G., *Aktiengesetz*, 11ª ed., C. H. Beck, Manchen/Berlín, 1961, pp. 359 y ss y SCHMIDT/MEYER/LANDRUT, *Grosskommentar AktG*, t.I., 2ª ed., Berlín, 1961, pp. 640 y ss. Por el contrario, niegan tal posibilidad GODIN, F., /WITELMI, H., *Aktiengesetz*, 2ª ed., Berlín, Walter de Wuyter, 1971, pp. 411 y ss y JANBERG, H., “Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht”, *A.G.*, 1966, pp. 1 y ss. Considera este autor que la imposición de una Comisión privaría al órgano de sus poderes y si se entendiese que, no obstante la creación de la Comisión, aquel conserva la competencia sobre las materias atribuidas a ésta, dicha Comisión quedaría privada de justificación y sentido.

Dados los inconvenientes que plantea la *AktG* de 1965, se comprende la necesidad de reformar la Ley de Sociedades Anónimas. Y el primer paso en esta modernización viene representado por la *Ley sobre pequeñas sociedades anónimas y desregulación del derecho de sociedades anónimas (Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts)* de 1994<sup>170</sup>. La importancia de esta Ley radica, por un lado, en la diferenciación que se hace entre el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas y no cotizadas, y, por otro, el hecho de facilitar la salida de las sociedades de Bolsa.

Sin embargo, particular interés tiene en este proceso de reforma que comentamos de la Ley de anónimas alemana, la *Ley sobre control y transparencia de la Empresa [Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)]*, de 27 de abril de 1998, motivada, fundamentalmente, por las disfuncionalidades que presenta el modelo legal (así se expresa la Exposición de Motivos de la Ley) y que desde hace tiempo han sido puestas de manifiesto por la doctrina<sup>171</sup>. Por ello, la reforma aborda el

---

<sup>170</sup> A pesar de la denominación de la Ley, ésta se refiere a las sociedades cerradas, de forma que, debemos equiparar los conceptos de sociedad pequeña y sociedad cerrada, aunque las sociedades cerradas no tengan porqué ser sociedades pequeñas. Sobre esta cuestión, v., SCHMIDT, K., “La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1998 y 2002 y el Código Cromme”, *R.d.S.*, nº 22, 2004, pp. . 21 y 22 (traducción al español supervisada por M<sup>a</sup> Concepción Chamorro Domínguez).

<sup>171</sup> Algunos autores, entre ellos MESTMÄCKER, E. J., *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1958, pp. 83 y ss; WERTH, H.-J., *Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Wirtschaftsprüfer G.M.B.H., Düsseldorf, 1960, y WIETHÖLTER, *Interesen...*, *op. cit.*, pp. 277 y ss, han expresado sus dudas sobre la eficacia de la separación de funciones. El modelo dualista alemán separa el Consejo de Vigilancia de las funciones de gestión y dirección de manera que la intervención en la misma debe ser sólo a efectos de control y vigilancia. Sin embargo, esta separación de funciones no ha funcionado en la práctica. En el caso de sociedades con accionariado de control, el Consejo de Vigilancia se transforma en un órgano del grupo de control para intervenir en la definición de la política de gestión. En el caso de las sociedades de capital disperso, en las que el poder se concentra básicamente en la Dirección, el Consejo de Vigilancia tiende a convertirse en un órgano de consulta y asesoramiento de la dirección (estas son, fundamentalmente, las conclusiones a las que se llega mediante una encuesta sobre 132 sociedades realizada por WERTH). En este sentido, ALONSO UREBA, “El gobierno...”, *op. cit.*, p. 127. Se pronuncia de manera similar ESTEBAN

conjunto de elementos que inciden en el sistema de gobierno de las empresas. Uno de esos elementos es el Consejo de Vigilancia, cuya crisis ha determinado numerosas reflexiones y propuestas que tratan de mejorar su labor. Por otro lado, en relación al *Vorstand*, se pone de relieve la necesidad de acentuar su propio control interno. En cualquier caso, la reforma no pretende modificar la base del sistema tradicional alemán<sup>172</sup>.

De entre los diversos aspectos de la reforma destaca las modificaciones que se introducen en relación con el Consejo de Vigilancia. En esta línea<sup>173</sup>:

- Se traslada al Consejo de Vigilancia la competencia para contratar al auditor elegido por la Junta, facultad que hasta ahora correspondía a la Dirección.
- Se prevé la creación de Comisiones en el seno del propio Consejo de Vigilancia para una más eficaz y real distribución de funciones.
- Se imponen deberes de información a la Junta en relación con las personas propuestas para ocupar la posición de miembro del Consejo de Vigilancia.
- Se delimita con más claridad la obligación de la Dirección de informar al Consejo de Vigilancia sobre la política negocial y cuantas cuestiones sean esenciales para la planificación financiera, de inversión y de personal de la compañía.
- Se impone un régimen mínimo de frecuencia de reuniones del Consejo de Vigilancia y se facilita el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente

---

VELASCO, *El poder de decisión...*, *op. cit.*, p. 384 y ss., al considerar que la existencia de dos órganos no implica necesariamente una auténtica separación de funciones, dándose frecuentemente un modelo mixto en el que el Consejo de Vigilancia no sólo asume funciones de control y verificación, sino también de la participación en la gestión.

<sup>172</sup> Así, ESTEBAN VELASCO, G., "Propuesta de reforma del Derecho alemán de sociedades anónimas (el "Referenten-Entwurf" de 1996 sobre control y transparencia)", *R.d.S.*, n.º. 8, 1997, pp. 534 y 535.

<sup>173</sup> ALONSO UREBA, "El gobierno...", *op. cit.*, pp. 128 y 129. También se refieren a algunas de estas medidas, ESTEBAN VELASCO, "Propuesta de reforma...", *op. cit.*, 536 a 538 y LUTTERMANN, C., "Desarrollos del derecho de la empresa en Alemania. Años 1997-1998" (Traducido al castellano por Pedro José Bueso Guillén), *R.d.S.*, n.º. 6 (10), pp. 494 y ss.

el Comité de dirección a instancia de accionistas cuando dicha acción no se ejercite por el Consejo de Vigilancia.

En definitiva, a finalidad de la Ley de Control y Transparencia de 1998 era dotar de mayores mecanismos de control a las empresas de cierta relevancia. El aspecto clave de la reforma es el potenciamiento del Consejo de Vigilancia, el incremento de las posibilidades de control de la Junta general mediante el ejercicio del derecho de voto, así como el incremento de la transparencia en el mercado a fin de proporcionar mayor confianza a los inversores que acuden al mercado financiero<sup>174</sup>.

A esta Ley sigue la *Ley para la continuación de la reforma del Derecho societario y del balance, para la transparencia y la publicidad -Ley de Transparencia y Publicidad-* [Gesetz zur reiteren Reform des Aktiens –und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publicita (TransPuG)], de 19 de julio de 2002<sup>175</sup> que, al igual que la anterior, ofrece dos tipos de medidas diferentes. Por un lado, encontramos las medidas dirigidas a potenciar la transparencia. Por otro, las medidas directamente relacionadas con el reforzamiento del Consejo de Vigilancia como órgano de control y supervisión de la sociedad.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí y a modo de resumen, el sistema dualista alemán se basa en la *AktG* de 1937 (con las modificaciones comentadas<sup>176</sup>), texto que introdujo este sistema, tal y como hoy lo conocemos, en Europa. Hoy día los órganos obligatorios de las sociedades anónimas alemanas son:

---

<sup>174</sup> V. HOMMELHOFF, P., “Corporate Givernance nach dem KonTraG”, A.G., 6, 1998, pp. 250 y ss.

<sup>175</sup> Esta Ley surge como consecuencia del Informe de la Comisión Baums *-Bericht der Reigerungskommission Corporate Governance-* publicado en julio de 2001, al que haremos referencia con posterioridad.

<sup>176</sup> SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., “Reflexiones sobre el gobierno corporativo comparado”, *R.D.B.B.*, nº. 70, abril-junio, 1998, pp. 499 y ss, recoge las palabras del profesor HOPT según el cual “en Alemania no se debate una reforma fundamental del sistema dualista”, sino que “los esfuerzos se dirigen a conseguir modificaciones puntuales”.

- a) El *Vorstand* (Dirección) que dirige la sociedad y ejerce la gerencia<sup>177</sup>.
- b) El *Aufsichtsrat* (Consejo de Vigilancia), con funciones de vigilancia<sup>178</sup>.
- c) La *Hauptversammlung* (Junta general).

Las competencias están atribuidas por la Ley de forma separada y no pueden ser modificadas por los estatutos, salvo que la Ley expresamente lo permita. En cuanto a su composición, el *Vorstand* y el *Aufsichtsrat* están integrados por personas distintas.

El *Vorstand* se encarga de la gestión y representación de la sociedad bajo su propia responsabilidad (representación que, en principio, se ejercerá de manera mancomunada aunque los estatutos pueden prever que la asuman uno o varios de sus miembros). No obstante, el derecho alemán contempla la posibilidad de fijar ciertos negocios que requieren el consentimiento del *Aufsichtsrat* pero, a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>179</sup>, no están expresamente determinados<sup>180</sup>.

Los miembros del *Vorstand*, que estará integrado por una o varias personas (debiendo en estos casos de actuar como colegio, de manera colegiada) son nombrados y revocados (la revocación requiere justa causa) por

---

<sup>177</sup> Se podría establecer un paralelismo entre el *Vorstand* y la Comisión ejecutiva de las Sociedades Anónimas, aunque el *Vorstand* tiene más competencias que la Comisión ejecutiva del art. 141 LSA. En este sentido, MORILLAS JARILLO/GRECHENING, “La administración de la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 9 (nota 57).

<sup>178</sup> En la práctica, el *Aufsichtsrat* realiza una función similar a la de los consejeros no ejecutivos del Consejo de administración de las grandes sociedades. En este sentido, MORILLAS JARILLO/GRECHENING, “La administración de la Sociedad Anónima Europea...”, *op. cit.*, p. 9 (nota 58).

<sup>179</sup> Así ocurre en Austria donde el parágrafo 95.5 de la *AktG* enumera una serie de supuestos en los que es necesario el consentimiento del *Aufsichtsrat*.

<sup>180</sup> En este sentido, HÜFFER, U., *Aktiengesetz*, 4<sup>a</sup> ed., parágrafo 111, marg. 16, Beck, Munchen, 1999, pp. 16 y ss y 520 y ss. LUTTER, M., “Defizite für eine effiziente Aufsichtsrätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung”, *Z.H.R.*, 1995, p.300, considera necesario que en el Derecho alemán se adopte una lista de actos, negocios u operaciones que requieran el consentimiento del *Aufsichtsrat*.

el *Aufsichtsrat*. Además, los miembros del *Aufsichtsrat* no pueden ser nombrados como miembros del *Vorstand*.

En cuanto a la adopción de los acuerdos rige la regla de la unanimidad, aunque los estatutos o los reglamentos del órgano pueden prever mayoría simple, cualificada, etc., y establecer el derecho de veto de un consejero<sup>181</sup>. Las reglas de organización y funcionamiento del *Vorstand* se contienen también en un Reglamento. En Alemania, el *AR* adopta el Reglamento y, subsidiariamente, el propio *Vorstand*. Los estatutos pueden regular cuestiones puntuales (parágrafo 77.2 *AktG*) respecto de la organización y funcionamiento, lo que deja ciertos márgenes de flexibilidad al *Vorstand* y al *AR* para adoptar el Reglamento del primero<sup>182</sup>. Este documento contiene la distribución de materias o asuntos entre los consejeros teniendo en cuenta que las competencias importantes no se pueden delegar<sup>183</sup>.

Por lo que se refiere al *Aufsichtsrat*, como hemos dicho, vigila, controla la gestión de la sociedad, verifica la legalidad, regularidad, oportunidad y rentabilidad de los actos, por lo que debe valorar los riesgos, teniendo en cuenta la proporcionalidad con que se deben asumir<sup>184</sup>. Por otro lado, hay que decir que el *AR* ejerce también una vigilancia preventiva aconsejando al *Vorstand* acerca de la estrategia de la empresa<sup>185</sup> y que tiene competencias especiales con relación a las cuentas anuales (cuya formulación corresponde al *Vorstand* [parágrafo 222 *HGB*]) que debe revisar y aprobar.

El *Aufsichtsrat* debe reunirse una vez cada seis meses (en las sociedades cotizadas dos -parágrafo 110.3 *AktG*-) y para cumplir con su

---

<sup>181</sup> HÜFFER, *Aktiengesetz*, *op. cit.*, parágrafo 77, marg. 20, p. 363.

<sup>182</sup> HUFFER, *Aktiengesetz*, *op. cit.*, parágrafo 77, marg. 20, p. 365.

<sup>183</sup> HENZE, H., “Leitungsverantwortung des Vorstand- Überwachungsplicht des Aufsichtsrat”, *B.B.*, 2000, p. 210.

<sup>184</sup> HUFFER, *Aktiengesetz*, *op. cit.*, parágrafo 111, marg. 5 p. 516; LUTTER, “Defizite...”, *op. cit.*, p. 290 ; HENZE, “Leitungsverantwortung...”, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

<sup>185</sup> HENZE, “Leitungsverantwortung...”, *op. cit.*, p. 214 ; HÜFFER, *Aktiengesetz*, *op. cit.*, parágrafo 111, marg. 5, pp. 515 y 516; LUTTER, “Defizite...”, *op. cit.*, pp. 287 y 290 y ss.

función de vigilancia, a parte de los actos o negocios que requieren su consentimiento, se exigen al *Vorstand* una serie de informes sobre la política de la sociedad y sobre la situación de la empresa. Además, podrá pedir la información que necesite.

Los miembros de este órgano (un mínimo de tres) son elegidos por la Junta general, que también los revoca sin mediar justa causa. No pueden ser miembros del mismo ni los miembros del *Vorstand* ni los empleados de la sociedad.

Finalmente, decir que el *Aufsichtsrat* está facultado para organizar Comisiones, integradas por dos o más de sus miembros, nombrar a sus integrantes y regular sus competencias. No obstante, ciertas competencias deberán ser ejercitadas de forma obligatoria por el *Aufsichtsrat* en pleno.

**El *corporate governance* en Alemania.** Como hemos advertido antes, la finalidad de la Ley de Control y Transparencia (*KonTraG*) de 1998 era dotar de mayores mecanismos de control a las empresas de cierta relevancia. A esta Ley le suceden dos Códigos de buen gobierno, a iniciativa de entidades privadas. El primero, el denominado “*Die Corporate Governance-Grundsätze Für a börsennotierte Gesellschaften*”, publicado en enero de 2000 y revisado en julio del mismo año, que fue elaborado por la *Grundsatzkommission Corporate Governance*. El segundo, denominado “*German Code of Corporate Governance*” (GCCG), publicado en julio de 2000, elaborado por la *Berliner Initiavkreis*.

En relación al primero de los Códigos, en enero del año 2000 la *Grundsatzkommission Corporate Governance*, integrada por un grupo de juristas y empresarios alemanes, publicó el texto “*Die Corporate Governance-Grundsätze für örsennotierte Gesellschaften*”<sup>186</sup>. Hasta ese momento no se

---

<sup>186</sup> Traducido al español por VIERA GONZÁLEZ, J., *R.d.S.*, nº. 14, 2000, p. 531 y ss.

había publicado ningún Código similar y, al igual que comentamos en el caso de Italia, los problemas relacionados con el gobierno corporativo se habían intentado solucionar a través de un texto legal, en este caso, de la *KontraG*. Por tanto, la publicación de este Código, de asunción voluntaria por las sociedades, supone la utilización en Alemania de dos formas distintas de afrontar las cuestiones relativas al gobierno de las sociedades. Por un lado, la solución “legislativa”, es decir, la promulgación de disposiciones legales de obligado cumplimiento asociada a la solución “financiera”, basada en la asunción voluntaria por las sociedades de las recomendaciones recogidas en el Código<sup>187</sup>. Además, como en otros países, la actuación de los organismos públicos supervisores de los mercados (en Alemania la *BAWe*), esta dirigida a promover la asunción del Código o, al menos, a que las sociedades informen sobre si la han llevado a cabo o no y sobre la manera en que lo han hecho. En este sentido, el propio Código recomienda a las sociedades que informen sobre la asunción o no de las reglas y principios en él contenidos y, en su caso, sobre el modo en el que lo han hecho.

En definitiva, el Código alemán (al igual que ocurre con el italiano) supone un complemento de los textos legales a través de la formulación de una serie de principios del gobierno de las sociedades que, según el propio texto, están destinados a la consecución de una administración social y un control sobre ella responsable y orientados a la creación de valor, para cuya elaboración se han tenido en cuenta los principios y prácticas internacionales existentes sobre la materia. Por ello, se hace referencia expresa al inicio del mismo a los principios formulados por la OCDE<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Opina GUERRA MARTÍN, “Publicación...”, *op. cit.*, p. 649, que “tras la promulgación...de textos legales que,..., regulan también distintos aspectos relativos a la estructura interna de las sociedades cotizadas, los códigos suponen un paso más, que debe ser dado en este caso por las propias sociedades”.

<sup>188</sup> Los puntos esenciales de los principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades son: a) Protección de los derechos de los accionistas; b) Igualdad de trato de los accionistas; c)

En lo que a su contenido se refiere, el Código se centra en los órganos societarios propios del modelo dualista alemán, (Dirección y el Consejo de Vigilancia), dada la importancia que las funciones desarrolladas por estos órganos tienen para la sociedad. En relación a los mismos se recogen las dos recomendaciones más frecuentes en la mayoría de los textos del momento<sup>189</sup>:

1º. La creación de distintos comités en el seno del Consejo de Vigilancia (III.3). En concreto, el comité presidencial y de estrategia, comité contable y de auditoría, comité de personal, comité de elección y nombramientos, comité de riesgos de mercado y créditos y comité de mediación.

2º. La designación de consejeros independientes (aquellos que no estén vinculados con la empresa), para ocupar puestos en el Consejo de Vigilancia y en los distintos comités que se constituyan [III.1, b)].

El segundo de los Códigos mencionados, el Código alemán sobre Gobierno Corporativo (*German Code of Corporate Governance –GCCG-*), de junio de 2000, emitido por la *Berliner Initiativkreis*, tiene como objeto de

---

Publicidad y transparencia (I). Estas directrices de la OCDE sobre buen gobierno se dirigen fundamentalmente a las empresas de países que carecen de códigos propios.

<sup>189</sup> Además de estas dos medidas, el Código prevé otras relativas a la retribución de los miembros del *Vorstand* recomendando que se establezcan, como medio de incentivación y motivación de los mismos, sistemas de retribución variables vinculados a los resultados económicos y a la consecución de determinados objetivos (II.3); a la necesidad de una elección informada de los miembros del Consejo de Vigilancia por parte de la Junta, para lo cual se recomienda que en la lista de candidatos se especifiquen de forma detallada las características personales y profesionales de los mismos que justifiquen su aptitud para el desempeño del cargo [(III. 1, a)]; a las medidas de transparencia e información, tanto desde un punto de vista interno (en cuanto a los deberes y derechos de comunicación e información) como externo (en cuanto a la transmisión de esa información al mercado y a garantizar un trato igualitario entre los distintos tipos de accionistas e inversores) (II.2 y III. 2); y a las situaciones de conflictos de interés y autocontratación, a las que se presta particular atención (II. 4 y III. 4). En este sentido, los miembros de la Dirección no pueden perseguir intereses propios que sean contrarios al interés de la empresa y deberán informar al Consejo sobre los intereses personales que tengan en las operaciones de la sociedad, así como de los conflictos de intereses ocasionales. Están sometidos, además, a una prohibición de competencia. Los miembros del Consejo de Vigilancia, por su parte, deberán comunicar los conflictos de intereses al presidente o vicepresidente del Consejo, que decidirán. Tampoco ellos podrán perseguir intereses personales en sus decisiones.

mejorar la calidad en la dirección y en la supervisión (de la dirección) en las compañías alemanas.

De mayor importancia es, sin embargo, el conocido como Informe de la Comisión Baums -*Bericht der Reigerungskommission Corporate Governance*- publicado en julio de 2001<sup>190</sup>, elaborado a petición del Gobierno alemán con el objeto de analizar la situación del Derecho alemán de sociedades y, sobre esta base, proceder a una revisión del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas alemanas. En este Informe se proponen dos vías para acometer esa reforma: de un lado, resulta necesaria una reforma legal, y en este sentido, se proponen alrededor de ciento cincuenta recomendaciones de modificación de la legislación existente; y de otro, se considera conveniente que sea a través de un Código de buen gobierno y no vía legal, donde se establezca la regulación de distintos aspectos relativos al órgano de dirección y el Consejo de Vigilancia, a los accionistas e inversores, al capital social y aspectos financieros, a la información y publicidad, y la contabilidad y auditoría. El Gobierno alemán, siguiendo las conclusiones del Informe Baums, lleva a cabo la reforma del gobierno de la sociedad cotizada a través de dos vías complementarias. Por un lado, la reforma legal operada a través de la Ley de Transparencia y Publicidad de 19 de julio de 2002, antes citada. Por otro, la elaboración de un Código de buen gobierno, el *Deutscher Corporate Governance Kodex*, conocido como Código Cromme, de 6 de febrero de 2002<sup>191</sup>. El Código, como señala su preámbulo, tiene como objeto, fomentar la confianza de los inversores nacionales e internacionales, así como los intermediarios financieros en la dirección y control de las sociedades alemanas que cotizan en Bolsa. En él, se ponen de manifiesto disposiciones fundamentales para la dirección y el control de las compañías alemanas

---

<sup>190</sup> CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M., “Informe de la Comisión Europea <<Corporate Governance>> en Alemania. Gobierno y control societario”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 327 y ss.

<sup>191</sup> LUTTER, M., “Una introduzione al Codice tedesco di corporate governance”, *Riv. Soc.*, 2003, fasc. 1, pp. 231 y ss; SEIBT, C. H., “Deutscher Corporate Governance Kodex: Antworten auf Zweifelsfragender Praxis”, *A.G.*, 9, 2003, pp. 465 y ss.

cotizadas, con una finalidad: conseguir que el sistema alemán de gobierno empresarial sea transparente y comprensible. Con ello, se pretende, como decimos, fomentar la confianza de los inversores internacionales y nacionales, de los clientes, colaboradores y de la opinión pública en la dirección y el control de las sociedades anónimas alemanas cotizadas en bolsa. Y, en relación al sistema alemán de gestión dual, el Código contiene una serie de recomendaciones y sugerencias en torno a la Junta general, a la Junta directiva (o Dirección) y al Consejo de Vigilancia.

Además, este Código ha recibido un respaldo normativo en la Ley de Transparencia y Publicidad. En concreto, el art. 161 de la misma se establece el deber que recae sobre el Consejo de Vigilancia y el órgano de dirección de las sociedades cotizadas de hacer pública con carácter anual una declaración de cumplimiento de las recomendaciones del Código de gobierno societario o, en su defecto, una explicación de las causas que han motivado el incumplimiento<sup>192</sup>. Así, se contribuye a la flexibilización y autorregulación de las empresas alemanas. Por otro lado, junto a las recomendaciones el Código recoge también una serie de “sugerencias” cuyo incumplimiento no necesita ser comunicado. Este Código, de acuerdo con el espíritu con el que se elaboró, que es el de la revisión anual por la Comisión redactora, ha sido modificado, publicándose la nueva versión el 21 de mayo de 2003.

Para finalizar, decir que la *TransPuG* ha implementado sólo parcialmente las recomendaciones de la Comisión Baums. Proyectos de reforma adicionales del gobierno federal alemán se desprenden de un programa de 10 puntos formulado en el año 2003. Para 2004 se esperaba una

---

<sup>192</sup> Para SCHMIDT, “La reforma alemana...”, *op. cit.*, p. 30, la novedad más importante de esta Ley es este art. 161.

ley de reforma más amplia cuyo borrador estaba previsto para diciembre de 2003, pero se presentó en la primavera de 2004<sup>193</sup>.

Impulsos para más reformas provienen también del Derecho comunitario, es decir, de la europeización del Derecho de sociedades de capital, sobre todo después de la aprobación del Reglamento de la SE.

#### **E. NOTAS SOBRE EL DERECHO PORTUGUÉS<sup>194</sup>.**

Las sociedades anónimas portuguesas están reguladas en el *Código das Sociedades Comerciais (CSC)*, aprobado por Decreto-Lei nº. 262/86, de 2 de setembro<sup>195</sup>. En concreto, se dedica a este tipo social el Título V del Código y dentro del mismo el Capítulo VI regula la administración de estas sociedades, cuya característica fundamental radica en la posibilidad de variar la estructura de la administración, es decir, se admiten dos sistemas distintos de organizar la administración. En este sentido, el art. 278 del Código establece que la administración y la fiscalización de las sociedades anónimas portuguesas pueden ser estructuradas según una de estas dos modalidades:

---

<sup>193</sup> Proyecto de Ley para la integridad empresarial y modernización del derecho de impugnación (*Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts-UMAG*). Al respecto v., SEIBERT, U./SCHÜTZ, C., “Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)”, *Z.I.P.*, 2004, pp. 252 y ss; SCHÜTZ, C., “Neuerungen im Anfechtungsrecht durch den Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts”, *D.B.*, 2004, pp. 419 y ss; THÜMMEL, R. C., “Organhaftung nach dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) –Neue Risiken für Manager?”, *D.B.*, 2004, pp. 471 y ss.

<sup>194</sup> Para la elaboración de estas notas nos servimos fundamentalmente de la legislación vigente en la materia (Código de las Sociedades Comerciales) y seguimos las líneas fundamentales expuestas por COUTINHO DE ABREU, J.M., *Curso de Directo Comercial*, vol. II, 3ª edición, Alamedina, Coimbra, 2002.

<sup>195</sup> El Código ha sido modificado con posterioridad a través de las siguientes normas: DECRETO-LEI Nº 184/87, de 21 de Abril, ; DECRETO-LEI Nº 280/87, de 8 de Julho; DECRETO-LEI Nº 229-B/88, de 4 de Julho; DECRETO-LEI Nº 238/91, de 2 de Julho; DECRETO-LEI Nº 225/92, de 21 de Outubro; DECRETO-LEI Nº 20/93, de 26 de Janeiro; DECRETO-LEI Nº 328/95, de 09 de Dezembro; DECRETO-LEI Nº 257/96, de 31 de Dezembro; DECRETO-LEI nº 343/98, de 6 de novembro; DECRETO-LEI nº 36/2000, de 14 de março; DECRETO-LEI nº 237/2001, de 30 de agosto; DECRETO-LEI nº 162/2002, de 11 de julho.

- a) Consejo de administración y Consejo fiscal (arts. 390 a 423 A).
- b) Dirección, Consejo general y Revisor de cuentas ( arts. 424 a 446).

No obstante, en los casos previstos en la Ley el Consejo de administración o la Dirección podrán ser sustituidos por un solo administrador o Director<sup>196</sup> y en vez de Consejo fiscal un fiscal único. Además, en cualquier momento puede ser modificado el contrato para la adopción cualquiera de las posibilidades que admite este artículo.

Por lo que se refiere al Consejo de administración (arts. 390 a 412), está compuesto por un número impar de miembros, fijado en el contrato de sociedad, los cuales podrán no ser accionistas. Sin embargo, deben ser personas singulares con capacidad jurídica plena, aunque en caso de que una persona colectiva fuese designada administrador deberá designar, a su vez, una persona singular para ejercer el cargo (art. 390). En cualquier caso, los administradores pueden ser designados en el contrato de sociedad o elegidos por la Asamblea general o constitutiva (art. 391) a quien, por otro lado, compete su destitución (art. 403).

En cuanto a las competencias corresponden al Consejo de administración, por un lado, es tarea del Consejo dirigir las actividades de la sociedad debiendo subordinarse a las deliberaciones de los accionistas o a las intervenciones del Consejo fiscal en los casos en que la Ley o el contrato de sociedad lo determinen. Y, por otro, la representación de la sociedad (art.

---

<sup>196</sup> A estos supuestos se refieren los arts. 390 (la sociedad puede tener un solo administrador cuando su capital no exceda de 30000 contos) y 424 (la sociedad puede tener un único Director cuando su capital sea inferior a 20000 contos). Ambos preceptos han sido modificados por el DECRETO-LEI nº 343/98, de 6 de noviembre, en virtud del cual el art. 390 queda con la siguiente redacción: “O contrato de sociedade pode dispor que a sociedade tenha um só administrador, desde que o capital social não exceda 200 000 euros; aplicam-se ao administrador único as disposições relativas ao conselho de administração que não pressuponham a pluralidade de administradores”. Y el art. 424 con la que sigue: “ O contrato de sociedade deve fixar o número de directores, mas a sociedade só pode ter um único director quando o seu capital não exceda 200 000 euros”.

405). A su vez, dentro de los poderes de gestión o dirección compete al Consejo, de acuerdo con el art. 406:

- a) Elegir a su presidente.
- b) La cooptación de los administradores.
- c) Solicitar la convocatoria de la Asamblea general.
- d) La relación de las cuentas anuales.
- e) Adquirir, alienar y gravar de bienes inmuebles.
- f) Prestación de cauciones y garantías personales o reales por la sociedad.
- g) Apertura o cierre de establecimientos o de partes importantes de estos.
- h) Extensión o reducción importante de actividades de la sociedad.
- i) Modificaciones importantes en la organización de la empresa.
- j) Establecimiento o cesación de cooperación duradera e importante con otras empresas.
- l) Cambio de sede y aumentos de capital
- m) Proyectos de fusión, de escisión y de transformación de sociedades.
- n) Cualquier otro asunto sobre el cual algún administrador requiera la deliberación del Consejo.

Además, y para agilizar el desarrollo de sus funciones, salvo que el contrato de sociedad lo prohíba, el Consejo de administración puede encargar o encomendar a algún o algunos administradores que se ocupen de ciertas materias de la administración (excluidas las recogidas en las letras a) a m) del artículo anterior) y sin eliminar la competencia normal de los otros administradores o del Consejo ni la responsabilidad de aquellos en los términos legales (art. 407, 1 y 2).

Por otro lado, pero en la misma línea, el contrato de sociedad puede autorizar al Consejo para delegar en uno o más administradores o en una Comisión ejecutiva (formada por un número impar de miembros) la gestión corriente de la sociedad. La deliberación del Consejo debe fijar los límites de la delegación, en la cual no podrán ser incluidas las materias previstas en las letras a) a d), j), l) y m) del art. 406. En caso de que se cree una Comisión

ejecutiva deberá establecer la composición y el modo de funcionar de ésta. No obstante, la delegación no excluye la competencia del Consejo para resolver sobre los mismos asuntos, ni la responsabilidad de los demás administradores por la vigilancia general de la actuación de los administradores delegados o de la Comisión ejecutiva. De esta manera, son responsables por los perjuicios causados por los actos u omisiones de estos, cuando teniendo conocimiento de tales actos u omisiones no provoquen la intervención del Consejo para tomar las medidas oportunas (art. 407, 3, 4 y 5).

Los poderes de representación del Consejo de administración son ejercidos conjuntamente por los administradores, quedando la sociedad vinculada por los negocios jurídicos concluidos por la mayoría de los administradores o por ellos ratificados, o por un número menor de éstos fijado en el contrato de sociedad. No obstante, el contrato de sociedad puede disponer que ésta quede también vinculada por los negocios celebrados por uno o más administradores delegados dentro de los límites de la delegación (art. 408).

Los actos realizados por los administradores, en nombre de la sociedad y dentro de los poderes que la ley les confiere, la vinculan para con terceros, no obstante las limitaciones que consten en el contrato o resultantes de deliberaciones de los accionistas, lo mismo que si tales limitaciones están publicadas. La sociedad puede, en tanto, oponer a terceros las limitaciones de poderes resultantes de su objeto social, si prueba que el tercero sabía o no podía ignorar que el acto practicado no respetaba esa cláusula y si, entre tanto, la sociedad no lo asume, por deliberación expresa o tácita de los accionistas (art. 409).

Finalmente, en relación al Consejo de administración decir que se reúne siempre que sea convocado por el presidente o por otros de los administradores, y debe reunirse, por lo menos una vez cada mes, salvo disposición diversa del contrato de sociedad (art. 410).

La fiscalización (Sección II, arts. 413 a 423 A) de la sociedad compete a un fiscal único o a un Consejo fiscal (compuesto por tres miembros aunque el contrato de sociedad puede aumentar ese número a cinco) (art. 413).

El fiscal único o, en caso de existencia de Consejo fiscal, un miembro efectivo del mismo, tienen que ser revisores oficiales de cuentas o sociedades de revisores oficiales de cuentas y no podrán ser accionistas. Los demás miembros del Consejo fiscal pueden no ser accionistas, pero deben ser personas singulares con capacidad jurídica plena, excepto si fueran sociedades de abogados o sociedades de revisores oficiales de cuentas (art. 414).

Los miembros efectivos del Consejo fiscal y el fiscal único son elegidos (y destituidos) por la Asamblea general, pudiendo la primera designación ser hecha en el contrato de sociedad o por la Asamblea constitutiva, por el período establecido en el contrato de sociedad, nunca superior a cuatro años, siendo reelegibles. (arts. 415 y 419).

Compete al fiscal único o al Consejo fiscal (art. 420):

- a) Fiscalizar la administración de la sociedad.
- b) Vigiar la observancia de la ley y del contrato de sociedad.
- c) Verificar la regularidad de los libros, registros contables y documentos que le sirven de soporte.
- d) Verificar, cuando lo juzgue conveniente, la extensión de la caja de las existencias de cualquier especie de los bienes o valores pertenecientes a la sociedad o por los recibidos en garantía, depósito u otro título.
- e) Verificar la exactitud del balance y la demostración de los resultados.
- f) Verificar si los criterios de valoración adaptados por la sociedad conducen a una correcta estimación o valoración del patrimonio y de los resultados.
- g) Elaborar anualmente la relación sobre su acción fiscalizadora y dar su parecer sobre la misma, las cuentas y propuestas presentadas por la administración.
- h) Convocar la asamblea general, cuando el presidente de la respectiva mesa no lo haga, debiendo hacerlo.

i) Cumplir las demás atribuciones que consten en la ley o en el contrato de sociedad.

El fiscal único o cualquier miembro del Consejo fiscal debe proceder, conjunta o separadamente y en cualquier época del año, a todos los actos de verificación e inspección que considere convenientes para el cumplimiento de sus obligaciones de fiscalización. El revisor oficial de cuentas miembro del Consejo fiscal tiene el deber de proceder a todos los exámenes y verificaciones necesarios, a la revisión y certificación legales de las cuentas, en los términos previstos en ley, y los demás deberes especiales que esta ley le imponga (art. 420), como lo es el deber de vigilancia que el impone el art. 420 A.

Para el desempeño de sus funciones, puede el fiscal, único o cualquier miembro del Consejo fiscal, conjunta o separadamente (art. 421):

- a) Obtener de la administración la presentación, para examen y verificación, de los libros, registros y documentos de la sociedad, así como verificar las existencias de cualquier clase de valores, dinero, títulos y mercaderías.
- b) Obtener de la administración o de cualquiera de los administradores información sobre el curso de las operaciones o actividades de la sociedad o sobre cualquiera de sus negocios.
- c) Obtener de terceros que hayan realizado operaciones por cuenta de la sociedad las informaciones que necesite para el esclarecimiento de las mismas.
- d) Asistir a las reuniones de la administración, siempre que lo considere conveniente

El fiscal único o los miembros del Consejo fiscal tienen el deber de:

- a) Participar en las reuniones del Consejo y asistir a las asambleas generales y a las reuniones de la administración para que el presidente de la misma los convoque o en que se aprecien las cuentas del ejercicio.
- b) Ejercer una fiscalización consciente e imparcial.

- c) Guardar secreto de los hechos e informaciones de que tuvieren conocimiento en razón de sus funciones.
- d) Dar conocimiento a la administración de las verificaciones, fiscalizaciones y diligencias que hayan hecho o del resultado de las mismas.
- e) Informar, en la primera asamblea que tenga lugar, de todas las irregularidades e inexactitudes por ellos verificadas y de los esclarecimientos de que necesitaran para el desempeño de sus funciones (art. 422).

El Consejo fiscal debe reunirse, por lo menos, todos los trimestres y sus deliberaciones se toman por mayoría (art. 423).

El que acabamos de exponer es uno de los sistemas posibles de organizar la administración de las sociedades anónimas portuguesas. El otro sistema es el que se basa en la existencia de una Dirección, un Consejo general y el revisor oficial de cuentas.

La Dirección (arts. 424 a 445) se compone por un número impar de directores, no superior a cinco, los cuales serán designados en el contrato de sociedad o por el Consejo general. Los directores pueden no ser accionistas (arts. 424 y 425). La destitución compete igualmente al Consejo general (art. 430).

Corresponde a la Dirección dirigir las actividades de la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 442. 1. Del mismo modo, la Dirección tiene amplios poderes de representación de la sociedad frente a terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 441, c). A los poderes de gestión y de representación de los directores resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 406 a 409, con las modificaciones impuestas por la competencia atribuida en la ley al Consejo general.

Por lo que se refiere a las relaciones entre la Dirección y el Consejo general, el art. 432 establece una obligación de comunicación de la Dirección al Consejo que tiene como contenido la política de gestión (anualmente), la situación de la sociedad y la evolución de los negocios (trimestralmente), y, la

relación completa de la gestión relativa al ejercicio anterior (en el tiempo determinado por la Ley). De la misma manera, la Dirección debe informar al presidente del Consejo general, en tiempo útil, sobre cualquier negocio que pueda tener influencia en la rentabilidad o liquidez de la sociedad, y de manera general, sobre cualquier situación anormal o importante.

Además de la fiscalización ejercida por la Comisión a que se refiere el art. 444, 2, el presidente del Consejo general puede exigir de la Dirección las informaciones que entienda convenientes o que le sean solicitadas por otros miembros del Consejo.

El Consejo general (Sección IV, arts. 434 a 445), por su parte, está compuesto por un número impar de miembros, a fijar en el contrato de la sociedad, pero debe ser siempre superior al número de directores y no superior a quince. Además, deben ser accionistas (art. 434). Los miembros del Consejo general serán designados en el contrato de sociedad o elegidos por la Asamblea general o constitutiva (art. 435). No podrá ser designado miembro del Consejo general aquel que sea Director de la sociedad o miembro del órgano de administración (art. 437).

Compete al Consejo general (art. 441):

- a) Nombrar y destituir a los directores.
- b) Designar al director que servirá de presidente y destituirlo.
- c) Representar a la sociedad en las relaciones con los directores.
- d) Fiscalizar las actividades de la dirección.
- e) Verificar, cuando lo juzgue conveniente, la regularidad de los libros, registros contables y los documentos que les sirven de soporte.
- f) Aprobar la relación de las cuentas elaboradas por la dirección.
- g) Elaborar anualmente una relación sobre su actividad y presentarlo a la Asamblea general.
- h) Conceder o negar el consentimiento para la transmisión de acciones, cuando este fuera exigido por el contrato.

- i) Convocar la asamblea general, cuando lo entienda conveniente;
- j) Ejercer las demás funciones que le sean atribuidas por ley o por el contrato.

El Consejo general no tiene poderes de gestión pero la Ley, el contrato de sociedad o el propio Consejo pueden establecer que la Dirección debe obtener el previo consentimiento del Consejo general para realizar determinadas categorías de actos (art. 442). En las relaciones de la sociedad con sus directores la sociedad es obligada por los dos socios por éste designados (art. 443).

Por otro lado, el Consejo general puede nombrar, de entre sus miembros, una o más Comisiones para preparar sus deliberaciones o para fiscalizar su ejecución. En el primer mes después de su elección, el Consejo debe nombrar una Comisión especialmente encargada de ejercer permanentemente las funciones de fiscalización de la Dirección previstas en el art. 441 (art. 444). El Consejo se debe reunir por lo menos una vez al trimestre (art. 445).

En las sociedades con la estructura a que se refiere la letra b) del n° 1 del art. 278 (que estudiamos en este momento), la Asamblea general debe designar un revisor oficial de cuentas o una sociedad de revisores oficiales de cuentas para proceder al examen de las cuentas de la sociedad. A estos se les aplica lo dispuesto en los arts. 414, 416 y 419. Además, el revisor oficial de cuentas designado tiene los poderes y deberes atribuidos por la ley al Consejo fiscal y a sus miembros (art. 446).

Finalmente, la Sección VII (arts. 446 A a 446 F) se refiere a otra figura, el Secretario de la Sociedad, que debe ser designado sólo en las sociedades cotizadas. El secretario será designado por los socios fundadores en el acto de constitución de la sociedad, por el Consejo de administración, o por la Dirección (art. 446 A). Además de las funciones establecidas en el contrato social, corresponde al secretario de la sociedad (art. 446 B):

- a) Intervenir, en cuanto secretario, en las reuniones de la asamblea general, de la administración, de la Dirección y del Consejo general.
- b) Elaborar las actas y firmarlas conjuntamente con los miembros de los órganos sociales y el presidente de la mesa de la asamblea general, cuando se trate de ésta.
- c) Conservar, guardar y mantener en orden los libros y hojas de actas, las listas de presencias, el libro de registro de acciones, así como el expediente relativo a los mismos.
- d) Proceder a la expedición de las convocatorias legales para las reuniones de todos los órganos sociales.
- e) Certificar las firmas de los miembros de los órganos sociales incluidas en los documentos de la sociedad.
- f) Certificar que todas las copias o transcripciones extraídas de los libros de la sociedad o de los documentos archivados son verdaderas, completas y actuales.
- g) Satisfacer, en el ámbito de su competencia, las solicitudes formuladas por los accionistas en el ejercicio de su derecho de información.
- h) Certificar el contenido, total o parcial, del contrato de sociedad en vigor, así como la identidad de los miembros de los diversos órganos de la sociedad y los poderes de los que son titulares.
- i) Certificar las copias actualizadas de los estatutos, de las deliberaciones de los socios y de la administración y de los asientos en vigor que consten de los libros sociales, así como asegurar que sean entregadas o enviadas a los titulares de acciones que las hayan requerido y que hayan pagado el respectivo coste.
- j) Autenticar con a su firma toda la documentación sometida a la asamblea general y la referida en las respectivas actas.
- l) Requerir la inscripción en el registro comercial de los actos sociales a ellos sujetos.

Las sociedades anónimas en las que no se verifique el requisito previsto en el art. 446 A, nº 1, así como las sociedades por cuotas pueden designar también un secretario de la sociedad (art. 446 D).

Añadir que el secretario es responsable civil y penalmente por los actos que realice en el ejercicio de sus funciones (art. 446 F).

Para finalizar con estas breves notas relativas al Derecho de sociedades portugués comentar que, a través del Decreto-Ley nº 2/2005, de 4 de enero de 2005, se ha aprobado el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas Europeas (*Decreto-Lei nº 2/2005 de 4 de Janeiro de 2005, Aprova o Regime Jurídico das Sociedades Anónimas Europeias*). El Decreto citado contiene, por un lado, las modificaciones que se han producido, como consecuencia del mismo en el Ordenamiento portugués, y, por otro el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas Europeas, que se aplica, como pone de relieve el art. 1 del mismo: “1 – (...) às sociedades anónimas europeias com sede em Portugal e à constituição de sociedades anónimas europeias em que estejam envolvidas sociedades reguladas pelo direito interno português, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - As sociedades anónimas europeias com sede em Portugal regem-se pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro, pelas estipulações dos respectivos estatutos em tudo o que por aquele for expressamente autorizado, pelo presente diploma e, subsidiariamente, pela legislação nacional que regula as sociedades anónimas, a qual, designadamente, é aplicável no que respeita à estrutura, à orgânica, ao funcionamento e à extinção da sociedade, à designação, competência, responsabilidade e cessação de funções dos titulares dos órgãos sociais, e às alterações do contrato de sociedade”

El *corporate governance* en Portugal. Corresponde en este punto el estudio del texto aprobado por el *Conselho Directivo de la Comissao do Mercado de Valores Mobiliários* en 1999, donde se recogen las *Recomendações Sobre Governo Das Sociedades Cotadas*<sup>197</sup> y con el que se pretende aportar al contexto nacional (portugués) una reflexión relativa al gobierno de las sociedades cotizadas a través de la presentación de un conjunto de recomendaciones. Recomendaciones que están adaptadas al contexto jurídico y del mercado de Portugal y que, aunque se centren en las sociedades cotizadas, también pueden ser adoptadas por las sociedades no cotizadas.

Antes de entrar en las Recomendaciones, y al igual que ocurre en otros países, se recomienda que las sociedades incluyan en su informe anual de gestión una mención relativa a la adopción o al grado de adopción de las recomendaciones con su respectiva fundamentación<sup>198</sup>.

Centrándonos en el contenido del documento que analizamos, existe un primer grupo de recomendaciones relativas a la “Divulgación de información” (Recomendaciones 1 a 7). Las recomendaciones en él contenidas se refieren a la divulgación de información sobre el reparto de competencias entre los órganos y departamentos o divisiones de la sociedades en el marco del proceso de decisión empresarial; sobre las funciones efectivamente desempeñadas por cada uno de los miembros del órgano de administración y directores de la sociedad, así como sobre los cargos que éstos desempeñan en otras

---

<sup>197</sup> Traducido por MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “Recomendaciones de la CNMV sobre el gobierno de las sociedades cotizadas. Portugal, 1999”, *R.d.S.*, n.º. 14, 2000, pp. 547 y ss.

<sup>198</sup> Dos años después de la entrada en vigor de las Recomendaciones sobre el Gobierno de las Sociedades Cotizadas, la CNMV portuguesa considera que ha llegado el momento de imponer a las sociedades cotizadas el deber de divulgar el grado de adopción de las Recomendaciones aprobadas en 1999. En definitiva, se trata de divulgar determinados aspectos relacionados con el gobierno societario con la finalidad de que el mercado pueda juzgar las opciones tomadas. En este sentido, se aprobó el *Regulamento da CNMV n.º 07/2001* sobre Gobierno de las Sociedades Cotizadas, que ha sido modificado posteriormente por el *Regulamento da CNMV n.º 11/2003*, de alteración del Reglamento 07/2001 y del Reglamento 11/2000.

sociedades; sobre el comportamiento bursátil de las acciones; sobre la política de distribución de dividendos; y sobre los acuerdos parasociales relativos al ejercicio de los derechos sociales o a la transmisibilidad de las acciones. Establecidas las recomendaciones en cuanto al contenido de la información que debe darse a conocer, que debe divulgarse, las dos últimas de este apartado se refieren a cómo debe hacerse, a como debe llevarse a cabo esa divulgación de información. La recomendación sexta aboga por el uso de las nuevas tecnologías en la divulgación de la información y la séptima por la creación de un gabinete de apoyo al inversor.

El segundo grupo de recomendaciones se refieren al “Ejercicio del derecho de voto y representación de los accionistas” (Recomendaciones 8 y 9), mientras que el tercero se refiere a los “Inversores Institucionales” (Recomendaciones 10 y 11), proponiendo medidas destinadas a garantizar la actuación diligente y responsable de los mismos en el ejercicio de los derechos que les corresponden, sobre todo, en el caso de los derechos de información y de voto.

El cuarto grupo de recomendaciones se refiere a las “Reglas societarias” (Recomendación 12), destinadas a regular situaciones de conflicto de intereses entre los miembros del órgano de administración y la sociedad y las principales obligaciones resultantes de los deberes de diligencia, lealtad y confidencialidad de los miembros del órgano de administración, sobre todo en lo que respecta a la prevención de utilización indebida de oportunidades de negocio y bienes societarios. En cualquier caso, se impone el respeto de los intereses de la sociedad y de sus accionistas.

Finalmente, el último grupo, el quinto, recoge una serie de recomendaciones relativas a la “Estructura y funcionamiento del órgano de administración” (Recomendaciones 14 a 17). Entre estas recomendaciones destacan dos que son comunes en la mayoría de los Códigos, al menos de los estudiados:

1<sup>a</sup>. La relativa a la inclusión en el órgano de administración de uno o más administradores independientes al objeto de maximizar la consecución de los intereses de la sociedad, que deben ejercer una influencia significativa en la toma de decisiones colegiadas y contribuir al desarrollo de la estrategia de la sociedad a favor de la consecución de los intereses de la misma (Recomendación 15).

2<sup>a</sup>. La relativa a la creación por el órgano de administración de Comisiones de control internas con competencias en materias en las que pudieran darse situaciones de conflictos de interés, tales como nombramiento de Directores y gestores, análisis de la política de remuneraciones y la auditoría de la estructura y gobierno societario. No obstante, no es necesaria la creación de una Comisión diferente con atribuciones para cada una de las cuestiones señaladas. Tampoco es recomendable, sin embargo, la unificación de todas las responsabilidades en una sola Comisión. Por regla general, la función de estas Comisiones debe ser informativa y consultiva. Es decir, colaboran, ayudan, pero no sustituyen al órgano de administración (Recomendación 16).

Al margen de lo dicho, el órgano de administración debe estar compuesto por una pluralidad de miembros que ejerzan una función orientativa de la gestión de la sociedad a sus Directores y gestores, reservando para sí mismo las decisiones más relevantes. A este fin debe: tener una composición adecuada, reunirse regularmente, estar debidamente informado y asegurar la supervisión de la gestión de la sociedad (Recomendación 14).

Finalmente, en caso de creación de una Comisión ejecutiva, su composición debe reflejar el equilibrio existente en el órgano de administración entre los administradores vinculados a accionistas dominantes y los administradores independientes. La relación entre el órgano de administración y la Comisión ejecutiva debe basarse en el principio de transparencia de manera que el órgano de administración esté informado en

todo momento de las materias debatidas y de las decisiones tomadas por la Comisión (Recomendación 16).

Con posterioridad, en el año 2003, se ha producido una “reelaboración” de estas Recomendaciones por la CNMV portuguesa debido, fundamentalmente, a la evolución de las mismas. Dentro del apartado relativo a las “Reglas societarias”, destaca la Recomendación relativa a la creación, dentro de las sociedades de un sistema interno de control, para la detección de los riesgos ligados a la actividad de la empresa, en beneficio tanto del patrimonio social como de la transparencia de su gobierno societario.

En relación al órgano de administración, se insiste, entre otras, en las siguientes Recomendaciones. Por un lado, se recomienda al órgano de administración la inclusión por lo menos de un miembro que no esté asociado a grupos de intereses específicos, comúnmente designado como independiente. Por otro lado, el órgano de administración debe crear Comisiones de control interno. Además, existen otras dos Recomendaciones relativas a la remuneración de los miembros del órgano de administración y otra sobre la atribución de acciones u opciones sobre acciones.

## **E. CONCLUSIONES.**

El examen de la organización de la administración de las sociedades anónimas en el Derecho comparado pone de relieve que, no obstante la diversidad de los distintos ordenamientos estudiados, la sociedad anónima y, en concreto, su administración presentan problemas comunes en todos los países frente a cuales se han adoptado soluciones que, hasta cierto punto, podemos decir que son unánimes. De esta manera, todos los ordenamientos examinados muestran interés por responder de manera adecuada a las necesidades de una eficaz gestión de la sociedad, por lo que en todos ellos la organización de la administración de las sociedades anónimas se regula en todos los países de acuerdo con los mismos principios: el especialidad y el de

jerarquía a los que hay que unir el de unidad del proceso de gestión. Es lógico, por otro lado, que dentro de estos caracteres comunes las fórmulas articuladas en los distintos países para alcanzar el citado objetivo son, como hemos podido comprobar, diferentes aunque todos ellos

En cualquier caso, está claro que las sociedades anónimas de los distintos países se han ido acomodando a las necesidades impuestas por el tráfico.

### **III. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. PLANTEAMIENTO GENERAL.**

La regulación de las sociedades anónimas está recogida en la actualidad en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuyo Capítulo V, sección 3<sup>a</sup> se dedica a los administradores. No obstante, antes de entrar a estudiar su contenido es necesario establecer las líneas generales de la legislación que la precede como medio que permite, entre otros extremos, la más correcta interpretación de la misma<sup>199</sup>.

#### **A. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 Y LEYES POSTERIORES<sup>200</sup>.**

Son rasgos destacables del Código de 1829 en relación a las sociedades anónimas: 1º. La exigencia, como requisito inexcusable para la creación de este tipo de sociedades de autorización judicial. En concreto, el Código

---

<sup>199</sup> En los tres primeros apartados (A, B, C), se siguen las líneas fundamentales de la exposición realizada, bajo la vigencia de la anterior LSA, por CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, 99 y ss y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

<sup>200</sup> Aunque al tratar la evolución histórica de la sociedad anónima se hicieron referencias a los hitos más importantes de la misma en Derecho español, es conveniente tratar el proceso de la evolución de la legislación española en la materia, aunque de forma resumida.

distinguía entre sociedades que hubieran de disfrutar de algún privilegio, que precisaban de aprobación real de sus reglamentos, y todas las demás, para las que hacía falta el examen y aprobación de su escritura y reglamentos por los Tribunales de Comercio<sup>201</sup>.

2º. La parquedad y escasez del Código en cuanto a la regulación de la organización de las sociedades, como, por otro lado ocurre con la mayoría de los textos comparados de la época. En este sentido, el Código se limitó a calificar a los administradores como mandatarios de la sociedad, de cuyo gobierno y dirección se encargaban, como disponía el art. 265, párrafo 2º <sup>202</sup>, siendo los reglamentos a los que se refería el art. 293 los que regulaban con más detalle las cuestiones relativas a la administración de la sociedad.

El régimen de libertad (en relación con la situación anterior) que estableció el Código de Sainz de Andino sufrió, sin embargo, un retroceso en los años posteriores dados los abusos que se cometieron a través de las sociedades anónimas, y a los que nos hemos referido en otras líneas de este trabajo<sup>203</sup>. Ello determinó un incremento de la intervención del Estado que fue definitivamente establecida por la Ley de 28 de enero de 1948 (desarrollada por un Reglamento de 17 de febrero), en virtud de la cual se reestablece el viejo sistema de autorización por Ley o Decreto para la constitución de compañías mercantiles cuyo capital, en todo o en parte, estuviese dividido en acciones (art. 1 de la Ley). La intervención del Estado recaerá, entre otros aspectos, sobre el régimen de administración de las sociedades y, en concreto, sobre la actuación de los administradores. Por ello, en los Estatutos debía

---

<sup>201</sup> El art. 293 del Código disponía que “es condición particular de las Compañías Anónimas que las escrituras y todos los reglamentos que han de regir para su administración y mando directivo y económico se han de sujetar al examen del Juzgado de Primera Instancia del Partido en donde se establezcan y sin aprobación no podrán llevarse a efecto”.

<sup>202</sup> Al definirse la sociedad anónima se indica en el citado artículo que “su manejo se encargaba a mandatarios o administradores a voluntad por los socios”. El nombramiento de estos administradores se realizaba en la forma prevista por los reglamentos y sólo respondían del buen desempeño de las funciones que, según estos mismos reglamentos, estuviesen a su cargo (art. 277)

<sup>203</sup> Parte Primera, Capítulo I, I, A.

constar necesariamente el régimen administrativo de la compañía y las atribuciones de los administradores y de los que tuviesen a su cargo la inspección de las operaciones de administración (art. 1 n<sup>o</sup> 9 y 10 del Reglamento).Correspondía al Jefe político examinar si las medidas adoptadas en los Estatutos en la materia indicada ofrecían las “garantías morales que son indispensables para el crédito de la empresa y la seguridad de los intereses del público y de los accionistas” (art. 13 del Reglamento). Además, este control se prolongaba desde el nacimiento hasta la desaparición de la sociedad.

Este régimen intervencionista se mantuvo hasta el año 1868 cuando fue derogado por Decreto-Ley de 28 de noviembre, por considerarse que el remedio frente a posibles abusos se encontraba en la libertad y en la organización, y no en la intervención del Estado. Por ello se reinstauró el régimen del Código de Comercio hasta la promulgación de la Ley de 19 de octubre de 1869 sobre “Libertad de Bancos y Sociedades” en la que apenas si hay normas que regulan la sociedad y, dentro de ella, su administración. Destacan en este sentido, el art. 2 que declaraba la libertad para recoger en los Estatutos y Reglamentos los pactos o reglas que estimasen convenientes para su régimen y administración y el art. 12 que regulaba la posibilidad de exigir responsabilidades a los mandatarios por el uso que los mismos hicieran de sus facultades.

Como podemos comprobar ni el Código de Comercio ni las leyes posteriores contienen referencia alguna a la delegación de facultades. Dos son los motivos de esta omisión según el profesor IGLESIAS PRADA. Sostiene el citado autor que “no es de extrañar, sin embargo, semejante situación, ya que, siendo la delegación de facultades una figura generada en el tráfico para agilizar el desarrollo de las funciones de administración confiadas al Consejo, resulta lógico pensar que la existencia de éste es previa al planteamiento de la necesidad de unos delegados. Al mismo tiempo, debe considerarse que la actividad encomendada a los administradores de las sociedades anónimas de la

época, debido a las reducidas dimensiones de las empresas que desarrollaban, no podía experimentar tal necesidad”<sup>204</sup>. Estas mismas circunstancias sirven también para justificar el mantenimiento de criterios similares en la legislación posterior.

## **B. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885.**

En la misma línea de la Ley anterior se sitúa el Código de Comercio de 1885 cuya regulación de las sociedades anónimas fue, ante todo, muy incompleta. Se mantiene la no exigencia de autorización gubernativa o judicial para la constitución de las sociedades, pero “el codificador español, exagerando el principio liberal proclamado por la Ley de 1868, llegó a la conclusión de que la mejor manera de respetar la espontaneidad y libertad de las sociedades anónimas era abstenerse de su formación global”<sup>205</sup>. Está de acuerdo toda la doctrina en la crítica a este Código dado que el sistema establecido por el mismo era inadecuado e impropio, por la escasez de normas sobre sociedades anónimas y su pobreza reglamentadora<sup>206</sup>. Destacan entre los escasos preceptos dedicados a la administración de la sociedad: los arts. 122 y 156, en los que se calificaba a los administradores como mandatarios amovibles; y los arts. 155 y 156, en virtud de los cuales el nombramiento de los administradores correspondía a los socios, siendo responsables frente a la sociedad y frente a los accionistas del cumplimiento de sus obligaciones como mandatarios y como encargados de cumplir la Ley y los Estatutos. Como se puede comprobar el Código se centró más en la regulación del sistema de nombramiento y el establecimiento de un sistema de responsabilidad de los administradores, pero no se detiene en la configuración del órgano de administración.

---

<sup>204</sup> *Administración y delegación...*, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

<sup>205</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>206</sup> Entre otros, GARRIGUES, *Curso...*, t. I. *op. cit.*, p.339.

Ante esta insuficiencia en la regulación legal existente sobre las sociedades anónimas, la práctica fue ensayando una serie de elementos sobre los que ésta se fue organizando, elementos que después fueron sancionados por las leyes. Así, era habitual en la mayoría de las sociedades la existencia de un Consejo de administración integrado por varios miembros y al que se le atribuían el carácter y las facultades que tradicionalmente habían adornado al órgano de administración en general<sup>207</sup>. Eran los estatutos los que completaban el régimen del Consejo. Al lado del Consejo, órgano colegiado, aparecían una serie de figuras a las que se encargaba, por delegación, la gestión diaria de la sociedad. Eran los llamados Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas o Comités de dirección, Directores generales, etc.<sup>208</sup>. Destacan como rasgos propios de estas figuras en este momento: 1º. Que su nombramiento, su revocación y la determinación de sus facultades eran, por regla general, competencia del Consejo. Menos frecuente aunque posible era, sin embargo, el nombramiento por la Junta general. 2º. Que sus atribuciones se centraban en los asuntos corrientes de la gestión y en la vigilancia, control y dirección del personal de la empresa. Por el contrario, correspondía al Consejo la dirección de los asuntos de mayor entidad e importancia y la vigilancia de los delegados<sup>209</sup>.

Esta situación de hecho es reconocida por primera vez en el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de diciembre de 1919, cuyo art. 122, nº 12 se refiere tanto a la figura del Consejero delegado como a la del Director general (la diferencia fundamental entre ellos radicaba en el hecho de que los delegados debían ser miembros del Consejo de administración y los

---

<sup>207</sup> Señala GARRIGUES, *Tratado...*, t. I, vol. 2, *op. cit.*, p. 1049, que la existencia de un Consejo de administración suponía trasladar a este órgano el carácter y las facultades que en otro caso corresponderían a los administradores aislados.

<sup>208</sup> La existencia de estas figuras en la práctica de las sociedades anónimas españolas es constatada por la doctrina. Entre otros, GARRIGUES, *Tratado...*, t. I, vol. 2, *op. cit.*, p. 1054, y LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil español*, t. I, Bosch, Barcelona, 1950, p. 509.

<sup>209</sup> GARRIGUES, *Tratado...*, t. I. vol. 2, *op. cit.*, p. 1065.

Directores no<sup>210</sup>). No obstante, existen diferencias con relación a su configuración actual derivadas, sobre todo, de la consideración de los mismos como “mandatarios sustitutos”<sup>211</sup>, dada la relación de mandato que mediaba entre la sociedad y los administradores<sup>212</sup>. Por ello les eran aplicables las normas del Código Civil y del Código de Comercio sobre delegación en el mandato y sobre delegación en la Comisión, teniendo en cuenta las especiales características de las sociedades anónimas.

Dada la situación, en la práctica gran parte de las cuestiones relativas a la delegación eran establecidas en los Reglamentos de régimen interior, que tenían por objeto la aplicación de los estatutos en materia de organización, de los que se dotaban los Consejos de administración de las grandes sociedades del momento.

Con posterioridad, otros preceptos legales se refirieron a la existencia en el tráfico de las figuras citadas. Así, el art. 1 del Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1928 sobre intervención del Estado en las compañías y empresas concesionarias de servicios públicos; el art. 1 de la Ley de 25 de agosto de 1939 sobre sumisión a la aprobación del Gobierno del nombramiento de consejeros, Directores y gerentes de sociedades anónimas, y el art. 2 del Decreto de 14 de marzo de 1942 relativo a las incompatibilidades entre el ejercicio de la profesión militar y las actividades públicas de carácter comercial, industrial o profesional. A su lado, por otra parte, hay que señalar la serie de disposiciones legales dictadas a partir del año 1940 sobre participación del Estado en determinadas sociedades o nacionalización de determinados servicios. En este sentido, la Orden de 5 de septiembre de 1941 que aprueba los estatutos sociales de “Iberia, S.A.”, y el Decreto de 22 de enero de 1942 que aprueba el reglamento provisional del I.N.I..

---

<sup>210</sup> GARRIGUES, *Tratado...*, t. I. vol. 2, *op. cit.*, p. 1055.

<sup>211</sup> GARRIGUES, *Tratado...*, t. I., vol. 2, *op. cit.*, p. 1054 y LANGLE RUBIO, *Manual...*, t. 1, *op. cit.*, p. 590.

<sup>212</sup> Sobre este punto, GARRIGUES, *Tratado...*, t. I., vol. 2, *op. cit.*, pp. 1035 y ss.

### **C. LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.**

En el s. XX gran parte de las ideas que habían regido en los años precedentes entran en crisis y desaparecen. Es destacable, en este sentido, la nueva tendencia dirigida a recortar los poderes del Junta a favor del órgano de administración. Con ello se pone fin al soñado y nunca alcanzado deseo de democratizar la sociedad anónima. Más bien al contrario, se produce el retorno a la concepción aristocrática de este tipo social, con primacía de los grandes accionistas que ostentan la administración de la sociedad.

Bajo estas influencias se promulgarán diversas leyes especiales sobre sociedades anónimas, como lo es la Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas<sup>213</sup>, la cual estuvo precedida de un amplio movimiento de reforma que, si bien surgió poco después de la promulgación del Código de Comercio, se intensificó en lo que se refiere a las sociedades anónimas a principios del s. XX con una serie de proyectos de leyes de sociedades anónimas<sup>214</sup>, nacidos por la necesidad manifestada repetidamente por la doctrina<sup>215</sup> de dotar a la sociedad anónima de un régimen jurídico adecuado pero ninguno de los cuales llegó a convertirse en realidad. Paralelamente, se dictaron algunas disposiciones legales que fueron completando la regulación que el Código contenía sobre las sociedades anónimas, y que, lógicamente, alteró la fisonomía de las mismas sin afectar, no obstante, a su estructura organizativa.

---

<sup>213</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

<sup>214</sup> Así, el Proyecto GIRBAU-ALABREDA de 1903, denominado “Proyecto de dos proposiciones de Ley para sanear y vigorizar la sociedad anónima y el capital” y el Proyecto CALBETON de 1910 conocido como “Proyecto de Ley sobre inspección de bancos y sociedades anónimas”

<sup>215</sup> La exposición del movimiento doctrinal que se produjo en España desde principios de siglo hasta la aprobación de la Ley de 1951, puede verse en GARRIGUES, J., –URÍA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t.I, 3<sup>a</sup> ed. revisada corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA M., Madrid, 1976.

Después del intento de reforma del Código de Comercio de 1926, el Gobierno encargó al Instituto de Estudios Políticos la redacción de un Anteproyecto de reforma que se publicó en 1947 bajo el título “La reforma de la sociedad anónima”. Sometido a información pública (Decretos de 20 de mayo y 15 de junio de 1949) pasó a las Cortes y se convirtió, con las reformas oportunas, en la Ley de 1951, que entró en vigor en enero de 1952.

Por lo que se refiere a la organización de la sociedad anónima, la Exposición de Motivos de la Ley, dispone en su apartado III que la nueva ley ofrece importantes novedades en orden a la disciplina de los órganos sociales, “novedades frente a la parquedad de nuestro Código de Comercio, que apenas se ocupa de esta materia, pero no frente al Derecho vivo de sociedades, porque, en definitiva, la Ley se limita a recoger, con inspiraciones más o menos directas de otras legislaciones extranjeras, el derecho de la práctica que vive al amparo de los Estatutos sociales”. Es decir, más que modificar la estructura de la sociedad vigente en la práctica, lo que hace la Ley es perfeccionar y disciplinar aspectos muy importantes de la misma.

De este modo, la organización de las sociedades anónimas se sigue basando en la existencia de dos órganos<sup>216</sup>: la Junta general y el órgano de administración al cual está encomendada la gestión y representación de la sociedad. En cuanto a la organización de la administración, sin embargo, el legislador prefirió dejarla en manos de los redactores de los estatutos de cada sociedad para una mejor adecuación de la misma a las circunstancias de cada sociedad. Por ello, la Ley permite que el órgano de administración esté integrado por una sola persona, administrador único, por varios administradores solidarios o por un Consejo de administración cuando la administración se confíe conjuntamente a varias personas [(arts. 73.1 LSA y

---

<sup>216</sup> Al lado de la Junta y del órgano de administración, la Ley previó la existencia de los llamados “censores de cuentas”, órganos necesarios pero cuya actuación no es permanente sino periódica y ocasional., GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 338 y ss.

102 h) RRM de 1956]<sup>217</sup>. Al Consejo de administración, cuando existe, le corresponden por imperativo legal la gestión de la sociedad, entendida como actividad encaminada a la consecución del objeto social y representación de la misma. Además, en cuanto órgano colegiado que es, precisa de un sistema de funcionamiento. Por ello, el art. 77.1 establece que “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá (...) regular su propio funcionamiento (...)”; es fácil deducir que tampoco aquí le legislador quiso establecer un sistema rígido de normas para regular la actuación del Consejo, sino que ha confiado esta tarea bien a los Estatutos de la sociedad, bien al propio Consejo cuando los estatutos no dispusieran otra cosa. Esta libertad es, no obstante, sometida a los requisitos mínimos que prevé el art. 78.

En la línea que comentamos, y teniendo en cuenta la intención manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley de incorporar a la misma “el derecho vivo de sociedades (...), el derecho de la práctica que vive al amparo de los estatutos sociales (...)”, la Ley de Sociedades Anónimas incorpora la delegación de facultades en cuanto institución de raigambre en la práctica societaria española. Así, el art. 77 disponía que “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”.

---

<sup>217</sup> Es la primera vez que legislativamente se reconoce en nuestro ordenamiento, aunque como ya hemos comentado, la práctica societaria española había introducido sistemas semejantes al Consejo.

Por lo que se refiere a la administración conjunta de dos personas constituyendo Consejo de administración, aunque el texto legal (y gran parte de la doctrina) no la admita, la jurisprudencia si lo hizo. En este sentido, las SS.T.S. de 3 de febrero de 1965 y 10 de julio de 1981. V., también, Resoluciones D.G.R.N. de 9 de mayo de 1978 y 4 y 5 de octubre de 1982. En relación a estas dos últimas Resoluciones, v. GARCÍA DE MESA, J. A./GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Distintas modalidades en la organización de la administración de la sociedad anónima (Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 y 5 de octubre de 1982)”, *R.D.B.B.*, nº 10, abril-junio, 1983, pp. 435 y ss.

El reconocimiento legal de la delegación mereció elogios porque suponía la legitimación de esta práctica, común en la realidad de las sociedades españolas dada la necesidad de proceder, en muchas ocasiones, a una desconcentración de la actividad de gestión al objeto de conseguir una mayor eficacia en el ejercicio de la misma. Esta necesidad, motivada por la complejidad propia del proceso de gestión, así como por las características propias del órgano al que legalmente está encomendada la realización de las funciones que integran este proceso, el carácter colegiado del órgano, el elevado número de sus miembros, la heterogeneidad de los mismos y la falta de continuidad en su funcionamiento aconsejan la delegación de parte de las funciones del Consejo. Estas son, fundamentalmente, las razones que aduce la doctrina española para justificar la delegación<sup>218</sup>.

Sin embargo, reconocida la importancia del reconocimiento legal de la delegación es criticable, y así lo ha hecho la doctrina, la escasez de preceptos que el legislador español dedicó (y sigue dedicando) a la regulación de la misma. Además del precepto ya citado, la LSA sólo dedica otros dos preceptos a la institución que estudiamos, el art. 77.2, según el cual “En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella”, y el art. 78. 2, que indica que, “La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”.

---

<sup>218</sup> Entre otros, GARRIGUES/URÍA, *Comentario...*, *op. cit.*, t.II, pp. 10 y ss; 57 y ss y 104 y ss; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 366; RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 251 y ss y URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Madrid, 1968, p. 260. En otras líneas de este trabajo, Parte Primera, Capítulo I, I, B, y bibliografía allí citada) nos hemos referido ya a las razones que determinan el recurso a la delegación de facultades.

Fuera de estos preceptos la Ley no contenía ninguna otra referencia expresa a la delegación de funciones. Parece que el legislador español también en este punto quiso mantener la idea varias veces apuntada de regular la administración de la sociedad anónima y, en concreto la organización de su administración, de una forma tal que permitiera la adaptación de este tipo social a cualquier empresa, independientemente de las dimensiones de la misma. Sin embargo, esta razón no sirve para justificar las lagunas que presenta la regulación legal de la delegación de las facultades del Consejo al margen del carácter optativo, y no obligatorio, que tiene la institución y teniendo en cuenta la importancia que la misma ha ido adquiriendo con el paso del tiempo. Tanto es así que en la mayoría de las sociedades son los delegados los que desarrollan, de una manera continuada en el tiempo, gran parte de la actividad de gestión de la sociedad<sup>219</sup>. Frente a ello, la Ley se limitó a regular tan sólo algunos aspectos de la delegación, obviando la variedad de matices que ésta puede ofrecer<sup>220</sup>. De ahí que sea necesario, en opinión de la doctrina, determinar la naturaleza jurídica de la delegación para deducir de ella la normativa aplicable a aquellos aspectos de la misma que no han sido tratados por el legislador<sup>221</sup>.

#### **D. LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO DE REFORMA PARCIAL Y ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL A LAS DIRECTIVAS DE LA CEE EN MATERIA DE SOCIEDADES.**

Durante toda la década de los sesenta se produce en Europa un movimiento conocido como “reforma de la reforma”, a través del cual se trata de adaptar el régimen de las sociedades anónimas a la realidad social en

---

<sup>219</sup> Así GARRIGUES, J. -URIA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t.II, 3ª ed. revisada corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA M., Madrid, 1976, pp. 11 y ss.

<sup>220</sup> Esta misma crítica, como vimos al tratar el derecho comparado, se hacía al *Codice Civile* de 1942 por parte de un sector de la doctrina italiana. Entre otros, FANELLI, *La delega...op. cit.*, pp. 5 y 6, MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, p. 436.

<sup>221</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 176.

cuestiones diversas como, por ejemplo, el control externo de la sociedad y de sus cuentas, la mayor exigencia de publicidad e información, la distinción entre grandes y pequeñas sociedades con un régimen especial para las que cotizan en Bolsa, etc<sup>222</sup>. Como es lógico, este movimiento alcanzó a nuestro país donde se comenzó a plantear la posibilidad de reformar el régimen de la sociedad anónima reforma que, además, serviría para corregir las imperfecciones de la Ley de 1951. El primer intento de reforma lo constituye el Anteproyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades Anónimas de 1965. Poco después, surge la idea de elaborar una Ley General de Sociedades Mercantiles. Y con este mismo fin, al que hay que unir la voluntad de armonizar nuestro ordenamiento con el Derecho de sociedades de la CEE, se redactó el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1978, tendiendo en cuenta las Directivas ya aprobadas o en gestación<sup>223</sup>.

Tras la incorporación de España a las Comunidad Europea y la consiguiente obligación asumida de adaptar nuestra legislación de sociedades a las Directivas comunitarias se encargó a la Comisión General de Codificación la redacción de un “Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades”. Hubo distintas versiones hasta que una de ellas fue aprobada y enviada al Congreso en abril de 1988 (B.O. de las Cortes de 22 de abril de

---

<sup>222</sup> LOJENDIO OSBORNE, I., “La sociedad anónima”, en AA.VV, coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, 8ª ed. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 217 y ss.

<sup>223</sup> Así, por ejemplo, la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros; la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital; la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; y la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad.

1988) y fue nuevamente sometido a importantes enmiendas en su tramitación tanto en el Congreso como en el Senado. Finalmente, el 25 de julio de 1989 se promulgó la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, a través de la cual se persiguen dos objetivos<sup>224</sup>:

a) La incorporación o adaptación de las Directivas comunitarias a nuestro derecho nacional, lo que supone una nueva reforma del derecho de sociedades porque tiene consecuencias inmediatas sobre el mismo. En concreto, se produjo la adaptación de las Directivas I a VIII<sup>225</sup>, con excepción de la V, aun pendiente de aprobación, relativa a los órganos sociales<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Esta circunstancia es resaltada por la doctrina. Así, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., “Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades” en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 205 y ss; POLO SÁNCHEZ, E., “La reforma y adaptación de las Ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea”, en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 778 y ss y QUINTANA CARLO, I., “La reforma del derecho de sociedades de capital: su oportunidad y significado”, en AA.VV., *El nuevo derecho de sociedades de capital*, dir. por QUINTANA CARLO, Trivium, Zaragoza, 1989, pp. 8 y ss.

<sup>225</sup> A las señaladas anteriormente hay que añadir, la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas; la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas y la Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables. Con posterioridad a la Ley de 25 de julio de 1989 se han dictado otras Directivas, cuales son, la Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado Miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado; la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único; la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes; la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores y la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, a cuyo estudio hemos

b) La reforma parcial de la LSA de 1951. Es una reforma parcial en tanto que no se abordan los grandes problemas pendientes de reforma en nuestras sociedades anónimas como lo es, por ejemplo, la estructura de los órganos sociales y las relaciones de poder entre ellos<sup>227</sup>.

En relación al contenido de la reforma, es decir, a las materias que fueron objeto de la misma, en primer lugar había que reformar todos aquellos puntos de la Ley en los que existía una Directiva comunitaria cuyo contenido se tenía que incorporar a nuestro Derecho. En segundo lugar, en relación a aquellas materias en las que no existía normativa comunitaria alguna, la Comisión optó por la conocida como “técnica de los capítulos”, en virtud de la cual se decidió modificar globalmente todos los capítulos de la Ley en los que era obligado introducir alguna norma de adaptación, por lo que habría capítulos que no se tocarían. Sin embargo, el resultado final ha sido que casi todos los capítulos de la Ley han sido objeto de modificación estuvieran o no estuvieran afectados por las Directivas comunitarias. El ejemplo más claro lo encontramos en el capítulo IV (actualmente, capítulo V) relativo a los órganos sociales que en principio no tenía que ser modificado pero que, sin embargo, ha sufrido algunas alteraciones aunque ninguna afectó, al menos directamente,

---

dedicado atención en otras páginas de este trabajo. Finalmente hay que destacar la aprobación el 22 de julio de 2003 del Reglamento 1435/2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) y de la Directiva 2003/72/CE, de la misma fecha, que lo completa en materia de participación de los trabajadores.

<sup>226</sup> Los bloqueos políticos ante el Proyecto de Quinta Directiva ponen de manifiesto las importantes diferencias entre las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros y las dificultades de inserción en los Derechos nacionales de normas tan minuciosas como vinculantes, con las que se pretendía evitar distorsiones entre el Derecho de los Estados miembros. Acerca de esta Quinta Directiva, v. ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho Comunitario (El proyecto modificado de Quinta Directiva)”, AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. por GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./ MUÑOZ MACHADO, S., vol. 3, Civitas, 1986, pp. 111 y ss.

<sup>227</sup> En este sentido, GIRÓN TENA, J., “Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España”, *La Ley*, nº. 2145, enero, 1989, p.7

al objeto de nuestro estudio (la delegación de facultades), ya que se mantiene sin cambios el contenido de los artículos que la regulan<sup>228</sup>.

Por lo que se refiere al órgano de administración los profesores RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ sostienen que la reforma del mismo es una reforma parcial, ya que se mantiene el modelo básico de la LSA y afecta, entre otras circunstancias, a algunos aspectos del nombramiento, de la representación y de la responsabilidad de los administradores, así como a la impugnación de los acuerdos<sup>229</sup>.

En cualquier caso, por adaptación o por reforma, la Ley de 1951 se vio profundamente modificada por la de 25 de julio de 1989. Por eso esta segunda Ley autoriza al Gobierno, en su disposición final 1<sup>a</sup>, para elaborar y aprobar, mediante Decreto Legislativo, un Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en el que se incorporasen las disposiciones que se mantienen vigentes y las de la nueva Ley. El Texto Refundido se aprobó el 22 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 1 de enero de 1990.

## **E. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 22 DE DICIEMBRE DE 1989.**

### **a. Organización de la sociedad anónima.**

Interesa como punto de partida tener en cuenta que la vigente Ley mantiene en el “orden estructural interno” de la sociedad anónima dos tipos de órganos sociales cuya existencia es obligatoria para todas las sociedades:

- La Junta general, en cuanto órgano de tipo asambleario y al que dedica la sección 1<sup>a</sup> del Capítulo V.

---

<sup>228</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, E., “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 781 y ss y QUINTANA CARLO, I., “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>229</sup> “Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, en AA.VV, *El nuevo derecho de sociedades de capital*, dir. por QUINTANA CARLO, Trivium, Zaragoza, 1989, p. 125.

- Y el órgano de administración, de tipo gestor-representante, al cual está encomendada la gestión y representación de la sociedad<sup>230</sup>, regulado en la sección 3º del mismo Capítulo.

En relación a este órgano de administración la Ley regula diversos aspectos de su estatuto y de sus funciones, así como de su organización y funcionamiento, en el caso de que adopte de la forma de Consejo de administración. Pero al mismo tiempo, la propia Ley confía a los estatutos la disciplina de algunas cuestiones del régimen de la administración de la sociedad como sucede, por ejemplo, en orden a la determinación de la estructura del órgano al que se confía la administración social. En este sentido, el art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil, (aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio), dispone que en los estatutos de la sociedad se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad [en el mismo sentido, el art. 9 h) TRLSA], determinando si se atribuye<sup>231</sup>:

- a) A un administrador único.
- b) A varios administradores solidarios.
- c) A dos administradores conjuntos<sup>232</sup>.
- d) A un Consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros.

Se mantiene, por tanto, el sistema monista de administración de la sociedad: existe un único órgano que puede adoptar alguna de estas formas<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Según el profesor GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 270 y 337, el carácter necesario del órgano de administración deriva de la función que desempeña, sin la cual sería imposible el funcionamiento de la sociedad y la consecución del fin social.

<sup>231</sup> Como pone de relieve SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p 31, “la diversidad de estructuras que el órgano de administración de la sociedad anónima puede adoptar en nuestro Derecho, contrasta con la previsión de estructuras más rígidas en el Derecho comparado”.

<sup>232</sup> Frente a la Ley anterior, en ésta se reconoce la posibilidad de que existan dos administradores que han de actuar de manera conjunta.

En definitiva, lo que se pretende hacer notar es que en relación a la Ley anterior, en la reforma de 1989 el legislador español ha introducido, en palabras del profesor ESTEBAN VELASCO, “algún grado más de rigidez,(...), pero en líneas generales, se mantiene en la línea tradicional de buscar un cierto equilibrio entre, de un lado, un mínimo contenido legal imperativo -que se acentúa-(...), y, de otro, la posibilidad de adaptar la organización y funcionamiento de la administración a distintas situaciones de la vida real (...). Esta concepción flexible, sin entrar ahora en polémicas valoraciones, tiene su reflejo en materia de organización de la administración, donde están llamadas a seguir jugando un destacado papel integrador y complementario del modelo legal y reglamentario (RRM) las cláusulas estatutarias y otros pactos internos”<sup>234</sup>.

Centrándonos en el Consejo, sin embargo y en contraposición con la idea anteriormente apuntada, encontramos una norma de carácter imperativo cual es la contenida en el art. 136, en virtud de la cual “cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, estas constituirán el Consejo de administración”. Después, la Ley dicta una serie de normas aplicables sólo al caso de administración pluripersonal colegiada. Así, los arts. 137, 138, 139, 140, 141 y 142, se refieren al sistema de representación proporcional, a la cooptación, a la constitución y adopción de acuerdos, al libro de actas y a la impugnación de los acuerdos sociales...<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> En España el debate sobre la organización de la administración -sistema dualista/sistema monista- ha estado siempre presente en la doctrina y ellos se manifiesta en las Leyes que han regulado la materia y en las tareas prelegislativas. La Ley de Sociedades Anónimas acogía el sistema monista o unitario; en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, se introdujo, sin embargo, el sistema dualista aunque esta opción no prosperó y en el vigente Texto Refundido se mantiene, como decimos, la estructura del sistema monista de administración.

<sup>234</sup> “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

<sup>235</sup> Lógicamente, con esta nueva regulación se han introducido modificaciones con respecto a la preexistente. Sin embargo, no consideramos oportuno explicar en esta sede cada uno de los cambios introducidos, sino que conforme se avance en el estudio se pondrán de relieve las diferencias que se dan entre la regulación del Consejo que contenían la LSA de 1951 y su coetáneo RRM y la que contienen en la actualidad el TRLSA y el RRM de 1996.

Pero de todos los artículos de esta sección, el que presenta mayor interés es el art. 141 relativo al régimen interno y a la delegación de facultades<sup>236</sup> y según el cual, “1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella.

2. La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina este artículo regula distintas cuestiones, quizás demasiadas, ya que aunque relacionadas no lo están en la medida suficiente como para justificar su tratamiento unitario<sup>237</sup>. Se recoge en el mismo la regulación de cuestiones relativas al funcionamiento del Consejo de administración, así como el fenómeno de la delegación de facultades, pero sin extenderse en ninguno de estos dos aspectos. Además, esta heterogeneidad de materias hace difícil deslindar unas cuestiones de otras, con la importante consecuencia que ello tiene en orden a ofrecer un criterio racional en la exposición.

---

<sup>236</sup> Se prescinde de una nueva referencia o exposición genérica del fenómeno de la delegación de facultades y de las razones que lo motivan, por ser ya varios los lugares de este trabajo donde se ha procedido a desarrollar tal labor.

<sup>237</sup> En este sentido, MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1740.

Esto nos conduce, en un intento por simplificar la cuestión y facilitar el conocimiento y el entendimiento del verdadero objeto de este trabajo a plantear en primer lugar unas consideraciones generales en torno al Consejo de administración (examinando el contenido del art. 141. 1 pár. 1º en relación al mismo y la situación en la que se encuentra actualmente como modalidad de organizar la administración en el seno de una sociedad anónima).

**b. Consejo de administración y delegación de facultades:  
Consideraciones generales.**

Con carácter general, se afirma que al Consejo de administración le corresponde, como su propio nombre indica, la administración de la sociedad, entendida como conjunto de actos que tienden a la consecución del objeto social que se establezca en los estatutos<sup>238</sup>. Pues bien, en relación con esta función propia del Consejo, la administración social, sostiene nuestra doctrina, que el art. 141.1 pár. 1º TRLSA ha recogido las normas más importantes relativas a la facultad que tiene el Consejo de organizar, dentro de ciertos límites, su propia función administradora<sup>239</sup>. En otras palabras, el Consejo de administración en cuanto órgano colegiado que exige una organización interna, ostenta con carácter exclusivo frente a otras formas de gobierno de la sociedad la facultad de regular su propio funcionamiento, organización y forma de actuar. Y, en el ejercicio de la misma, el Consejo puede designar a su Presidente, aceptar la dimisión de los consejeros, designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, pudiendo, asimismo, conferir apoderamientos a cualquier persona<sup>240</sup>. De esta manera, el Consejo de administración puede dotarse de un reglamento de régimen interior o

---

<sup>238</sup> Sobre el concepto y el contenido de la administración o gestión nos remitimos a otras páginas de este trabajo, Parte Primera, Capítulo I, I, B.

<sup>239</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores. Artículos 123 a 143” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. VI, dir. por SÁNCHEZ CALERO, EDERSA, 1994, p. 448.

<sup>240</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, M., *El Consejo de administración de la sociedad anónima*, CISS, Valencia, 1999, p. 81.

reglamento de organización para, como dice la Ley, “regular su propio funcionamiento”<sup>241</sup>.

No obstante lo dicho, no hay que olvidar la primacía de los estatutos en esta materia, ‘cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa’ comienza diciendo el art. 141, de modo que el Consejo no podrá regular su propio funcionamiento cuando los estatutos impidan esa posibilidad o el contenido de los mismos sea muy preciso y completo. Con todo, en la práctica es poco frecuente que los estatutos entren en una regulación detallada del funcionamiento del órgano de administración<sup>242</sup>, limitándose a ofrecer una pauta o guía general en tanto que corresponde al Consejo el desarrollo de tales bases dentro de los límites marcados por los estatutos y, lógicamente, por la Ley<sup>243</sup>. Existen, en este sentido, determinados extremos relativos al funcionamiento del Consejo que necesariamente deberán constar en los estatutos (así ocurre, por ejemplo, con el número de consejeros o la duración en el cargo; o con todo lo relativo “al modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad” [art. 9 i) TRLSA]). E, igualmente, existen determinadas normas que el Consejo habrá de respetar en todo caso (así las contenidas en los arts. 139, 140, 141.2 TRLSA relativas a la constitución, a la adopción de acuerdos y a los requisitos necesarios para adoptar el acuerdo de delegación).

---

<sup>241</sup> Esta posibilidad que hoy día recoge el art. 141 LSA no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico ya que también estaba previsto en el art. 77 de la Ley de 1951.

<sup>242</sup> Actualmente, sostiene MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1745, que “(...) la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 1996 supuso una apuesta a favor de la autorreglamentación por el consejo, al modificar el artículo 124.4, haciendo desaparecer el inciso 2º del mismo (...)” Según ese inciso 2º, constituía contenido facultativo de los estatutos “las normas de convocatoria y constitución del Consejo (...) así como las demás normas de funcionamiento interno del órgano”.

<sup>243</sup> MARTINEZ SANZ, F., “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1744; SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, *op. cit.*, p. 452.

En resumen, la regulación del funcionamiento del Consejo de administración se halla en la Ley, en los estatutos que completan y desarrollan la regulación legal del funcionamiento del Consejo y pueden incluir cláusulas relativas al mismo no previstas legalmente<sup>244</sup>, y en los reglamentos de régimen interior, integrados por un conjunto de normas escritas que determinan su organización y actividad en cuestiones que hayan dejado sin determinar la Ley y los estatutos y que tienen un alcance meramente interno.

Este modelo de funcionamiento, así diseñado es muy flexible, en tanto en cuanto, con el respeto de las condiciones mínimas establecidas por la ley, la regulación del funcionamiento del Consejo queda en manos de los socios (que elaboran los estatutos) y de los administradores (que elaboran el Reglamento de régimen interior)<sup>245</sup>, aunque los estatutos en la mayoría de las ocasiones lo que hacen es atribuir al Consejo los poderes más amplios y, entre estos, el de redactar los reglamentos que se consideren necesarios<sup>246</sup>, ya que el recurso al reglamento de régimen interior elaborado por el propio Consejo se presenta como el modo más adecuado para adaptar su funcionamiento a las circunstancias y al entorno en el que se desenvuelve la sociedad, como pone de relieve una creciente corriente doctrinal<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> No obstante, pone de relieve la doctrina que, en la práctica, los estatutos se limitan a transcribir los preceptos del TRLSA, con lo que se produce un retraimiento de la autonomía privada. En este sentido, SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 37 y bibliografía allí citada.

<sup>245</sup> Sostiene SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45, que entre las razones que justifican el papel tan importante que desempeñan socios y administradores en relación a la organización y funcionamiento del órgano de administración en forma de Consejo, destaca el hecho de que así se garantiza la adaptabilidad de la formal social anónima a todo tipo de empresas

<sup>246</sup> En este sentido, BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, t. III, Prensa Castellana, Madrid, 1970, pp. 106 y 107.

<sup>247</sup> JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Reglamentación interna de los Consejos de administración”, *R.D.B.B.*, n° 69, enero-marzo, 1998, pp. 130 y 131, según el cual, “la reglamentación interna de los Consejos de Administración puede corresponder a los Estatutos sociales o al propio Consejo de Administración. Es decir, la Ley vigente se ha decantado por el sistema de que pueden ser los socios a través de los Estatutos sociales los que establezcan la reglamentación interna de los

Por otro lado, la adecuación a estas circunstancias y a este entorno, hace aconsejable, en la mayoría de las ocasiones, el recurso a mecanismos de descentralización en los procesos de toma de decisiones. Descentralización de funciones que se operará, normalmente, a través de las delegaciones, a las que se refiere el artículo 141, y que no pone en peligro, sin embargo, la unidad del proceso de gestión ya que el Consejo mantiene una competencia concurrente respecto a las materias objeto de descentralización. Además, el Consejo puede revocar las funciones descentralizadas así como revocar a los Consejeros delegados o a los miembros de la Comisión ejecutiva. Sobre estos aspectos volveremos en otros puntos de este trabajo.

En definitiva, en lo que se refiere a la situación actual del Consejo como forma de organizar la administración de la sociedad ya advertimos, y lo volvemos a hacer, que por diversas razones<sup>248</sup> el Consejo ha dejado de ser en las grandes sociedades el verdadero órgano de administración, para quedar reducido a un órgano que asume un papel de orientación, control y aprobación formal de las decisiones tomadas por otro y que el régimen de los órganos delegados es de gran importancia al concentrarse en ellos la gestión social. La articulación del ejercicio de la gestión de la empresa mediante la delegación de facultades a uno o más Consejeros delegados o a una Comisión ejecutiva, y la restricción de las funciones del Consejo a su vigilancia y control, determina una estructura parecida o similar a la del sistema dualista de administración aunque con matices ya que mientras en nuestro sistema la delegación responde

---

Consejos de Administración o puede ser el propio órgano de administración y representación el que fije las reglas internas de funcionamiento. Bastaría citar al respecto, como apoyo legal, los artículos 141 de la ley de sociedades anónimas y el nuevo texto del artículo 124 del reglamento del Registro Mercantil en su nueva y última versión de 19 de julio de 1996. Pero es posible que el aspecto más atractivo de los efectos del acto que estamos celebrando radique en la posibilidad de que sea el propio Consejo quien establezca su reglamentación interna". Facultad que el citado autor entiende referida tanto a la organización de la estructura del órgano de administración, efectos internos, como también al establecimiento de reglas de funcionamiento interno, es decir, referidas a la representación de la sociedad.

<sup>248</sup> V., Parte Primera, Capítulo I, I, B..

a una particular forma de organización del Consejo, en los sistemas dualistas la separación de funciones entre el órgano de gestión y el de vigilancia es estructura esencial y básica de la sociedad. También sobre este punto volveremos a incidir en un lugar más adecuado.

Añadir que la descentralización de funciones de gestión se puede llevar a cabo, también, de forma externa al Consejo a través de los apoderamientos que este mismo puede conferir a cualquier persona. A esta posibilidad se refiere el propio art. 141.

También hay que destacar que, como se puede comprobar con la lectura del art. 141, este artículo procede, en su párrafo primero, del art. 77 LSA de 1951, y, en su apartado segundo, del apartado segundo del art. 78 LSA 1951, limitándose a reproducir uno y otro<sup>249</sup>. Este hecho tiene como consecuencia fundamental que con la nueva Ley se van a seguir planteando las mismas cuestiones que se planteaban bajo la vigencia de la LSA de 1951<sup>250</sup>, aunque con ciertas variaciones, ya que el Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 modifica, introduce y, en ocasiones, deroga algunos puntos recogidos en el anterior Reglamento de diciembre de 1989 que pueden tener alguna trascendencia en el análisis que proponemos realizar<sup>251</sup>.

Así, al igual que ocurría con la LSA de 1951, la vigente, al margen del reconocimiento legal de la delegación y de las exigencias mínimas, no contiene ninguna otra norma sobre la configuración de los órganos delegados, sobre su posición dentro de la sociedad (lo que conlleva problemas en orden

---

<sup>249</sup> En opinión de POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 467, el legislador ha tenido la voluntad de “mantener vigente el viejo sistema de nuestra Ley de 1951, y esperar, con un régimen que ya podemos calificar de provisional, la introducción por la vía del Derecho comunitario de un sistema más moderno y eficaz de afrontar las necesidades organizativas derivadas de la separación de funciones y la correlativa concentración de poder en los órganos directivos de la sociedad anónima”.

<sup>250</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación...”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>251</sup> ROCA FERNÁNDEZ- CASTANY, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la sociedad anónima”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 1821.

a una cuestión tan importante como es la relativa a la responsabilidad de los administradores -delegados y no delegados)...

La resolución de estos y otros problemas, nos conduce a la necesidad de perfilar la institución de la delegación así como el estatuto propio de los órganos delegados, y ello, su vez, nos obliga a realizar un estudio analógico con otros supuestos o institutos similares como son, por ejemplo, los apoderados. Partiendo de los datos que nos ofrece la LSA trataremos de analizar los caracteres y los efectos propios de la delegación de facultades. Siendo de gran utilidad para el desarrollo de esta labor los planteamientos y las soluciones adoptadas por otros países ante situaciones similares.

Todo ello constituirá el objeto de estudio en la segunda parte de esta obra.

Finalmente, añadir que en agosto de 2002, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia publicó la denominada “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles”, aprobada el 16 de mayo de 2002 por la Sección de Derecho Mercantil de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, con el que, como indica su Exposición de Motivos, se pretende sistematizar y racionalizar el régimen jurídico de las sociedades mercantiles sin proceder a una reordenación tipológica y completar la regulación de las sociedades mercantiles incluyendo un nuevo régimen para las sociedades de personas, así como la regulación de dos materias de extraordinaria importancia que carecen hasta el momento de un régimen jurídico sustantivo: las sociedades cotizadas y las uniones de sociedades.

Dentro de esta Propuesta de Código, aplicable como indica su nombre a las sociedades mercantiles<sup>252</sup>, se dedica el Título IX a tratar “De la

---

<sup>252</sup> Dice el art. 1 del Código que son sociedades mercantiles aquellas que cualquiera que sea su forma tengan por objeto la producción o el intercambio de bienes o servicios, las que cualquiera que sea su objeto adopten alguno de los siguientes tipos sociales: sociedad colectiva, comanditaria, simple o por acciones, sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada. Y, por último, las sociedades a las que la Ley atribuya carácter mercantil.

administración de la sociedad”, administración de la sociedad que podrá confiarse a un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente o a un Consejo de administración (art. 102.1). Además, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria (art. 102.2).

Centrándonos en el Consejo de administración, se dedica al mismo el Capítulo II del Título que comentamos, arts. 125 y ss, destacando a lo efectos que a nosotros nos interesan, el art. 126, por un lado, y el 132 por otro.

Dice el primero de los artículos mencionados que el Consejo de administración regulará su organización y funcionamiento sin más límites que los establecidos por este Código y por los estatutos sociales. De acuerdo con el artículo 132, el Consejo de administración podrá delegar alguna o algunas de sus facultades, designando de su seno uno o más Consejeros delegados y una o más Comisiones ejecutivas. En todo caso, pertenecen a la propia competencia del Consejo de administración, y no podrán ser delegadas, las siguientes facultades: a) la determinación de la política general de la sociedad; b) la organización y funcionamiento del propio Consejo; c) la distribución de las cantidades que correspondan al Consejo en concepto de retribución basada en una participación en los beneficios; d) el nombramiento y la destitución del personal de alta dirección y de aquellas personas que, aunque vinculadas a la sociedad por relación laboral ordinaria, desempeñen funciones de dirección; el control de la actividad de los directivos, y la determinación del sistema de retribución de estas personas; e) la formulación de las cuentas anuales y la presentación de dichas cuentas a la Junta de socios; f) la formulación de cualquier clase de informe exigido por la Ley; g) los acuerdos relativos a las acciones o participaciones propias; h) las facultades que la Junta de socios

hubiera delegado en el Consejo, salvo que, hubiera sido autorizado por ella para subdelegarlas.

El acuerdo de delegación y la designación de los delegados requerirá para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo.

Cuando un miembro del Consejo de administración sea nombrado consejero ejecutivo será necesario que suscriba un contrato con la sociedad en el que se detallarán todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a planes de pensiones<sup>253</sup>.

El Consejo deberá, además, vigilar la actuación del consejero o Consejeros delegados y de los miembros de las distintas Comisiones, así como de las demás personas que forman parte de la dirección de la sociedad (art. 133).

De lo dicho se deduce que, en términos generales, se regula con más detalle el suspenso de la delegación de facultades bien en uno o varios Consejeros delegados o en una Comisión ejecutiva, determinándose las facultades que no pueden delegarse. Sin embargo, continúa sin determinarse concretamente cuáles son las características del Consejero delegado<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Opina DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentarios al Anteproyecto de Código de sociedades mercantiles”, en AA. VV. *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, vol. 2 [*Derecho de Sociedades. Parte Especial (I)*], coordinado por DELGADO DE MIGUEL, J. F., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 154, que se trata, al parecer, “de un consejero delegado *sui generis* unido a la sociedad por un contrato de servicios”.

<sup>254</sup> En este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Comentarios al Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 153.

## PARTE SEGUNDA

### **CAPÍTULO I. CONSEJEROS DELEGADOS Y COMISIONES EJECUTIVAS: CREACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LOS CARGOS**

Como ya hemos advertido en la Parte Primera de este trabajo, el elegir al Consejo de administración como forma de organizar la administración de una sociedad tiene ventajas pero también serios inconvenientes y en el intento de superarlos se encuentra el origen y el fundamento de la institución de la delegación de facultades en el seno del Consejo de administración. De esta manera y dada la distribución de competencias entre los órganos sociales, siendo el Consejo de administración el órgano al que corresponde la gestión y representación de la sociedad, le incumbe la organización interna y la distribución, en su caso, de funciones, para lo cual está autorizado a designar Comisiones ejecutivas o Consejeros delegados y a conferir los apoderamientos que estime convenientes siempre que los estatutos sociales no dispongan otra cosa, como establece el art. 141 LSA. Es decir, la descentralización de las facultades del Consejo, necesaria para su adecuado funcionamiento, puede operar a través de dos técnicas: bien mediante apoderamientos (singulares o generales), o bien por medio de la delegación de facultades con las indudables diferencias que se dan en uno y otro caso y que estudiaremos en otro lugar<sup>255</sup>. Por tanto, “la delegación de funciones puede considerarse como el instrumento jurídico que el legislador proporciona para organizar, dentro de una amplio margen de libertad, la administración de las sociedades anónimas. En este sentido, la delegación se configura en la LSA, (...), como una facultad en virtud de la cual se puede proceder a la constitución de determinados

---

<sup>255</sup>Capítulo V. Distinción de figuras afines. Especial referencia a los apoderados.

cargos -Comisión Ejecutiva y Consejero Delegado- a los que se atribuye una competencia integrada por funciones propias del C. A.”<sup>256</sup>.

Entendida de este modo la delegación de facultades, corresponde estudiar, en primer lugar, la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar (apartado I de este Capítulo), en segundo lugar, el contenido de la facultad de delegar (apartado II) y, finalmente, la caracterización de los órganos que surgen como consecuencia del ejercicio de la misma, es decir, la caracterización de los mismos (apartado III).

## **I. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DELEGAR.**

Antes de entrar en el fondo de esta cuestión resulta conveniente, desde mi punto de vista, poner de relieve dos circunstancias que, sin duda alguna, pueden afectarla.

Por un lado, es necesario diferenciar, como lo hace gran parte de nuestra doctrina, entre la decisión o facultad de delegar (que conlleva la creación o configuración del órgano delegado con la consiguiente atribución de facultades), y el nombramiento de los titulares de tales cargos<sup>257</sup>. Distinción que tiene su base legal en el art. 141.2 LSA cuando establece los requisitos necesarios para proceder a “la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos (...)”. No obstante, estos dos aspectos de la delegación suelen coincidir

---

<sup>256</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>257</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 151; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1755; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 1821 y 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 181; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 93 y 107; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467.

en el tiempo de ahí la dificultad de una adecuada identificación de los mismos. Teniendo en cuenta esta distinción, que no es sino la distinción entre el órgano y los titulares de este órgano<sup>258</sup>, vamos a centrarnos en un primer momento en la creación y la configuración del órgano delegado (a quién compete llevarla a cabo y qué facultades se pueden delegar)<sup>259</sup>.

Por otro lado, sólo cuando se articula la estructura de la administración social por medio del Consejo de administración será posible la delegación pues sólo de esta manera cabe interpretar la frase “designar de su seno”, referida al Consejo y empleada por el art. 141<sup>260</sup>. Por consiguiente, no será posible la delegación en las demás formas previstas por el art. 124.1 RRM (administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores conjuntos).

Por el contrario, la designación de apoderados, tanto singulares como generales, es posible cualquiera que sea la forma en que se estructure la administración social, es decir, es posible en todos los casos a que se refiere el

---

<sup>258</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>259</sup> El estudio del nombramiento de los delegados, con todos los problemas que conlleva, se hará en el Capítulo II de esta Segunda Parte con ocasión del estudio del estatuto de los delegados.

<sup>260</sup> En esta línea, ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima”, en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, dir. por GARRIDO DE PALMA, Trivium, Madrid, 1990., p. 565; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...” *op. cit.*, p. 360; GARRIGUES/URÍA, *Comentario...*, II, *op. cit.*, p. 133; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 81; MARTÍ LACALLE, R., “Nombramiento de Apoderado General por el Consejo de Administración (S.T.S. de 19 de febrero de 1997)”, *R.D.M.*, nº 226, octubre-diciembre, 1997, p. 2037; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 467 y 489; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas sobre el régimen jurídico del director general”, en AA.VV., *Estudios jurídicos homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. 3, Tecnos, Madrid, 1971, p. 119; *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 189; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 93; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467.

citado precepto del Reglamento del Registro Mercantil<sup>261</sup>. En el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1979, de 16 de julio de 1984 de 9 de junio de 1986 y de 14 de marzo de 1997 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1979.

En definitiva, sólo en el caso de Consejo de administración se podrá acudir a la delegación de facultades. En los demás supuestos (incluido el de Consejo de administración) habrá que acudir al mecanismo de la representación voluntaria, mediante la designación de apoderados.

Unida a esta cuestión surge la siguiente: ¿quién puede delegar?, es decir, ¿quién está legitimado para el ejercicio de la facultad de delegación?.

En respuesta a esta cuestión, la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar se puede establecer en base al art. 141.1 TRLSA, en virtud del cual “Cuando los Estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva y uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”.

Es decir, el ejercicio de la facultad de delegar corresponde, en principio, al Consejo de administración [“(...) el Consejo...podrá designar de su seno...”]. Sin embargo, esta competencia está sujeta a la condición que se establece al inicio del precepto [“Cuando los Estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa (...)”].

---

<sup>261</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 360; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 387; LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 81 y 118; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1768 y 1769; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 489; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 189; “Notas...” *op. cit.*, p. 119; “La delegación...”, *op. cit.*, p.93; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467; SÁNCHEZ RUIZ, M., “Apoderamiento general a favor de un consejero”, *R.d.S.*, nº 9, 1997, p. 352.

De acuerdo con lo dicho, el contenido del art. 141, en la parte que en este momento nos interesa, nos obliga a estudiar, de una lado, la regulación estatutaria de la delegación de facultades, es decir, la determinación del posible contenido de los estatutos en relación a la delegación, y, de otro, la competencia del Consejo de administración para proceder a la delegación y los requisitos que son necesarios para la validez del acuerdo del Consejo.

## **A. REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA FACULTAD DE DELEGAR.**

### **a. Presupuesto.**

Como acabamos de comentar, el art. 141 establece la posibilidad de que el Consejo de administración delegue parte de sus facultades en un Consejero delegado o en una Comisión ejecutiva “cuando los Estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”. En realidad, lo que hace el artículo que comentamos es establecer la primacía de los estatutos en materia de delegación<sup>262</sup>, de forma que habrá que estar a lo que estos digan, siendo diversas las posibilidades en este sentido. En términos muy similares se pronuncian El profesor GARRIGUES, cuando ponen de relieve que “los estatutos, (...), son prioritarios en orden a la regulación de la delegación de facultades administrativas (...): las disposiciones en ellos contenidas (...) son, por consiguiente, de obligada observancia por los restantes órganos sociales, con prioridad incluso sobre la propia autorregulación establecida por el Consejo de administración”<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 566; HERNANDEZ MARTÍ, J., “Órganos de la Sociedad Anónimas: el órgano de administración”, *R.G.D.*, nº 59, abril, 1991, p. 2957; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; POLO SÁNCHEZ, E., “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, *R.G.D.*, julio-agosto, nº 634-635, 1997, p. 9121; “Administradores...”, *op. cit.*, p. 468; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 186, 187 y 200; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

<sup>263</sup> En GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 132.

Son destacables, del mismo modo, las palabras del profesor POLO SÁNCHEZ, quien considera que “la potestad de delegación reposa en primer término en los estatutos sociales y, sólo en el caso de que estos no se opongan o se limiten a autorizarla, en el propio Consejo”<sup>264</sup>.

**b. Alcance y contenido de la regulación estatutaria de la delegación.**

De conformidad con lo que acabamos de exponer los estatutos sociales podrán crear y configurar los órganos delegados. El art. 141 LSA, puesto en relación con otros del mismo texto legal y del Reglamento del Registro Mercantil de 1996, no permite establecer el contenido de las posibles reglas estatutarias sobre la delegación de facultades. En este sentido, el art. 9 h) de la LSA establece que “En los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar: (...) La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación (...)”. En desarrollo de este precepto, el art. 124 RRM establece las distintas modalidades que puede adoptar el órgano de administración. En materia de delegación la desaparición de la letra e) del apartado 1 -relativo a la delegación obligatoria- y la modificación de la letra d) del mismo apartado, determinan que la única referencia a la misma sea la contenida en la letra d) del apartado 2, en virtud de la cual: “Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación”.

Del juego de los preceptos mencionados se deduce que los estatutos pueden moverse dentro de una serie amplia de posibilidades adaptando el modelo legal a las necesidades de la sociedad en cuestión. En este sentido, es posible que los estatutos:

- a) Autoricen la delegación.
- b) Guarden silencio.
- c) Prohíban la delegación.

---

<sup>264</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 468; “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 9121.

d) Impongan la delegación.

e) Atribuyan a la Junta la decisión en materia de delegación.

Veamos cada una de estas posibilidades con más detenimiento.

a) Autorización para delegar.

Una de las opciones más frecuentes en la práctica es que los estatutos autoricen al Consejo para delegar sus facultades, aunque esta autorización puede resultar redundante dada la dicción del art. 141.1<sup>265</sup>. Es decir, dada la configuración de la delegación de facultades en la Ley de Sociedades Anónimas, el Consejo no precisa de autorización estatutaria (ni de la Junta) para su ejercicio. Se trata de una facultad atribuida *ex lege* al Consejo<sup>266</sup>. En consecuencia, este tipo de cláusulas estatutarias no va a afectar a las relaciones del Consejo con los delegados ni a la responsabilidad de los administradores por los actos de los delegados. El Consejo continuará gozando de una amplia libertad, dentro de los límites legales, para decidir sobre la delegación. En definitiva, con estas cláusulas estatutarias se confirma o ratifica el contenido de la norma recogida en el art. 141.1.

b) Silencio de los estatutos.

También es posible que los estatutos guarden silencio sobre la delegación, en cuyo caso el Consejo goza de plena libertad para delegar sus

---

<sup>265</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 468; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1824; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 205 y 206; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 95; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 469.

<sup>266</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 468; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 186 y 187; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 96. En contra bajo la vigencia de la Ley de 1951 por considerar la autorización estatutaria como presupuesto de la delegación, CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 137 y 139 y IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

facultades si lo desea y sin que la Junta pueda intervenir en la esfera de libre decisión del Consejo. En estos casos, los estatutos se limitan a indicar que la administración de la sociedad corresponde a un Consejo de administración, y como éste no requiere ningún tipo de autorización (ni por parte de los estatutos ni por parte de la Junta general, ya que la facultad de delegar sus funciones deriva de la Ley -es una facultad *ex lege*- como acabamos de ver), tendrá plena capacidad para disponer lo que estime pertinente sobre la creación del órgano delegado y la designación de los administradores que han de ocupar los cargos<sup>267</sup>.

c) Prohibición de la delegación.

De acuerdo con el contenido del art. 141.1 LSA, la designación de una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados la puede llevar a cabo el Consejo “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”. Por ello, deben admitirse también las cláusulas estatutarias que prohíban la delegación, a través de las cuales los estatutos dejan claro que la administración de la sociedad ha de ser ejercitada por el Consejo en pleno<sup>268</sup>, sin mediación de la delegación “evitando de esta forma las consecuencias propias de esta institución en el plano del funcionamiento y de la responsabilidad”<sup>269</sup>. Además, no debemos olvidar el carácter facultativo que la delegación de facultades tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>267</sup> Así, MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1825; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, p. 96; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 469.

<sup>268</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p.371; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1824; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 207 y 208; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 95 y 96; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 468 y 469.

<sup>269</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371.

Este supuesto, aunque con cobertura legal, es infrecuente en la práctica y se produce, normalmente, en sociedades cuyo Consejo de administración tiene una composición reducida.

d') Delegación obligatoria.

Tampoco hay obstáculo para admitir que los estatutos configuren la delegación como obligatoria de modo que se sustrae al Consejo la decisión de si se delega y en qué órganos se hace<sup>270</sup>. La desaparición del Reglamento del Registro Mercantil, tras la reforma de 1996, de la estructura de administración consistente en Consejo de administración con delegación estatutaria obligatoria no debe llevar a solución distinta. A este supuesto de administración se refería la letra e) del art. 124.1 RRM según el cual la administración de la sociedad se podía atribuir “a un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias”. Por el contrario, la letra d) del mismo artículo, objeto de modificación en el actual Reglamento, recogía la denominada delegación potestativa, al indicar que la administración de la sociedad se podía atribuir a un “Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros, sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas”. La distinción entre ambos supuestos (delegación potestativa y delegación obligatoria) radicaba en que en la primera se sustraía del poder del Consejo la decisión sobre la creación o supresión del órgano delegado y sobre la atribución y eventual modificación de las facultades delegadas<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> A esta posibilidad se refieren ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1752 y 1753; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 469; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 1823 y 1824; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 94 y 95; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 469.

<sup>271</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 373.

La desaparición del citado precepto no significa que desaparezca la posibilidad de establecer en los estatutos la delegación obligatoria, posibilidad que subsiste al amparo del art. 141. 1 *a sensu contrario*<sup>272</sup>. Así, los estatutos pueden establecer que el Consejo necesariamente ha de delegar o establecer, además, cuáles son los órganos delegados que han de existir con carácter necesario. La subordinación del Consejo ante lo que dispongan los estatutos en materia de delegación debe llevar a admitir estas cláusulas<sup>273</sup>, teniendo en cuenta que el Consejo no se desprende de las facultades delegadas en estos casos<sup>274</sup>.

Coincidimos, además, con MARTINEZ SANZ al considerar plenamente acertada la supresión del precepto reglamentario a que nos referimos [art. 124. 1 e)], en tanto en cuanto podía llevar a la conclusión de que amparaba la posibilidad de crear una dualidad de órganos más cercana al sistema dualista germánico que el sistema monista tradicional en nuestro país<sup>275</sup>. Sobre este punto señala RODRÍGUEZ ARTIGAS que el problema que plantea, o mejor dicho, planteaba la delegación obligatoria no es el de su admisibilidad o no sino el de su contenido y alcance, problema que surge, fundamentalmente, al exigir el art. 124. 1 e) RRM que si por disposición estatutaria la administración se atribuye a un Consejo de administración y a una Comisión ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados tal atribución habrá de hacerse “con indicación de sus respectivas competencias” en los estatutos. Y es esta exigencia la que ha llevado a la conclusión de que en este artículo se reconocía una “*dualidad orgánica*” propia del sistema dualista<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> En palabras de ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1824, la delegación obligatoria ha desaparecido solamente de la regulación legal con lo cual queda la vía exclusiva de su constancia a nivel de normas de funcionamiento, de normas estatutarias.

<sup>273</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 95.

<sup>274</sup> Entre otros, ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 373; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 469.

<sup>275</sup> “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1752 y 1753

<sup>276</sup> “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

Sin embargo, como han puesto de relieve ESTEBAN VELASCO<sup>277</sup> y POLO SÁNCHEZ<sup>278</sup> esta interpretación no es admisible en nuestro Derecho, porque tanto en la Ley de Sociedades Anónimas como en el Reglamento del Registro Mercantil el modelo de administración de la sociedad anónima es el monista ya que ambos se refieren al “órgano administrativo” en singular<sup>279</sup>. Además, la posibilidad de establecer un sistema dualista de administración choca inevitablemente con la regulación legal de las facultades del Consejo que es, en esencia, un órgano de administración y no de vigilancia y, sobre todo, de su responsabilidad.

Además, considera POLO SÁNCHEZ que “si las facultades delegadas (...) vienen impuestas estatutariamente, no hay delegación en sentido estricto, ya que ésta se limitaría al nombramiento por el consejo de las personas que hubieran de ocupar los cargos delegados, e incluso se reduciría a la nada para quienes, erróneamente a mi juicio, admiten el nombramiento de los cargos delegados por la junta, lo que nos conduciría a la denunciada y peligrosa vía de permitir oblicuamente el establecimiento de una administración dualista (...) ya que los cargos delegados (...) ostentarían competencias propias. Incluso podríamos haber llegado al absurdo de que, impuesta la delegación por los estatutos, indicadas en ellos sus competencias y nombrados por la junta los cargos delegados, estaríamos en presencia de “una delegación de facultades del consejo”, en la que el consejo habría representado el papel de un mero convidado de piedra (...). Todo ello lleva a la conclusión de que lo dispuesto

---

<sup>277</sup> “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 372 y 373.

<sup>278</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 468 y 469 y “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, pp. 9121 y 9122.

<sup>279</sup> Frente a la situación actual, destaca la equívoca referencia del art. 11. 3º h) de la LSA de 1951 al “órgano u órganos que habrán de ejercer la administración” o la del RRM de 1954 a la modalidad de “un Consejo y uno o varios administradores singulares”. Desparecida la mención a la pluralidad de órganos en el art. 9 h) LSA, el art. 141 puede interpretarse de forma más libre de manera que basta que los estatutos no se opongan a la delegación de sus facultades por el Consejo o que por lo menos la autoricen. En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 468 y “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 9121.

por el artículo 141(...) en el sentido de que el consejo podrá delegar sus facultades “cuando los estatutos no dispongan otra cosa”, ha de ser entendido en su recto sentido de que disponer otra cosa no es imponer la delegación y, menos aún, organizarla mediante el establecimiento de sus competencias propias, sino (...) no prohibirla o, (...), autorizarla”<sup>280</sup>.

Esta crítica, como podemos comprobar, se resolvió con la reforma del RRM en la que se hace desaparecer, de la regulación legal, la delegación estatutaria obligatoria de facultades. Todo ello lleva a la conclusión de que, de acuerdo con el art. 141 LSA, los estatutos pueden seguir imponiendo la delegación pero ya no con el respaldo legal. La principal consecuencia que se deduce es la pérdida de poder de los estatutos, y en definitiva de los socios, frente a quienes ostentan la administración de la sociedad.

Así pues, por un lado, los estatutos podrán determinar exactamente los órganos delegados así como las competencias que corresponden a esos órganos. En este caso, el Consejo no puede modificar esa configuración puesto que la facultad de delegar está subordinada a lo que indiquen los estatutos. Y, por otro, los estatutos pueden imponer la delegación al Consejo, pero no determinar la estructura del órgano delegado, teniendo libertad el Consejo para decidir si es una Comisión ejecutiva, un Consejero delegado o ambos los que desarrollan las facultades que se delegan<sup>281</sup>.

e) Atribución a la Junta General de la decisión sobre la delegación.

Finalmente, también deben considerarse válidas las cláusulas que atribuyan a la Junta General la determinación de la estructura del órgano

---

<sup>280</sup> “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 9122. En términos muy similares, el mismo autor en

“Los administradores...”, *op. cit.*, p. 469.

<sup>281</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 95.

delegado<sup>282</sup>. Por el contrario, son más discutibles las cláusulas por las que se atribuye a la Junta el nombramiento de los titulares que han de ocupar tales cargos<sup>283</sup>, ya que las mismas pueden introducir perturbaciones que las hacen desaconsejables. Así, por ejemplo, se considera que si fuera válida esta facultad de la Junta se privaría al Consejo de la posibilidad, o mejor dicho, facultad de revocar a los delegados por no haberlos designado, es decir, el cese de los cargos delegados vendrá sustraído al Consejo (lo que no permitió la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975). A ello se le añaden los problemas que en orden a la exigencia de responsabilidades surgirían en estos casos<sup>284</sup>. No obstante de lo dicho, la Ley no establece obstáculo alguno en este sentido a la libertad estatutaria.

---

<sup>282</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 371 y 372; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1753; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1825; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 211 y 212; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 96.

<sup>283</sup> Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se admitió que los órganos delegados podían ser nombrados no sólo por el Consejo de administración, sino también por la Junta general, cuando así lo hubieran previsto los estatutos sociales. En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 165 y 166; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss y 275 y ss. Actualmente, están a favor de tal posibilidad ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), pp. 566 y 567, ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 372 y 373; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

Bajo la vigencia de la misma Ley de Sociedades Anónimas, la de 1951, se llegó a admitir, incluso, en la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1979 que en la escritura de constitución – sin existir Consejo de administración– se pudieran designar Consejeros delegados “dado que en nuestro Derecho positivo el num. 5º del art. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas admite la validez de todos los pactos lícitos que los fundadores quieran establecer y que el art. 15 de la misma Ley permite a los fundadores que puedan designar a los administradores de la Sociedad, e igualmente se suele admitir que la Junta general pueda nombrar directamente Consejeros-Delegado, siempre que tal posibilidad aparezca regulada en los Estatutos (...)”.

<sup>284</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 473 y 474 y 487 y 488. Para el citado autor, son válidas las cláusulas estatutarias que confían a la Junta el determinar la estructura del órgano delegado, pero no las que le atribuyan el nombramiento de los titulares de este órgano. Igualmente se refiere a los problemas que suscitan este tipo de cláusulas, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 473 y 474. También en contra de este tipo de cláusulas, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p.87.

En la línea de lo que estudiamos en este lugar, es destacable la R.D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1981. Sostiene la Dirección General en esta Resolución “(...) que el nombramiento de los cargos del Consejo así como el de Consejero delegado corresponde normalmente a la competencia del órgano administrativo, si bien el artículo 77 de la Ley autoriza que los Estatutos puedan disponer otra cosa, precepto que ha servido de fundamento, (...), para que un sector doctrinal estime válido el pacto que permita a la Junta general designar directamente los mencionados cargos, pero en el presente caso hay que observar, que el indicado pacto no sólo no ha sido previsto en los Estatutos sino que por el contrario tales nombramientos aparecen expresamente atribuidos al Consejo de administración, por lo que al constituir los Estatutos la norma por la que se rige la Sociedad, no se puede atentar contra su contenido, en tanto no se modifiquen con arreglo a las normas legales (...)”. Será necesaria la previsión estatutaria que atribuya a la Junta la facultad de designar a los Consejeros delegados ya que, de otro modo, no será inscribible el acuerdo adoptado por la misma en este sentido.

Finalmente, es posible que los estatutos condicionen la delegación de facultades o el nombramiento de los delegados a la Junta. Es decir, que se someta a la aprobación de la Junta tanto los acuerdos de delegación como el nombramiento de los que hayan de ocupar el puesto. Ello implica un control o supervisión sobre el órgano delegado que de otra forma no podría hacerse salvo a la hora de exigir responsabilidades<sup>285</sup>. A este supuesto se refiere la R.D.G.R.N. de 12 de mayo de 1999, en la que se admite, en tanto que válida, una cláusula estatutaria en la que se establece que “el Consejo podrá designar en su seno uno o más Consejeros Delegados, si bien la delegación permanente de todas o algunas de sus facultades y la designación del o de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá la aprobación de la

---

<sup>285</sup> ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1825.

Junta general (...). La iniciativa para delegar, la configuración del órgano delegado, la extensión de las facultades que se delegan y la designación de los administradores que pueden actuar como Consejeros Delegados, son competencia del propio Consejo (...). Ahora bien, por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal -art. 141. 1 LSA- la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga requerirá la aprobación de la Junta general, requisito que ha de entenderse limitado a sus propios términos y que no puede entenderse referido ni a la iniciativa, ni a la configuración de las competencias ni a la elección de las personas (...).”.

En conclusión, debe quedar claro que sin expresa autorización estatutaria la Junta no puede crear órganos delegados ni exigir al Consejo que recabe su autorización para delegar<sup>286</sup>.

No obstante, en este apartado del presente capítulo sólo nos hemos referido a las cláusulas de los estatutos relativas al ejercicio de la facultad de delegar. El resto de las cuestiones meramente apuntadas en el mismo (tales como las relativas al nombramiento de los Consejeros delegados o de los miembros de la comisión ejecutiva) serán examinadas con mayor detenimiento con ocasión del estudio del nombramiento de los delegados.

## **B. EJERCICIO POR EL CONSEJO DE LA FACULTAD DE DELEGAR.**

### **a. Configuración de la competencia del Consejo de administración.**

Si, como hemos advertido antes, “la delegación es el instrumento jurídico establecido por la Ley para organizar los cuadros superiores de la administración, y si el Consejo es el titular legal del poder supremo de

---

<sup>286</sup> MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1755 y 1756 RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 96 y 109. En este sentido también la RDGRN de 8 de febrero de 1979.

dirección, resulta perfectamente lógico que sea él el órgano legitimado para el ejercicio de la facultad de delegar<sup>287</sup>. Al sostenimiento de esta afirmación colaboran una serie de circunstancias. Así, por un lado, sólo será posible el ejercicio de esta facultad cuando el órgano de administración sea un Consejo de administración. Por otro lado, y redundando en la idea que sostenemos, la facultad de delegar es atribuida por la Ley directamente al Consejo cuando el apartado 1 del art. 141 establece que “Cuando los Estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa (...) el Consejo (...) podrá designar de su seno una Comisión ejecutiva y uno o más consejeros delegados (...)”.

### **b. El acuerdo del Consejo de administración.**

#### a) Planteamiento.

Como se deduce de lo dicho hasta este punto la facultad de delegar corresponde, en principio, al Consejo<sup>288</sup> que deberá seguir el procedimiento que marca la Ley para la válida adopción del acuerdo de delegación. Es decir, la validez de la delegación está supeditada a la observancia de las normas que rigen el procedimiento de actuación propio del Consejo. Además, en este caso, el acuerdo a adoptar ha de cumplir determinados requisitos (los del art. 141.2, que comentaremos en breve) que suponen ciertas particularidades respecto al procedimiento normal de adopción de acuerdos por el Consejo. No obstante, en el presente apartado nos vamos a centrar en los rasgos particulares del procedimiento de delegación y vamos a obviar, sin perjuicio de posibles referencias puntuales, los requisitos o elementos comunes a todos los acuerdos del Consejo.

---

<sup>287</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

<sup>288</sup> En este sentido, sostiene IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 155, que “el supuesto verdaderamente generalizado en el tráfico lo constituye la determinación por el propio Consejo de la oportunidad de delegar sus facultades, expresión de la competencia natural que tiene de proceder a organizar su propio funcionamiento”. Sin embargo, añade “que semejante facultad detentada por el Consejo puede atribuirse por vía estatutaria a los propios estatutos o a la Junta general, supuestos ambos que no por su carácter excepcional deben ser silenciados.”.

Centrándonos en el acuerdo de delegación, dispone el art. 141. 2 TRLSA que “La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”.<sup>289</sup>

Las cuestiones a tratar en este lugar son diversas y se presentan unidas de cierta forma. En primer lugar, hay que señalar que son dos los acuerdos a que se refiere este artículo y, por tanto, son dos los acuerdos para los que se exigen los requisitos contenidos en el mismo. A saber:

- El acuerdo de delegación permanente de alguna facultad del Consejo en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado, del que nos vamos a ocupar en este lugar.
- Y el acuerdo de designación de los administradores que han de ocupar estos cargos, cuyo estudio se acometerá en el siguiente capítulo.

---

<sup>289</sup> Desde el punto de vista del Derecho comparado, ninguno de los Ordenamientos jurídicos a los que hemos hecho referencia en las páginas anteriores (Parte Primera, Capítulo I, II) contiene una norma similar a la española, de manera que la validez del acuerdo de delegación de facultades no requiere especiales requisitos para su adopción, sino la mayoría exigida para el resto de los acuerdos del Consejo. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano la decisión sobre la delegación está sometida a lo dispuesto en el art. 2388 *Cod. Civ.*, según el cual “Per la validita' delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e' necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto puo' prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione. Le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto. Il voto non puo' essere dato per rappresentanza. Le deliberazioni che non sono prese in conformita' della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378 In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni”.

De esta manera corresponde estudiar a continuación cuáles son los requisitos para la adopción del acuerdo de delegación permanente, pero antes de hacerlo hay que dilucidar o resolver, en segundo lugar, que es o que debe entenderse por “delegación permanente”. Para un amplio sector de la doctrina la delegación permanente se caracteriza por ser estable y continua<sup>290</sup>. Es decir, la doctrina española más autorizada ha interpretado la permanencia no conforme a parámetros temporales, sino más bien como reflejo de las notas de continuidad, estabilidad y autonomía del órgano delegado. En este sentido, el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS estima que la delegación permanente “(...) se caracteriza, no tanto por la temporalidad, (...), cuanto por los datos de continuidad, estabilidad y autonomía y que se contraponen a otros supuestos de transmisión de facultades concretas y circunstanciales que no pueden considerarse delegaciones en sentido estricto, en la medida en que, (...), sólo la permanencia así entendida permite que la delegación sea fuente de relaciones orgánicas y tipificadora de un órgano delegado, lo que justifica su sometimiento a un régimen especial”<sup>291</sup>. Desde este punto de vista “la delegación propiamente dicha, la que tiene lugar en el seno del Consejo de administración está indisolublemente ligada a la circunstancia de su carácter permanente”, lo cual no excluye la posibilidad de que el Consejo “confiera misiones específicas e individualizadas a alguno de sus miembros”<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> El carácter estable se atribuye a la mayoría de las delegaciones de facultades en el seno del Consejo porque, en la mayoría de los casos, abarcan la totalidad de los asuntos de la sociedad. GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 155.

<sup>291</sup> “La delegación...”, *op. cit.*, p. 97. En el mismo sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 159, fundamentalmente, nota 37.

<sup>292</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 158 y 159 seguido en este punto por RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 97. Tener en cuenta, también, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, p. 367, donde nos dice que “cuando la Ley habla de delegación permanente, no debe entenderse que los titulares de la delegación se independicen en el tiempo del Consejo, de manera que, apartándose de él, constituyan administradores en relación directa con la Junta General; la palabra permanente ha de interpretarse conjuntamente con la que la precede -delegación- y debe, por tanto, querer decir que se atribuye una cierta esfera de autonomía de decisiones, sin necesidad de deliberación del Consejo, pero, siempre, con subordinación a éste y dejando a salvo la responsabilidad del mismo por la delegación”.

En definitiva, sólo las delegaciones así caracterizadas son delegaciones en sentido estricto. Las delegaciones concretas, para un solo asunto, o temporales, para un corto espacio de tiempo, no serán propiamente delegaciones. Estas delegaciones temporales o circunstanciales<sup>293</sup> se configuran como apoderamientos concretos, en los que falta esa nota de permanencia, ya que el Consejo lo puede revocar en cualquier momento<sup>294</sup>. Además, en estos casos se aplicará el sistema ordinario de constitución y adopción de acuerdos del Consejo de administración (arts. 139 y 140 LSA)<sup>295</sup>.

Tampoco requerirá esa mayoría el acuerdo tendente a la modificación o supresión de la delegación que, como es lógico, deberá adoptarse por el órgano legitimado para acordar la delegación<sup>296</sup>. Por otro lado, es difícil admitir la denominación de Consejero delegado para quien sólo ostenta la delegación para un corto espacio de tiempo o un solo asunto, ya que no estamos, como decimos, ante delegaciones propiamente dichas<sup>297</sup>.

---

<sup>293</sup> Considera POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 486, que no cabe hablar de delegaciones temporales, sino de delegaciones circunstanciales o puntuales para determinados asuntos, ya que todas las delegaciones son, por naturaleza, temporales por ser temporal el cargo de administrador.

<sup>294</sup> Como tendremos ocasión de comentar, una de las diferencias principales entre la delegación y el apoderamiento, reside en que, si bien el Consejero delegado puede ser revocado *ad nutum* por el Consejo, el órgano delegado permanece, de modo que puede ser designado otro consejero para ocupar el cargo, cosa que no ocurre en el caso del poder.

<sup>295</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 162; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 85; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1756; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 486; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1826; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 195; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 97.

<sup>296</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 568; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 238; GARRIGUES/URÍA, *Comentario...*, II, *op. cit.*, p.154; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1757; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 487; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 304; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106 y R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975.

<sup>297</sup> Así, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 486.

b) Régimen del acuerdo.

En cualquier caso, la Ley exige para la adopción de tales acuerdos requisitos más agravados que los previstos para el régimen ordinario<sup>298</sup>. En concreto, se prevé una mayoría doblemente reforzada:

- a) Se exige para la validez del acuerdo de delegación permanente el voto favorable de las dos terceras partes, frente a la mayoría absoluta normalmente exigida.
- b) Del total de los componentes del Consejo, frente a los consejeros concurrentes del régimen normal.

Estos requisitos al igual que los demás que exige el art. 141.2 son requisitos necesarios y, además, mínimos, de manera que es posible que los estatutos refuercen este quórum o mayoría exigida sin que, en ningún caso, pueda llegar a exigirse la unanimidad ni suavizarlos<sup>299</sup>. En relación a los mismos, destaca, por otro lado, la R.D.G.R.N. de 25 de mayo de 1998, cuyo Fundamento de Derecho Segundo establece que cuando la aplicación de la norma contenida en el art. 141.2 de una cifra decimal inaplicable a las personas físicas, ésta debe ser redondeada por exceso “(...) en aras de una mayor representatividad del órgano de administración (...)”. Y ello es así porque lo que pretende el art. 141.2 es “garantizar el grado suficiente de adhesión de los componentes de dicho órgano en la adopción de un acuerdo de tanta trascendencia para la sociedad que justifica un régimen más riguroso que el prevenido para los demás acuerdos del Consejo”<sup>300</sup>. La reserva legal del

---

<sup>298</sup> Consideran el profesor GARRIGUES, en GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 153, que la razón de ser de estos requisitos extraordinarios está en que “el consejero delegado o la Comisión ejecutiva van a sustituir al Consejo y a gozar de cierta autonomía, por lo que es lógico que al acto de la delegación concurra la voluntad no sólo de la mayoría de los consejeros asistentes a la reunión, sino de la mayor parte de los componentes del Consejo”.

<sup>299</sup> Estos mismos requisitos son mantenidos por el art. 132.3 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, artículo que se refiere a la delegación de facultades del Consejo de administración en uno o más Consejeros delegados y una o más Comisiones ejecutivas.

<sup>300</sup> En sentido similar se expresa POLO SÁNCHEZ, E., “Reflexiones sobre el régimen de quorums y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima”, *R.D.M.*, nº 128-129, abril- septiembre, 1973, pp. 276 y 277, y en “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 487, cuando

instituto de la delegación a favor de los miembros del Consejo, unida a la exigencia de una mayoría reforzada para la adopción del acuerdo de delegación permanente, parece indicar que siempre que se pretenda atribuir, con carácter permanente, facultades del Consejo a uno de sus consejeros será obligatorio el recurso a la delegación y no al apoderamiento.

c) Inscripción del acuerdo.

De acuerdo con el art. 141. 2 la delegación permanente de alguna facultad del Consejo no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil, de donde se deduce:

1º. Que además del requisito anterior (el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo) la delegación requiere su inscripción en el Registro Mercantil<sup>301</sup>.

2º. Y que, por tanto, la inscripción tiene eficacia constitutiva<sup>302</sup>.

---

afirma que “el cómputo deberá realizarse contabilizando íntegramente o por exceso, so pena de llegar al absurdo de considerar mayorías de dos tercios las que arrojen un resultado de tres votos favorables sobre cinco posibles, cuatro sobre siete, cinco sobre ocho, etc.”. Del mismo tenor, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1757.

<sup>301</sup> Estos dos requisitos del art. 141.2 LSA son los mismos que los que recogía el art. 78. 2 de la LSA de 1951, bajo cuya vigencia la R.D.G.R.N. de 6 de diciembre de 1954 disponía que “entre los acuerdos tomados por los Consejos de Administración los hay ordinarios,(...), y extraordinarios que requieren asistencia mayor y el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros, según resulta del art. 78; acuerdos aquellos que no producen directamente una inscripción registral, sino que sirven de antecedente para un acto o contrato que pueda provocarla, y estos otros que la producen de un modo inmediato”. Por otro lado, la Resolución de 16 de junio de 1973 estima posible la inscripción de un acuerdo de delegación de facultades recogido en una escritura pública cuya fecha de otorgamiento es anterior a la fecha de inscripción en el Registro Mercantil del acto constitutivo de la sociedad.

<sup>302</sup> Así lo reconocen doctrina y la jurisprudencia. Entre otros, GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368; GARRIGUES/URÍA, *Comentario...*, II, *op. cit.*, p. 153; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1757; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 488; ROCA FERNÁNDEZ –CASTANYNS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1827; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 296; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 97 y 98; S.T.S. de 18 de diciembre de 1978 y R.D.G.R.N. de 25 de febrero de 1994 según la cual la eficacia de la delegación de facultades del Consejo de Administración y de la designación del o de los administradores que han de ocupar el cargo está supeditada, de acuerdo con el contenido del art. 141.2, a su inscripción en el RM. Por su parte, la S.T.S. de 1 de marzo de 2001, en de establece que “la exigencia de la inscripción en el art. 141 LSA (...) no se refiere al nombramiento de

En cualquier caso, la inscripción deberá practicarse mediante escritura pública (art. 151.1 RRM) una vez que conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos (art. 150 RRM). La aceptación no consignada en escritura pública, los acuerdos que revoquen la delegación de facultades concedida, así como la renuncia de los delegados, podrán asimismo inscribirse en virtud de los documentos a que se refieren los arts. 142 y 147 RRM. A saber: certificación del acta del Consejo con las firmas debidamente legitimadas, testimonio notarial o copia autorizada de la misma o mediante escrito de renuncia notificado fehacientemente a la sociedad (art. 151.2 RRM).

Inscrita la delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde el nombramiento se retrotraen al momento de la celebración (art. 152 RRM). La eficacia de los actos, por tanto, se retrotrae al momento de su celebración<sup>303</sup>, es decir, se condiciona al hecho de la inscripción, pero sus efectos no tienen lugar a partir de ésta, sino desde el momento de realización de los actos por el delegado.

Finalmente, respecto al contenido de dicha inscripción, señala el art. 149.1 RRM que la inscripción del acuerdo relativo a la delegación de facultades en una Comisión o en uno o varios Consejeros delegados (y al nombramiento de los mismos) “deberá contener la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios Consejeros delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma”. No obstante, en relación al contenido de la inscripción es conveniente

---

administradores sino a la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de las personas que hayan de ocupar tales cargos”.

<sup>303</sup> Idea mantenida por SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 493, siguiendo a POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 488.

tener en cuenta lo dispuesto en la R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1990 que exige una exclusión expresa de las facultades indelegables exigencia que según RODRÍGUEZ ARTIGAS<sup>304</sup> resulta superflua dada la claridad y sencillez de la Ley en este punto. El párrafo segundo añade que “las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta general al Consejo sólo podrán delegarse por éste si se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación”.

## **II. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE DELEGAR: LAS FACULTADES DELEGABLES.**

### **A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.**

En relación con la cuestión que acabamos de estudiar en el apartado anterior, se plantea el problema de determinar cuál es el posible contenido de la facultad de delegar, es decir, cuáles son las funciones que el Consejo puede delegar y a quién puede hacerlo. En definitiva, el contenido de la facultad de delegar se concreta en la atribución de una serie de competencias o funciones que son propias del Consejo al órgano delegado [ya sea consejero(s) delegado(s), ya sea comisión ejecutiva], de ahí que sea necesario determinar qué o cuáles facultades o funciones se pueden delegar, siendo éste uno de los problemas fundamentales que plantea la delegación de facultades en Derecho español<sup>305</sup>.

Como principio general, podemos decir que son facultades delegables las facultades de gestión, no de organización, las de representación<sup>306</sup>, y

---

<sup>304</sup> “La delegación...”, *op. cit.*, p. 98.

<sup>305</sup> Igualmente integra el contenido de la facultad de delegar la determinación de las personas a las que se pueden delegar las facultades delegables. No obstante, este segundo aspecto del contenido de la facultad de delegar será objeto de estudio en el apartado III cuando analicemos la creación y caracterización de los cargos delegados.

<sup>306</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 81; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1761; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 478 y ss.; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1827;

aquellas otras que la Ley o los estatutos no hayan atribuido a otros órganos sociales<sup>307</sup>. En la práctica, lo normal es que los delegados tengan conferidas facultades de representación y de gestión, sea con limitaciones, sea con carácter general, teniendo atribuidas en este segundo caso “todas las facultades legal y estatutariamente delegables” (art. 149.3 RRM). No obstante, existen una serie de límites a las posibilidades de la delegación. En este sentido, al lado de los límites legales a los que nos vamos a referir inmediatamente pueden imponerse otros límites, voluntarios, en los estatutos, en el Reglamento del Consejo y en el acuerdo de delegación.

## **B. LAS FACULTADES DELEGABLES.**

### **a. Límites legales a las facultades delegables.**

Por lo que se refiere a los límites legales impuestos en normas imperativas, el párrafo 2 del apartado 1 del art. 141, establece que “en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella”. Es decir, en ningún caso se podrán delegar<sup>308</sup> la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general ni las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que exista autorización expresa de ésta en este sentido<sup>309</sup>. En cualquier caso, el

---

RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 248; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 481.

<sup>307</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 480 y 483.

<sup>308</sup> Estas facultades no podrán ser objeto de delegación, ni tampoco de apoderamiento. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 125 y 126. También la R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1990, según la cual, “(...) no podrán ser objeto de apoderamiento determinadas facultades que, (...), son legalmente indelegables (...)”.

<sup>309</sup> El art. 132.2 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles amplía o detalla algo más el conjunto de las facultades que se consideran indelegables. En este sentido, dispone que “pertenecen a la competencia propia del consejo de administración, y no podrán ser delegadas, las siguientes facultades: 1ª) La determinación de la política general de la sociedad. 2ª) La organización y funcionamiento del propio consejo. 3ª) La distribución de las cantidades que correspondan al consejo en concepto de retribución basada en una participación en los beneficios. 4ª) El nombramiento y la destitución del personal de alta dirección y de aquellas personas que, aunque vinculadas a la sociedad por relación laboral ordinaria, desempeñen funciones de

carácter negativo del art. 141 pone de manifiesto<sup>310</sup>, una vez más, que la voluntad del legislador ha sido conceder un amplio margen a la autonomía privada en la organización de la administración de la sociedad anónima. No obstante, es evidente que la interpretación de lo que este precepto quiere decir ha de ser estricta<sup>311</sup>. Por otro lado, ese mismo carácter negativo obliga a

---

dirección; el control de la actividad de los directivos, y la determinación del sistema de retribución de estas personas.5ª) La formulación de las cuentas anuales y la presentación de dichas cuentas a los socios. 6ª) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la Ley. 7ª) Los acuerdos relativos a las acciones o participaciones propias. 8ª) Las facultades que la junta de socios hubiera delegado en el consejo, salvo que, en el momento de la delegación o con posterioridad, hubiera sido autorizado por ella para subdelegarlas”.

<sup>310</sup> Como dijimos en otro lugar de este trabajo (Parte Primera, Capítulo I, II, B), en Derecho italiano admitida la delegación, al igual que ocurre en el Derecho español, ésta se encuentra sometida a dos limitaciones: 1ª. La exigencia de que la delegación recaiga sobre miembros del Consejo. 2ª. La prohibición expresa recogida en el párrafo 4º de que se deleguen determinadas funciones, cuales son la redacción del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria (art. 2423), el aumento de capital autorizado por la Junta (art. 2443), y la convocatoria de la Junta general en caso de pérdida de más de una tercera parte del capital (art. 2446), o en caso de reducción del mismo más allá del límite previsto para las sociedades anónimas (art. 2447). A estas funciones que ya eran indelegables antes de la reforma se unen ahora otras dos: las competencias en materia de emisión de obligaciones convertibles, y de proyectos de fusión y de escisión (art. 2420 *ter*, art. 2501 *ter* y art. 2506 *bis*). La razón de la indelegabilidad de estas funciones radica en su particular importancia y en el hecho de que son determinantes de la actividad social. Fuera de estos límites el Consejo goza de una amplia libertad para adaptar los términos de la delegación a las exigencias concretas de la sociedad, libertad que se ve contrarrestada porque el Consejo es totalmente responsable de la administración de la sociedad. Sin embargo, al lado de estas dos limitaciones legales a la delegación, la doctrina italiana señala, por un lado, que tampoco son delegables la vigilancia sobre la gestión, la facultad de cooptación, los poderes delegados por la Junta general en los administradores, y se discute si la convocatoria de la Junta general; por otro, que dentro de las limitaciones a la delegación debe incluirse la necesidad de concretar el contenido exacto de la delegación, basándose para ello en el texto del art. 2381, 3º. Frente a esta opinión hay otro sector de la doctrina que estima que la delegación genérica no supone que ésta no sea válida, sino que comprenderá todos los poderes, funciones o facultades del Consejo que sean legalmente delegables (FANELLI, G., *La delega, op. cit.*, pp. 7 y 19, MINERVINI, *Amministratori..., op. cit.*, p. 461 y PESCE, *Amministrazione..., op. cit.*, pp. 79 a 81). En este sentido, el profesor GALGANO (*Diritto Commerciale..., op. cit.*, p. 274) sostiene que la delegación “*può essere, e di regola è, una delega globale, comprensiva di tutti i poteri di amministrazione, fatta solo eccezione per quelle attribuzioni che, a norma dello stesso art. 2381, sono indelegabili*”.

<sup>311</sup> BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas..., op. cit.*, p. 119 120; GARCÍA LUENGO, R., /SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991, p. 631; POLO SÁNCHEZ, “Los

proceder por exclusión y determinar en primer lugar lo que de acuerdo con la Ley no puede ser objeto de delegación para, sobre la base de su contenido y concretadas las funciones que corresponden al Consejo, determinar que funciones del Consejo se pueden delegar y cuales no.

a) La prohibición de delegar la presentación de balances y la rendición de cuentas a la Junta general.

a') Contenido.

La rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general no pueden, bajo ningún concepto, ser objeto de delegación por el Consejo<sup>312</sup>.

La presentación del balance se encuadra dentro del deber de contabilidad que el ordenamiento jurídico impone a todos los comerciantes y, por tanto, también a las sociedades. Para el cumplimiento de este deber la sociedad anónima, en tanto que persona jurídica, debe servirse de sus órganos. En concreto, en este caso, corresponde al órgano de administración la formulación de los documentos contables y a la Junta general su aprobación. Dice, en este sentido, el art. 171.1 LSA que “Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso las cuentas y el informe de gestión consolidados”. Por su parte, las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (art. 172. 1). Estos documentos, que tienen como finalidad “mostrar la imagen fiel del patrimonio de la situación financiera y de los resultados de la sociedad”, forman una unidad (art. 172.2). Por ello, la referencia del art.

---

administradores...”, *op. cit.*, p. 478. Esta tendencia también se da en el Derecho comparado. Así, en el Derecho italiano, se pronuncian en este sentido BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 47; BORGIOI, A., “La delega di attribuzioni amministrative”, *Riv. Soc.*, 1981, fasc. 1-2, p. 27; CAGNASSO, “L’amministrazione collegiale e la delega”, in *Trattato delle società per azioni*, dir. Colombo e Portale, vol. 4, Torino, 1991.

<sup>312</sup> En el mismo sentido la R.D.G.R.N. de 25 de abril de 1991.

141.1 al balance, debe extenderse a la cuenta de pérdidas y ganancias, a la memoria, al informe de gestión y a la propuesta de aplicación de resultado porque, como decimos, se trata de documentos complementarios que forman una unidad<sup>313</sup>. De hecho, algún autor considera que hubiera sido más adecuada la referencia a la indelegabilidad de la presentación de las cuentas anuales a la Junta general<sup>314</sup>.

Estos documentos redactados por los administradores, o al menos bajo su responsabilidad, han de ser presentados a la Junta para su aprobación. Así se pronuncian los arts. 95 y 212 de la LSA. El primero de ellos establece que “la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”. El art. 212, por su parte, incide en esta idea cuando afirma en su apartado 1 que “las cuentas anuales se aprobarán por la junta general de accionistas”.

Por otro lado, mediante esta presentación se proporciona a los socios un instrumento bastante útil para censurar la actividad de los administradores y exigirles, en su caso, las correspondientes responsabilidades. La aprobación de estos documentos no supone, no obstante, la aprobación de la gestión social. Así resulta del art. 95 citado donde se distingue entre la censura de la gestión social y la aprobación de las cuentas anuales (que no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni la renuncia a la acción acordada o ejercitada). En este sentido, la rendición de cuentas supone la explicación de los actos de gestión que han determinado la situación que ponen de manifiesto los

---

<sup>313</sup> IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 199; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 483; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1828; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 219; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 99; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p.100.

<sup>314</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 483; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 100.

documentos contables y, fundamentalmente, la asunción por los administradores de la responsabilidad de su gestión<sup>315</sup>.

Estamos, por tanto antes dos funciones diferentes (la presentación del balance y la rendición de cuentas) aunque la primera es un elemento indispensable para el correcto ejercicio de la segunda: la presentación de balances es el instrumento más adecuado que tienen los accionistas para censurar la gestión de los administradores, es decir, de pedir la rendición de cuentas por parte de los mismos. Rendición de cuentas que, como pone de relieve la S.A.P. de Jaén de 19 de enero de 1998 (que cita en el mismo sentido la S.T.S. de 1 de marzo de 1994), es una obligación no delegable en cuanto supone la responsabilidad de los administradores instituida como colegio y no con carácter único.

b´´) Significado de la prohibición.

Como señaló en su momento el profesor GIRÓN TENA, el legislador, al imponer la prohibición de delegar las facultades que hemos comentado, ha querido asegurar la subordinación del órgano administrativo estableciendo la indelegabilidad de las funciones que pueden considerarse constitucionales de la sociedad. De esta forma, se consigue que el Consejo en pleno se responsabilice ante la Junta, no sólo de los resultados de la gestión y de la expresión contable de los mismos, sino también de la gestión, es decir, de toda la actividad administrativa<sup>316</sup>.

Es decir, se entiende que es el Consejo en pleno el que debe responsabilizarse ante la Junta de la situación patrimonial de la empresa y de su contabilidad, así como también de su gestión. Por ello, se dice que, en virtud de la prohibición establecida en el art. 141.1 pár. 2º, el Consejo de

---

<sup>315</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 221 y 222; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 99 seguido en este punto por SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>316</sup> *Derecho...*, *op. cit.*, p. 367.

administración es el órgano responsable de toda la actividad de gestión<sup>317</sup>. Parte de la doctrina entiende, además, que al tratarse de funciones constitucionales de la sociedad, si se permitiese su delegación se estaría dejando vacío de competencias al Consejo de administración<sup>318</sup>.

Se trata, por lo demás, de una prohibición absoluta para la que la Ley no contempla excepción alguna<sup>319</sup>.

b) La prohibición de delegar las facultades que la Junta general conceda al Consejo de administración.

a) Contenido.

Tampoco se pueden delegar las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella<sup>320</sup>. Los problemas que plantea este segundo grupo de funciones o facultades que, al menos en principio, son indelegables se centran en dos cuestiones: En primer lugar, la determinación de cuáles son los asuntos propios de la competencia de la Junta

---

<sup>317</sup> Bajo la Ley anterior, en este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>318</sup> En este sentido, GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 367; IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 199; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 482 y 483; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 222 a 224; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>319</sup> En relación a la indelegabilidad de la rendición de cuentas destaca la S.T.S. de 6 de febrero de 2003, cuyo Fundamento de Derecho Sexto establece que “El artículo 171.1 de la Ley de Sociedades Anónimas exige a los administradores la rendición de cuentas y el 141.2 impide que se delegue esta obligación. Es decir, el Consejo de Administración hará la rendición de cuentas, que aprobará, si procede, la Junta General. En el caso presente, es hecho probado e indiscutido que los dos codemandados eran los consejeros-delegados y eran “quienes venían realizando todos los actos y contratos propios del giro o tráfico de la sociedad”, (...), y eran “los reales y efectivos encargados de la administración, representación y gestión de la sociedad. Así, la demanda se dirige a estos, los demandados, consejeros-delegados, efectivos y reales administradores, rindan cuentas de su actuación, presenten los estados de cuentas y los balances, para que el Consejo a su vez, pueda cumplir la obligación del artículo 171, indelegable, según el 141, pero aquello es escalón previo, (...), para esto”.

<sup>320</sup> Considera URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 568, que si estamos ante competencias de la Junta concedidas al Consejo, esta concesión no impedirá su revocación. Tampoco la autorización para delegar será irrevocable.

que se pueden delegar en el Consejo, es decir qué facultades puede delegar la Junta en el Consejo. Y, en segundo lugar, el alcance y las condiciones de la autorización de la Junta.

a''') *Determinación de los asuntos propios de la competencia de la Junta general que puede delegar en el Consejo de administración.* En respuesta a la primera de estas cuestiones, (la determinación de los asuntos propios de la competencia de la Junta), la competencia de la Junta ha de venir determinada por la Ley y por los estatutos. Por ello, la Junta no podrá delegar cualquiera de las facultades que tiene legal o estatutariamente atribuida, sino que sólo podrá delegar en el Consejo aquellas facultades que la propia Ley o, en su caso, los estatutos hayan previsto que pueda confiar a los administradores. En otras palabras, la Junta podrá delegar sus facultades en el Consejo cuando venga autorizado expresamente por la Ley o por los estatutos para ello<sup>321</sup>. Sin embargo, si las competencias han sido atribuidas a la Junta con carácter exclusivo por los estatutos o por la ley, su atribución al Consejo debe rechazarse, porque se entiende que en estos casos se han querido sustraer tales competencias del ámbito de decisión del Consejo<sup>322</sup>.

Dentro de los supuestos de previsión legal expresa, en virtud de la cual la Junta podrá delegar facultades al Consejo, destacan:

1. La delegación de la ejecución del aumento del capital social. El art. 153.1 a) de la LSA dispone que la Junta general, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, podrá delegar en los administradores “la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las

---

<sup>321</sup> GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 367; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 83; POLO SÁNCHEZ, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 484; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 244 y 245; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 100; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 483.

<sup>322</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 484 y bibliografía allí citada.

condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones”. Los requisitos previstos para la modificación de estatutos son los que recoge el art. 103: concurrencia de accionistas en primera convocatoria que posean al menos el 50% del capital suscrito con derecho de voto; y en segunda la concurrencia de al menos el 25% del mismo. Si concurre menos del 50% se requerirá el voto favorable de 2/3 del capital presente o representado. La delegación de esta facultad plantea no obstante, dos cuestiones:

1º. Determinar antes qué figura estamos, ya que, de acuerdo con el contenido del artículo que comentamos lo que se delega no es la ejecución del acuerdo propiamente dicha sino la facultad de acodar la fecha en que se debe ejecutar el acuerdo adoptado por la Junta y fijar las condiciones del acuerdo no adoptadas por ella. Más que de una delegación de la ejecución se trata de una delegación para completar el acuerdo de la Junta<sup>323</sup>.

2º. Determinar cuál es el contenido mínimo del acuerdo que debe determinar la Junta, porque si se delegan aspectos sustanciales del aumento, se desnaturaliza la figura que estudiamos y estaríamos ante un aumento del capital a través del procedimiento del capital autorizado (supuesto que estudiaremos en el apartado siguiente). En este sentido, considera gran parte de la doctrina que son condiciones esenciales del aumento, y por tanto, de necesaria determinación por la Junta<sup>324</sup>: la cifra del aumento; el valor nominal de las acciones; las condiciones en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsada (dividendos pasivos). Por su parte, y de conformidad con lo dicho, los administradores podrán fijar por delegación de la Junta los aspectos

---

<sup>323</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A., “El aumento de capital”, en AA. VV., *Las Sociedades de Capital conforme a la nueva legislación*, dir. por GARRIDO DE PALMA, Trivium, Madrid, 1990, p. 645; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J. A., “La delegación en los administradores del aumento de capital”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, p. 116.

<sup>324</sup> Entre otros, GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, 480 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

siguientes: el precio de emisión; el plazo de ejecución, que no puede ser superior al año salvo para las obligaciones convertibles; forma y plazo de desembolso de los dividendos pasivos (en defecto de cláusula estatutaria); y otras condiciones referidas, por ejemplo, al lugar, forma y sitio de suscripción de acciones<sup>325</sup>. En resumen, corresponde a la Junta determinar las condiciones del aumento y a los administradores las condiciones de la emisión<sup>326</sup>.

Por último, surge la cuestión de si la delegación debe ser expresa o no. Según la doctrina<sup>327</sup>, si el acuerdo de la Junta es válido y eficaz, es decir, la Junta adopta el acuerdo con los requisitos del art. 153 (los de la modificación de estatutos) y fija las condiciones esenciales del mismo antes referidas, no existe problema en considerar otorgada a los administradores la delegación de esa facultad<sup>328</sup>.

2. El capital autorizado. El procedimiento conocido como “capital autorizado” consiste en la posibilidad de que los administradores de una sociedad, en virtud de una autorización que les concede la Junta puedan aumentar el capital de la sociedad, en una o varias veces, hasta una cifra determinada no superior a la mitad del capital social en el momento de la autorización y en plazo máximo de cinco años a contar desde el acuerdo de la Junta. Además deberá realizarse mediante aportaciones dinerarias. Se trata, por tanto, de un mecanismo que permite agilizar las operaciones de aumento de capital<sup>329</sup>. De acuerdo con el art. 153. 1 b) de la LSA también en este caso estamos ante uno de los supuestos en los que es la Ley la que permite la delegación de una

---

<sup>325</sup> ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación en los administradores...”, *op. cit.*, p. 117.

<sup>326</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1990, p. 232

<sup>327</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción...*, *op. cit.*, 179.

<sup>328</sup> Sobre los requisitos exigibles para que la Junta general pueda adoptar el acuerdo de delegar en los administradores la facultad de acordar un aumento del capital social, v. la R.D.G.R.N. de 7 de marzo de 1997.

<sup>329</sup> ROCA FERNÁNDEZ –CASTANY, “La delegación en los administradores...”, *op. cit.*, p. 119.

facultad de la Junta en los administradores, siempre y cuando se den los requisitos y se respeten los límites que el propio precepto establece y que son los que siguen:

- Límite de cantidad. El aumento se hará por una cifra determinada que no podrá ser superior “a la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización”, siendo posible que la Junta establezca, dentro de ese límite, una cifra máxima de aumento. La finalidad de esta limitación es evitar que quede en manos de los administradores la posibilidad de modificar la base financiera de la sociedad<sup>330</sup>. Además, se trata de un límite global de forma que, aunque el aumento del capital se haga en varias veces, no se puede superar sumando los importes de los aumentos que se han realizado.

- Límite temporal, en virtud del cual la autorización que otorga la Junta para aumentar el capital debe realizarse “dentro del plazo máximo de cinco años a contar del acuerdo de la Junta”. En este caso, la finalidad es que los administradores no gocen de la facultad de manera indefinida, de manera que la Junta, cada cinco años, examine si las circunstancias que determinaron la autorización subsisten y valorar si es conveniente conceder una nueva autorización.

- El aumento del capital debe realizarse mediante aportaciones dinerarias.

Finalmente, las modalidades con las que cuentan los administradores para llevarlo a cabo son dos: o bien mediante emisión de nuevas acciones o aumentando el valor nominal de las existentes. En cualquier caso, deben respetarse los límites comentados, fundamentalmente el relativo a las aportaciones dinerarias.

Al supuesto de capital autorizado se refiere, igualmente, el art. 167 RRM en virtud del cual, en la escritura pública que otorguen los

---

<sup>330</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 319.

administradores en el ejercicio de la facultad de aumentar el capital delegada por la Junta deberá expresarse además de las circunstancias a que se refiere el art. 166<sup>331</sup>, el contenido íntegro del acuerdo de delegación, la cuantía dispuesta respecto del límite de la delegación y la que queda por disponer. Además, se entenderá que la delegación subsiste mientras no haya expirado el plazo fijado, aunque cambien los administradores y aunque la Junta acuerde con posterioridad a la delegación uno o varios aumentos del capital social.

Finalmente, el apartado 2 del art. 153 establece que “por el hecho de la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativos al capital social una vez acordado y ejecutado el aumento”.

3. La delegación de la facultad de acordar la emisión de obligaciones ordinarias o convertibles en acciones. A la delegación de la facultad de acordar la emisión de obligaciones se refiere el art. 319 RRM del que se

---

<sup>331</sup> Dice este artículo del Reglamento del Registro Mercantil que en la escritura de aumento del capital deberán constar, además, de los requisitos de carácter general, la cuantía del aumento indicando si se realiza por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las mismas, así como el contenido del contravalor. Si el aumento se realiza por emisión de nuevas acciones, la escritura deberá expresar, además: 1º. La identificación de las acciones; 2º. Las condiciones para el ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte de los accionistas y, en su caso, por los titulares de las obligaciones convertibles; 3º. La prima de emisión, si se hubiera acordado. Si el aumento del capital se realiza por aumento del valor nominal de las acciones, en la escritura deberá constar que todos los accionistas han prestado su consentimiento a esta modalidad de aumento, salvo que se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad. Además, se consignarán la cuantía y las condiciones del desembolso y, si procede, las circunstancias del art. 134 (relativo a los desembolsos pendientes). Finalmente, también se expresará en la escritura: 1º. Que el aumento acordado ha sido íntegramente suscrito, desembolsado y adjudicadas las acciones a los suscriptores o que ésta ha sido incompleta. 2º. Que el pago de la prima, si se hubiere acordado, se ha satisfecho en el momento de la suscripción; 3º. La manifestación de los administradores de que se ha cumplido lo dispuesto en el art. 160 LSA (relativo al boletín de suscripción en caso de oferta pública de acciones y cuando sea necesario los del art. 26 de la Ley del Mercado de Valores, que recoge los requisitos de las emisiones de valores); 4º. La nueva redacción de los artículos de los estatutos sociales relativos a la cifra del capital social y a las acciones, con las indicaciones de los arts. 121 y 122.

deduce que es posible que la Junta delegue en los administradores la facultad de emitir obligaciones. En estos casos, la escritura que otorguen los administradores cuando hagan uso de esta facultad delegada por la Junta (siendo el plazo para ello de cinco años) deberá expresar, además de las circunstancias generales y de las previstas en el art. 310<sup>332</sup>, el contenido íntegro del acuerdo de delegación, la cuantía dispuesta respecto del límite de la delegación y la que quede por disponer.

En relación a la emisión de obligaciones convertibles hay que advertir que, con anterioridad, se prohibía la delegación en los administradores de la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones. Así lo establecía el art. 283. 3 del anterior RRM, aunque dejaba a salvo la posibilidad de delegar la facultad de determinar los extremos no fijados por la Junta que hubiere acordado la emisión de esta clase de obligaciones. Antes esta situación, la posición general de la doctrina fue la de rechazar esta prohibición<sup>333</sup>. Finalmente, este artículo fue suprimido por el RD 2117/1993,

---

<sup>332</sup> El art. 310 RRM establece que “1. La inscripción de la emisión de obligaciones se practicará en la hoja abierta o que a tal efecto se abra a la entidad emisora en el Registro Mercantil, en la que se expresarán las siguientes circunstancias: 1º. La denominación de la entidad, el capital social desembolsado o la cifra de valoración de sus bienes, y, en su caso, el importe de las reservas que figuran en el último balance aprobado y de las cuentas de regularización y actualización de balances aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda; 2º. El importe total de la emisión y la serie o series de los valores que deban lanzarse al mercado, indicando si se representan por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta; 3º. Las condiciones de la emisión, la fecha en que deba abrirse la suscripción y el plazo para su realización; 4º. El valor nominal, así como los intereses, vencimientos y primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere; 5º. Las garantías de la emisión, con indicación de sus datos identificadores y, en su caso, el Registro público donde se ha inscrito la hipoteca o la entidad depositaria de los efectos pignorados; 6º La constitución del Sindicato de obligacionistas, sus características y normas de funcionamiento, así como la indicación de su primer Presidente; 7º. Las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones entre la sociedad y el Sindicato. 2. Si las obligaciones fueran convertibles en acciones, en la inscripción se consignarán las bases y modalidades de la conversión (...)”.

<sup>333</sup> Así, ANGULO RODRÍGUEZ, L., “De la obligaciones” en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F., t. VIII, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 401 a 403 y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La prohibición de delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones: ¿un supuesto de incumplimiento de las directivas comunitarias?”, *La Ley*, 1990. 2, pp. 931 y ss. Finalmente, este

de 30 de diciembre por el que se modifican los artículos 232 y 283 del RRM, en aplicación del art. 25.4 de la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976. En la actualidad se admite la posibilidad de delegar facultades en los administradores en los casos de emisión de obligaciones convertibles en acciones, alcanzando hasta la de acordar la realización de la operación dentro de las condiciones fijadas por la Junta. Es decir, la Junta, único órgano competente para decidir sobre la posibilidad de emitir obligaciones convertibles en acciones, aunque lo haga delegando las más amplias facultades en los administradores, no puede limitarse a aprobar una delegación genérica sino que, además, tiene que adoptar otros acuerdos relativos, como mínimo a: la cuantía total de las obligaciones a emitir; su condición de convertibles; las bases y las modalidades de la conversión<sup>334</sup>; la cuantía del aumento de capital que sea necesario y el plazo máximo para que ésta pueda llevarse a efecto. Por su parte, los administradores, siempre que la Junta haya delegado en ellos las pertinentes facultades, pueden acordar, dentro de los límites establecidos, la emisión de obligaciones convertibles. También es posible, aunque este supuesto no esté expresamente recogido en nuestro ordenamiento, que se atribuyan a los administradores las facultades de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de emitir obligaciones convertibles deba llevarse a efecto en la cifra aprobada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la Junta<sup>335</sup>.

---

artículo fue suprimido por el RD 2117/1993, de 30 de diciembre por el que se modifican los artículos 232 y 283 del RRM, en aplicación del art. 25.4 de la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976. El vigente RRM de 1996 admite la posibilidad de delegar facultades en los administradores

<sup>334</sup> Algunos autores, entre ellos el profesor ANGULO RODRÍGUEZ, “De las obligaciones”, *op. cit.*, pp. 401 y 401, admiten que tanto la determinación de las bases y modalidades de la conversión, como el propio aumento del capital, puedan ser objeto de delegación en los administradores. En contra, SANZ GARCÍA, J., “Emisiones de obligaciones convertibles”, *R.d.S.*, nº 8, 1997, pp. 275 y ss.

<sup>335</sup> Sobre el derecho de suscripción preferente y su exclusión en la emisión de obligaciones, v., SANZ GARCÍA, “Emisión...”, *op. cit.*, pp 281 y ss y bibliografía allí citada.

b''') *Alcance y condiciones de la autorización de la Junta general.* La segunda cuestión consiste en determinar si las facultades que la Junta delega en el Consejo pueden ser delegadas por éste, a su vez. A la vista del último inciso del segundo párrafo del art. 141.1, la respuesta a este problema debe ser afirmativa<sup>336</sup>. Aunque en principio las facultades a las que nos hemos referido son delegables en el Consejo, pero indelegables por éste salvo que la Junta lo autorice. Es decir, la autorización de la Junta hace posible que las facultades concedidas al Consejo puedan, a su vez, ser delegadas. No obstante, no basta para la delegación por el Consejo la previa autorización por la Junta ya que de acuerdo con el art. 149.1 párrafo 2º “las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta General al Consejo sólo podrán delegarse por éste si se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación”.

En definitiva, en este caso nos encontramos ante una prohibición relativa que puede salvarse mediante la autorización de la Junta.

Estos son los tres supuestos a los que se refiere expresamente la Ley como facultades delegables de la Junta en el Consejo. No obstante, el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS considera que a estas tres facultades de la Junta que son delegables en el Consejo se podría añadir, por vía de interpretación analógica, la ejecución del acuerdo de reducción del capital, teniendo en cuenta que el art. 164.2 de la LSA se refiere al contenido mínimo del acuerdo de la Junta, de donde puede deducirse que la determinación de los demás extremos puede atribuirse o confiarse a los administradores<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> No obstante, parte de la doctrina considera que existen razones para negar tal posibilidad basadas, como indica POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 485, “en el carácter excepcional de las normas que amparan las autorizaciones al Consejo”. V. también, IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 200 y 201. Sin embargo, entendemos que de no aceptarse la delegación en estos casos, se estaría dejando sin contenido ni valor la previsión del art. 141.1 de la Ley y la prohibición relativa contenida en el mismo se convertiría en una prohibición de carácter absoluto, como la anterior.

<sup>337</sup> “La delegación...”, *op. cit.*, p. 100. Bajo la vigencia de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, el mismo autor en *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 236 y ss.

b´) Significado de la prohibición.

Esta prohibición se explica, fundamentalmente, por la especial importancia que tienen las funciones que la Junta puede confiar al Consejo de administración. Esta circunstancia justificaría que el desarrollo de las mismas corresponda al Consejo en pleno por las mayores garantías que ofrece la actuación colegiada. No obstante, mediando la autorización de la Junta será posible la delegación de dichas funciones en el seno del propio órgano colegiado.

### **b. La delegabilidad de las demás funciones del Consejo de administración.**

Al margen de los dos supuestos a que expresamente se refiere la Ley, nada más establece respecto a qué materias son susceptibles de delegación. Ante esta situación un sector de la doctrina entiende que son delegables todas las demás facultades del Consejo<sup>338</sup>. El art. 149. 1 RRM parece acoger esta interpretación cuando dice que el acuerdo de delegación deberá contener la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan “todas las facultades legal y estatutariamente delegables”. Por el contrario, otros autores sostienen que existen otros límites a la delegabilidad<sup>339</sup>, es decir, que existen otras facultades que son indelegables. Se trata, entonces, de determinar cuáles son “las facultades legal y estatutariamente delegables” y cuales no lo son. Para ello hay que recordar una cuestión que ya tratamos en su momento<sup>340</sup>: el contenido del concepto de administración o de la facultad de administrar. Decíamos allí, y recordamos aquí, que se suele afirmar que al Consejo de administración le corresponde la

---

<sup>338</sup> Bajo la legislación anterior, IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 195 y 201; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 248. Bajo la Ley vigente, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 478 y 479.

<sup>339</sup> Aceptan la existencia de estos otros límites MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1762; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 100 y ss; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 480.

<sup>340</sup> Primera Parte, Capítulo I, I, B.

administración de la sociedad, entendida como “el conjunto de actos, (...), que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido”<sup>341</sup>. Dentro de la administración se puede diferenciar entre la gestión (actos que son propios de la esfera interna de la sociedad), dentro de la cual podemos diferenciar, a su vez, entre actos relativos a la organización de la sociedad y actos relativos al ejercicio de la empresa social, y representación (actos que relacionan a la sociedad con terceros). Pues bien, teniendo en cuenta esta distinción se consideran delegables las facultades de gestión como las de representación. Por el contrario, se consideran indelegables las llamadas “facultades de organización social”<sup>342</sup>, en cuanto que éstas deben ser desarrolladas necesariamente por el órgano de administración social<sup>343</sup>. Se entiende por facultades de organización de la sociedad: las materias que por afectar a la estructura financiera de la sociedad, están estrechamente vinculadas al deber de contabilidad impuesto a los administradores (propuesta de reducción de capital en caso de pérdidas, memoria en que se ha de justificar la exclusión del derecho de suscripción preferente, la facultad de acordar la distribución de cantidades a cuentas de dividendos) y las actividades por las que se pretende la modificación de la estructura jurídica de la sociedad (aprobación del proyecto de fusión y de escisión, alteración de la composición o funcionamiento del Consejo, et.).

Por lo que se refiere a las facultades de gestión, se puede decir que son delegables “tanto si se refieren a la gestión societaria de tipo interno (...), como a la gestión propiamente empresarial”<sup>344</sup>, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley o convencionalmente. Es decir, los límites a la

---

<sup>341</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>342</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 82; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.* 1763; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 102; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 102; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 480 y 481.

<sup>343</sup> IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 386.

<sup>344</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 478.

delegación (al margen de los legales) serán los que fijen voluntariamente los estatutos sociales o el propio Consejo en el acuerdo de delegación (o incluso en su propio Reglamento interno). Estas limitaciones voluntarias pueden establecerse mediante una relación de las facultades que se delegan (supuesto poco frecuente) o mediante fórmulas amplias a las que se señalan los límites o facultades excluidas del ámbito de la delegación<sup>345</sup>, así como una exclusión de las indelegables<sup>346</sup>. Por otro lado, nada impide que las cláusulas de delegación, además de fijar el contenido de las facultades delegadas procedan a una distribución interna de las mismas entre los órganos delegados<sup>347</sup>.

Por lo que se refiere a las facultades de representación<sup>348</sup>, la representación de la sociedad corresponde a los administradores (art. 128 LSA) y los estatutos deberán determinar a qué administradores en concreto se atribuye tal poder (arts. 9 h) LSA y 124.2 RRM). En este sentido, de acuerdo con el art. 124.2 d) RRM “En el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.

Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios Consejeros Delegados, se indicará el régimen de su actuación”.

---

<sup>345</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.* pp. 250 a 252 e IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.* pp. 205 a 211. Ambos autores recogen las clasificaciones que se han hecho de las posibles cláusulas estatutarias relativas al contenido de las facultades delegables.

<sup>346</sup> Práctica que la ya citada R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1990 convierte en exigencia de los estatutos.

<sup>347</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 479; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “la delegación...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>348</sup> Nos vamos a referir tan sólo a la posibilidad de delegar estas facultades y a las cuestiones que esta circunstancia conlleva, sin perjuicio de que la representación de la sociedad sea estudiada con más detenimiento en otro lugar (Capítulo III, de esta Segunda Parte).

En resumen, las facultades de representación corresponden al Consejo, y éstas se pueden atribuir por los estatutos, además de al Consejo a algunos de sus miembros, o bien delegarse por el Consejo a Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas, sin que ello implique la pérdida de su titularidad por el Consejo que tendrá una competencia concurrente con los delegados.

No obstante, en caso de delegación de las facultades de representación se plantea el problema de la limitación de estas facultades y, más en concreto, de la eficacia de estos límites frente a terceros. Para solucionar esta cuestión, el art. 149. 3 RRM dispone que “el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores”. Y el art. 129 indica que la representación se va a extender a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, y que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. La sociedad quedará vinculada, incluso, frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave de por actos no comprendidos en el objeto social<sup>349</sup>.

Finalmente, como hemos advertido páginas antes, dentro de las facultades indelegables no expresamente detalladas en el art. 141 de la LSA, se deben señalar todas aquellas facultades de organización de la sociedad. Y dentro de las mismas se pueden incluir: el nombramiento de delegados, el nombramiento del presidente del Consejo, el ejercicio de la facultad de cooptación, la aceptación de la dimisión de los consejeros, la redacción del reglamento de régimen interior, la propuesta de reducción de capital en caso

---

<sup>349</sup> Sostiene POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 481 y 482, y bibliografía allí citada, que los arts. 129 LSA y 149. 3 RRM suponen que “la delegación de las facultades representativas por el consejo de administración estará sometida a una total rigidez e inflexibilidad, ya que no existiendo límite legal a la delegación de las facultades representativas ni tampoco pudiéndolo introducir de forma voluntaria, cualquier cláusula de atribución parcial o de distribución de facultades de representación o entre cargos delegados sólo podrá tener eficacia meramente interna y podrá ser desconocida por los terceros”.

de pérdidas (art. 163), la memoria justificativa de la propuesta a la Junta sobre el acuerdo de la exclusión del derecho de suscripción preferente (art. 159), el acuerdo de distribución de cantidades a cuenta de dividendos (art. 216), la redacción del informe sobre el proyecto de fusión y escisión (arts. 264, 254, 257), la redacción del informe que se presenta a la Junta sobre la justificación de la modificación de los Estatutos (art. 144.1<sup>a</sup>), la solicitud de la disolución (art. 262) y el acuerdo de emisión de obligaciones convertibles en acciones<sup>350</sup>.

En este punto, hay que hacer referencia a un supuesto especial: la delegabilidad de la convocatoria de la Junta. Desde el punto de vista doctrinal, la posibilidad de delegar la facultad de convocatoria de la Junta es admitida de manera mayoritaria<sup>351</sup>. Resulta destacable, en este sentido, la opinión de SALELLES CLIMENT que, tras admitir que es posible atribuir la facultad de convocar la Junta al Consejero delegado (o a otro miembro del Consejo), considera que, de esta manera, se simplifica el procedimiento que aquella requiere<sup>352</sup>. Se trata, en definitiva, de una descentralización de funciones que debe ser admitida<sup>353</sup>, entre otras cosas porque, de haberlo pretendido así, el

---

<sup>350</sup> A estas funciones se refieren, en mayor o menor medida, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 102 y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 480 y 484 seguido por SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 102 y 103. También, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 82; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1763 y 1764; ROCA FERNÁNDEZ CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1830.

<sup>351</sup> Admiten la delegación de la convocatoria, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 183; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II. *op. cit.*, p. 144; IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 201 (nota 17); LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 83 y 84; MARTÍNEZ NADAL, A., “En torno a la delegabilidad de las facultades de convocatoria de la Junta en caso de consejo de administración (STS 24 de febrero de 1995), *R.d.S.*, nº 7, 1996, p. 252; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1764; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1831; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 247 y 248; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

<sup>352</sup> *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 333.

<sup>353</sup> De forma mayoritaria la doctrina italiana admite la convocatoria de la Junta en estos supuestos. Así, BORGIOI, “La delega...”, *op. cit.*, p. 36; *L’amministrazione...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss.; CAGNASSO, *Gli organi...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; CALANDRA BUONAURA V.,

legislador la habría excluido expresamente del conjunto de las facultades delegables<sup>354</sup>.

También se manifiesta expresamente a favor de la delegabilidad de la convocatoria de la Junta MARTÍNEZ NADAL, que sostiene que “por su naturaleza de órgano colegiado, la decisión de convocar la junta general corresponde, en principio, al propio Consejo por acuerdo mayoritario, sin que uno sólo de sus miembros, por muy cualificada que sea su posición dentro del mismo, pueda convocarla. No obstante, debido precisamente a esa colegialidad, por razones de agilidad, es admisible la delegación de facultades en uno o varios miembros del Consejo, por delegación expresa configurada en los estatutos o acordada por el propio órgano administrativo, debiendo incluirse en esas facultades delegables la de convocar la junta general, que no resulta excluida, ni en virtud de una interpretación literal del art. 141 TRLSA, ni tampoco, entendemos, en virtud de una interpretación sistemática del conjunto de la LSA”<sup>355</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, sin embargo, podemos encontrar posicionamientos tanto a favor a favor como en contra de tal posibilidad.

---

*Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 66; MINERVINI, *Gli amministratori...*, op. cit., p. 440; PESCE, *Amministrazione...*, op. cit., p. 80. También la doctrina alemana, BAUMBACH/HUECK, *Aktiengesetz...*, op. cit., p. 397; GODIN/WIHELMI, *Aktiengesetz...*, op. cit., p.687; MERTENS,H. J./ZÖLNER, W., *M Kölner Comentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymann, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1985, p. 1091.

<sup>354</sup> En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de octubre de 1998 y la R.D.G.R.N. de 22 de noviembre de 1999 que añade que “la inexistencia de prohibición legal de delegación de la facultad de convocatoria de la Junta se refuerza en la propia naturaleza de la relación jurídica entre el Consejo de Administración y el consejero delegado. La delegación da lugar a un órgano social que asume las competencias que le son conferidas, al tiempo que el Consejo conserva las suyas, y además asume las de control del órgano delegado”.

<sup>355</sup> “En torno a la delegabilidad...”, op. cit., p. 256.

A favor de la delegabilidad de la competencia de la Junta encontramos la Resolución de la DGRN de 20 de marzo de 1991, que declara “la validez de la cláusula contenida en la escritura de constitución de una sociedad (...) por la que, sin perjuicio de la facultad de convocatoria que corresponde al Consejo de administración mismo en cuanto órgano, se confiere a su presidente esta misma facultad”, la Resolución de 7 de diciembre de 1993, en la que admitiendo que “la convocatoria de la Junta es competencia reservada por la Ley al órgano de administración con carácter exclusivo, salvo las únicas excepciones de la convocatoria judicial y la que puede efectuar al Comisario del sindicato de obligacionistas”, declara que “esta reserva de competencia a favor del órgano de administración resulta compatible con la posibilidad de que, tratándose de Consejo de Administración se delegue estatutariamente a favor de uno de sus cargos integrantes la facultad de convocar las juntas generales, pero no con la atribución de esta facultad a persona extraña a aquel cargo”.

Igualmente a favor de esta opción encontramos la Resolución de 11 de marzo de 1999, en la que se resume la posición de la Dirección General en los últimos tiempos a este respecto. En concreto, dice esta Resolución que “Salvo los supuestos excepcionales de la Junta universal o convocatoria por la autoridad judicial o el Comisario del Sindicato de Obligacionistas (cfr. Artículos 99, 101 y 304.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), la convocatoria de la Junta es facultad y en ocasiones obligación de los Administradores, que cuando se constituyen en Consejo presupone el acuerdo del mismo como órgano colegiado. Ahora bien, ante un órgano de administración que adopte aquella estructura, permite la Ley (artículo 141) la delegación de sus facultades bien en una Comisión ejecutiva, bien en uno o más Consejeros Delegados. Dicha posibilidad tiene ciertamente sus límites: Por un lado, en la propia Ley, que en la misma norma habilitante de la delegación -artículo 141.1- excluye de la posibilidad de que lo sea la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda

al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella, límites a los que podrían añadirse otra serie de supuestos en que la posibilidad de delegación resulta dudosa por la propia implicación que el legislador parece haber impuesto a los Administradores, (...), y, por otro, en la libertad de configuración estatutaria del órgano de administración, lo que permite, (...), excluir determinadas facultades de la posibilidad de delegación (...). Fuera de los casos en que entren en juego tales limitaciones, las facultades del Consejo son delegables y entre ellas nada impide que se comprenda la de convocar la Junta general, tal como vino a reconocer la resolución de este centro directivo de 20 de marzo de 1991.

En el presente caso, según resulta de los Estatutos sociales, (...), el Consejo de Administración, entre cuyas facultades se enumera la de convocar Juntas generales ordinarias y extraordinarias, así como ejecutar sus acuerdos, podrá nombrar en su seno una comisión ejecutiva o uno o más Consejeros Delegados (...) sin ningún otro límite a la posibilidad de delegación, (...), y con atribución de todas las facultades previstas en la Ley y los Estatutos sociales, excepto las legalmente delegables.

Del ámbito de tal delegación resulta que no existen más límites a la misma que los legales antes vistos, ni cabe, (...), considerar que se trata de una delegación por el Consejo de facultad que la haya conferido la Junta general, sino de sus propias facultades legales y estatutarias, por lo que ha de concluirse que la facultad de convocar la Junta general estaba delegada, de forma solidaria, en los Consejeros Delegados”.

Finalmente, también admiten la delegación de la facultad de convocar la Junta la Resolución de 22 noviembre de 1999, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de abril de 1993 (aunque la condiciona a la constancia en los estatutos de esta posibilidad<sup>356</sup>), la Sentencia de la Audiencia

---

<sup>356</sup> En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de junio de 2002, aunque en este caso no se admite la delegación de tal facultad por no constar como

Provincial de Valencia de 7 de octubre de 1998, la Sentencia de la Audiencia Provincial del Barcelona de 3 de julio de 2000 y la S.S.T.S. de 4 de julio de 1980 y de 23 de diciembre de 1993.

En contra, aparecen, sin embargo, la Resolución de 20 de diciembre de 1990, y las S.S.T.S. de 25 de abril de 1986, 24 de febrero de 1995 y 4 de diciembre de 2002, según la cual, “la Junta general de deberá ser convocada por los administradores, es decir, por el Consejo de Administración si está constituida y éste puede delegarlo en un miembro del propio Consejo. Pero 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, esta facultad o delegación “será a lo solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria, pero sin que él personalmente y unilateralmente pueda acordarla”, tal como expresa la sentencia de 24 de febrero de 1995, (...), criterio que se reitera”. También en contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de marzo de 1999.

Lo que no es posible en ningún caso, y así lo declara la R.D.G.R.N. de 13 de marzo de 1997 es la atribución de esta facultad a personas ajenas al órgano social por vía de apoderamiento.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta todo lo dicho hasta el momento, aunque el delegado constituye un órgano social distinto del Consejo las facultades que ejerce son las de éste. Es decir, el delegado, dentro de los límites de la delegación ejerce facultades que, mientras subsista la delegación, van a ser compartidas con el Consejo de administración sin que éste quede totalmente liberado de la responsabilidad que le corresponde en razón de la

---

delegada. En relación a esta cuestión, la Resolución de 22 de noviembre de 1999 establece que “admitida la posibilidad de que un consejero delegado proceda a convocar la junta, debe decidirse si para ello tiene que estar especialmente facultado o por si por el contrario es suficiente la mera existencia de un Consejero delegado para entender incluida esta facultad en su ámbito. Al respecto habrá que distinguir entre la delegación de facultades permanentes y globales, excluidas las indelegables por ley, y la delegación parcial, supuesto en el cual será precisa una pormenorización de facultades (artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil)”.

gestión social. Por tanto, aunque el consejero o consejeros delegados o la comisión ejecutiva podrán llevar a cabo por delegación la misma actividad que, en principio, corresponde al Consejo, ello no supone una independencia de los delegados en relación al mismo. El Consejo conserva, en todo caso, la competencia sobre las facultades delegadas y, además, puede impartir las instrucciones oportunas y rectificar la actividad de los delegados. En este sentido se manifiesta la R.D.G.R.N. de 18 de enero de 1991, que declara que “la delegación de facultades, que facilita la administración de la sociedad, no implica la exclusión de competencias y responsabilidades del Consejo”.

Para terminar con esta cuestión merece la pena, aunque sólo sea de forma reducida, comentar qué dispone el Código Olivencia a propósito de la cuestión que tratamos, para saber que es lo que se estima conveniente delegar (y no delegar) desde el punto de vista del gobierno societario. Destaca, en este sentido, que el Informe Olivencia (punto II. 1.2) recomienda, como principios que deben presidir la atribución de facultades del Consejo los siguientes: “El buen gobierno de la compañía debe comenzar con la toma de conciencia por parte del propio Consejo de Administración de que el núcleo de su cometido institucional radica en esa función general de supervisión y, a tal efecto, esta Comisión recomienda que el Consejo asuma expresamente las responsabilidades siguientes: (a) aprobación de las estrategias generales de la sociedad; (b) nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad; (c) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; (d) identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados; (e) determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública.

La Comisión estima que el Consejo debe asumir como indelegables las funciones enunciadas. La importancia que revisten desde el punto de vista del

control de la gestión hace necesario, en efecto, que las decisiones que hayan de tomarse en estos ámbitos se adopten por el Consejo de Administración en pleno y sólo por él. La delegación de facultades decisorias sobre tales materias en otras instancias podría poner en entredicho la efectividad y credibilidad de la función general de supervisión y la propia misión del Consejo. Naturalmente, ello no ha de ser óbice para que el Consejo encomiende a otras personas u órganos de la sociedad labores informativas, consultivas o simplemente ejecutivas en relación con dichas materias.”

En relación con lo dicho, la primera de las Recomendaciones del Código Olivencia establece que se recomienda “que el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento”.

Sobre estas ideas incide, posteriormente, el Informe Aldama.

### **III. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE DELEGAR: CREACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LOS CARGOS DELEGADOS.**

El contenido de la facultad de delegar se completa con la creación y configuración de los órganos delegados que son los que han de ejercitar las facultades delegadas a las que nos acabamos de referir. En esta materia, el art. 141.1 TRLSA se limita a indicar que el Consejo de administración podrá “designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados”<sup>357</sup>. De esta forma, bien a través de los estatutos o bien mediante

---

<sup>357</sup> Sobre esta materia, el art. 132.1 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles dispone que el Consejo de administración podrá designar de su seno “uno o más consejeros delegados y una o más comisiones ejecutivas”. Las diferencias con la actual regulación de las sociedades anónimas, dado que, por un lado, en el Anteproyecto desaparece la aparente referencia a la creación alternativa, bien de una Comisión ejecutiva, bien de uno o más Consejeros delegados y, por otro, se admite expresamente la existencia de varias Comisiones ejecutivas. Además, junto a la figura del Consejero delegado, el art. 123. 4 se refiere al “consejero ejecutivo”

acuerdos del propio Consejo de administración, pero siempre dentro de los límites legales, se puede configurar el órgano administrativo delegado, determinando su estructura y composición en la forma que estime más conveniente a los intereses de la sociedad.

En definitiva, se pueden establecer órganos delegados unipersonales (un único Consejero delegado), pluripersonales (ya se trate de varios Consejeros delegados o de una Comisión ejecutiva) o combinar ambas posibilidades (Comisión ejecutiva y uno o varios Consejeros delegados). Es decir, se admite de forma unánime (aunque la Ley parece referirse a la creación alternativa, bien de una Comisión ejecutiva, bien de uno o más Consejeros delegados), la creación simultánea de una Comisión ejecutiva y de uno o más Consejeros delegados, siempre que los estatutos o el Consejo fijen y distribuyan las competencias que corresponden a uno y otro<sup>358</sup>. Se aduce para ello el criterio de libertad que inspira a la LSA (que, además, se limita a describir las posibilidades de delegación y no a limitarlas) en materia de organización y funcionamiento interno de la administración social en general y de la delegación de facultades en particular, así como las necesidades de organización de la sociedad<sup>359</sup>. No obstante, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, la existencia simultánea de una Comisión ejecutiva y uno o más

---

que puede ser considerado como un Consejero delegado sui generis vinculado a la sociedad por un contrato de servicios cuyo régimen viene determinado en el propio art. 123.4. Se mantiene, sin embargo, el problema de la determinación exacta de las características del Consejero delegado.

<sup>358</sup> Admiten la coexistencia de órganos delegados, LLAVERO RODRÍGUEZ PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 96; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.* p. 1755; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 470 y 471; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 259, 318 y 340; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 476 y 479; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 25<sup>a</sup> edición, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 337. También lo hace IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 149 y 150, quien, a propósito del análisis de la posible coexistencia de órganos delegados, se refiere a la posible coexistencia de Comisiones ejecutivas. Sin embargo, en este caso se llega a una conclusión distinta basada, entre otras razones, en el texto del art. 77 LSA de 1951 (actual art. 141) que se refiere a una Comisión ejecutiva. En el ámbito del Derecho italiano también se ha planteado la duda sobre la coexistencia de los órganos delegados. V., en este sentido, Parte Primera, Capítulo I, II, B, b.

<sup>359</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 470.

Consejeros delegados puede dar lugar a problemas en sus relaciones internas que deberán ser resueltos en los estatutos o sobre los que deberá decidir el Consejo, en cuanto órgano superior<sup>360</sup>. Cuando las competencias de cada uno de los órganos delegados no son coincidentes no se plantea ningún problema, porque cada uno de ellos actuará dentro de los límites de sus facultades, respetando el correspondiente a los demás órganos delegados. Los problemas surgen en caso de coincidencia, total o parcial, de las facultades delegadas a la Comisión y a uno o varios órganos unipersonales. Este problema de coincidencia de facultades delegadas nos será tratado posteriormente al estudiar cada uno de los órganos delegados y sus posibilidades de actuación.

En cualquier caso, como afirma POLO SÁNCHEZ, “la elección de cualquiera de estas posibles formas de configurar la administración delegada es, en definitiva, una opción de la política gestora de la sociedad que lógicamente se apoyará en criterios de eficacia, de unidad de mando o de separación de funciones. No hay obstáculo alguno para que las facultades delegadas por el consejo de administración sean distribuidas entre los consejeros delegados o los miembros de la comisión ejecutiva, o bien para que recaigan sobre todos o parte de ellos de forma concurrente (...). Lo que es necesario, en todo caso, es que los estatutos y, en su caso, el consejo fijen y distribuyan estas competencias de modo inequívoco y prevean el modo de actuación de cada uno de los cargos al proceder a su establecimiento”<sup>361</sup>.

A estas cuestiones nos vamos a referir con más detalle a continuación. No obstante, conviene dejar claro que cualquiera que sea la modalidad y estructura del órgano delegado, las competencias atribuidas las sigue conservando el Consejo, creándose una esfera de “competencias

---

<sup>360</sup> IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 290 y ss y 304 y ss y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 346 y ss.

<sup>361</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 470 y 471.

concurrentes”<sup>362</sup> entre ambos (Consejo/órgano delegado). En definitiva, aunque exista delegación de facultades, no se altera la estructura monista y la existencia de un solo órgano de administración<sup>363</sup>.

#### **A. CONSEJEROS DELEGADOS: UNIDAD O PLURALIDAD.**

Como se deduce del tenor literal del art. 141.1 TRLSA, el cargo de Consejero delegado puede ser único o plural, es decir, se puede nombrar un solo Consejero delegado o se pueden nombrar varios Consejeros delegados. A ambas posibilidades nos vamos a referir separadamente.

##### **a. Consejero delegado único.**

El cargo de Consejero delegado, cuando es único, no plantea problemas distintos de los que se suscitan cuando la administración de la sociedad se atribuye a un administrador único: la voluntad del titular del cargo se identifica con la voluntad del cargo, de ahí la facilidad de su formación. La diferencia principal con el supuesto de administrador único radica en las relaciones con el Consejo de administración a las que haremos referencia en otro lugar<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 371 a 373; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interior...”, *op. cit.*, pp. 1753 y 1754; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 99; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>363</sup> MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interior...”, *op. cit.*, pp. 1753 y 1754; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 469 y ss; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 106 y 107; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 470 a 472.

<sup>364</sup> Parte Segunda, Capítulo III, I, A.

Por otro lado, es posible, y así lo admite parte de nuestra doctrina<sup>365</sup>, que se acumulen el cargo de Presidente del Consejo y el de Consejero delegado, aún cuando conserve la denominación de Presidente. En estos casos, los estatutos o el propio Consejo, en virtud del principio de autonomía consagrado en el art. 141, pueden atribuir al Presidente del Consejo las más amplias funciones o facultades de gestión, dirección y administración social, situándolo en la cúspide de la organización corporativa. De esta manera “mientras nuestro Ordenamiento parte de una consideración del Presidente como figura no especialmente orientada a la dirección de los asuntos sociales, la autonomía que concede en orden a la organización de esa actividad tanto a la sociedad, por la vía de los Estatutos, como al propio Consejo, que tiene un medio de expresión importante en los Reglamentos de Régimen Interno, está siendo utilizada en la gran S.A. para darle al Presidente un papel primordial en las tareas directivas, sin privarle de otras”<sup>366</sup>. Por esta vía, a la que nos referimos, se fortalecen los poderes del Presidente convirtiéndolo en Presidente-ejecutivo, el primero de los ejecutivos en la terminología del *Corporate Governance*.

El problema que se plantea en los casos que comentamos es que, en la práctica, se termina por derivar en un régimen presidencialista en el que el Presidente del Consejo asume poderes omnímodos y absolutos en la dirección

---

<sup>365</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 95 y 104; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1749 y 1750; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.* pp. 457 y 458; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 254 y 255; SACRISTÁN REPRESA, M., “El presidente del Consejo”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 256 y 257; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 258; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.* pp. 457 y 458 y 476 y 477. En la realidad italiana es frecuente que los cargos de presidente y de administrador delegado se reúnan en una misma persona o que al Presidente se le atribuyan también poderes operativos aunque existan administradores delegados. En ambos casos es facultad del Consejo atribuir poderes ejecutivos o de gestión al presidente (V. Parte Primera, I, II, B, b).

<sup>366</sup> SACRISTÁN REPRESA, “El presidente...”, *op. cit.*, p. 259.

de la sociedad. En relación a esta cuestión resulta destacable lo dispuesto en los textos que sobre el gobierno de las sociedades existen en nuestro país.

Por un lado, el Informe Olivencia (II. 3.2), tras poner de relieve la importancia de la figura del Presidente del Consejo en cuanto persona que debe asumir el liderazgo de la sociedad promoviendo el correcto funcionamiento del Consejo, detecta un exceso de presidencialismo en el funcionamiento de los Consejos de administración. En concreto, dispone que entre los distintos problemas que plantea la figura del Presidente del Consejo de administración “el más delicado versa sobre la oportunidad de separar o de acumular los cargos de Presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad” porque “cualquiera de las alternativas ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación (...) puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y externo; y, facilitar el reclutamiento de las personas más competentes para encabezar las sociedades cotizadas. Pero ello no debe hacer olvidar las dos principales desventajas que presenta esa solución, a saber: que concentra demasiado poder en manos de una única persona, y que puede confundir dos tipos de tareas y responsabilidades cualitativamente distintas como son la de dirigir el Consejo y la de gestionar la sociedad; todo lo cual puede hacer más difícil para el Consejo, en su conjunto, el eficaz desarrollo de la función de supervisión. En tales circunstancias, considerando además que la conjunción de cargos es la pauta más generalizada en nuestro país, como en los de nuestro entorno, la Comisión reconoce que, en este momento, no es oportuno ofrecer una directriz general. No obstante, la preocupación por preservar las mejores condiciones para el buen desarrollo de la función general de supervisión nos lleva a aconsejar la adopción de algunas medidas de cautela para el caso de que se opte por la acumulación de cargos. De lo que se trata es de crear contrapesos que permitan al Consejo funcionar con la mayor independencia del equipo de gestión y conservar su capacidad para fiscalizarlo. Las medidas a que

aludimos pueden arbitrarse de muchas maneras, aunque probablemente la más efectiva consista en designar, de entre los consejeros independientes, un Vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias de convocar el Consejo, incluir nuevos puntos en el orden del día, remitir información a los consejeros y, en general, hacerse eco de sus preocupaciones. En todo caso, parece aconsejable complementar las medidas con la previsión de que el Consejo evalúe una vez al año la labor del Presidente en su condición de tal y en su condición de primer ejecutivo de la compañía”. A estas cautelas se refiere la Recomendación 5ª del Código cuando establece “que, en el caso de que el Consejo opte por la fórmula de acumulación en el Presidente del cargo de primer ejecutivo de la sociedad, adopte las cautelas necesarias para reducir los riesgos de la concentración de poder en una sola persona”<sup>367</sup>.

Por su parte, el Informe Aldama (IV, 4), ante la duda sobre si es conveniente o no la acumulación de cargos a que nos referimos, sostiene que “la Comisión ha estimado, (...), que, debía reiterar el criterio de la Comisión Olivencia, incluidas sus cautelas. En última instancia, este criterio se justifica en la convicción de que la opción por una estructura de liderazgo de uno u otro

---

<sup>367</sup> Para un análisis mas en profundo del contenido del Informe Olivencia en la cuestión que tratamos, v. SACRISTÁN REPRESA, “El presidente...”, *op. cit.*, pp. 259 y ss, y bibliografía allí citada. En términos resumidos, considera este autor que la solución que se propone es respetar la situación actual de acumulación de funciones aunque incrementando los controles al poder del Presidente. No obstante, no está del todo de acuerdo con la primera de las medidas de cautela que propone el Informe Olivencia, y que consiste en desplazar la facultad de control a otra persona del Consejo. Estima preferible, sin embargo “confiar en los restantes mecanismos puestos en marcha y perfeccionados al compás de estas reflexiones sobre el Gobierno corporativo. Es una buena idea la de propiciar una valoración del Presidente, pero también la de la actuación de los otros consejeros, incluidos los independientes en el seno del Consejo, realizada por una instancia externa al mismo. El propio Informe Olivencia, en una de sus recomendaciones (núm 8, pp. 64) alude a una comisión denominada de “evaluación del sistema de gobierno” (cumplimiento) que podría cumplir en función. Caso de que así fuese, no parece conveniente su refundición con la de Auditoría, prevista como admisible en otro lugar del informe (pp. 29)”. En cualquier caso, “el camino seguido en nuestro país puede considerarse aceptable, siempre que se considere lo hasta ahora realizado como el comienzo del mismo.”

tipo -dual o unitaria- no puede formularse con carácter de regla general, sino que depende crucialmente de las circunstancias de cada empresa”.

**b. Varios Consejeros delegados.**

Cuando los Consejeros delegados son varios, caben dos posibilidades en cuanto a su forma de actuar:

1. La posibilidad de que se les dote de funciones distintas y separadas.
2. La posibilidad de que estas funciones sean total o parcialmente comunes.

a ^) Varios Consejeros delegados con funciones distintas y separadas.

En este caso, cada delegado deberá desarrollar su actividad dentro de los límites de sus facultades, respetando el sector de competencia de los demás Consejeros delegados. En cualquier caso, si las competencias se refieren a las facultades de representación, hay que tener en cuenta que estas facultades tienen carácter indeformable, lo que supone que la distribución de las mismas tendrá alcance meramente interno. Así lo ha manifestado, aunque en relación al órgano administrativo de una sociedad integrada por varios administradores, la R.D.G.R.N. de 12 de junio de 1992.

Por otro lado, en caso de que se planteen conflictos de competencia entre los delegados, éstos deberán ser resueltos por el órgano de administración, por su condición de órgano delegante.

b ^) Varios Consejeros delegados con funciones total o parcialmente comunes.

En este caso, la cuestión más relevante se centra en su forma de actuación que puede ser conjunta o solidaria.

a ^^) La actuación solidaria.

La actuación solidaria no suscita especiales problemas. En estos casos, los Consejeros delegados gozan de gran autonomía en su actuación sin que sea

necesaria la adaptación recíproca de su actividad, es decir, cada uno de ellos está facultado para actuar con independencia de los demás. Además, como medio de coordinar la actuación de los delegados, cada uno de los consejeros tiene, respecto de la actuación del otro y en el ámbito de las facultades o competencias comunes, un derecho de oposición. Derecho de oposición directamente vinculado al deber de diligencia de cada uno de los administradores en el ejercicio de su cargo (art. 127 TRLSA)<sup>368</sup>.

Respecto al ejercicio separado de las atribuciones comunes considera IGLESIAS PRADA que puede establecerse tanto por vía estatutaria como a través del acuerdo de delegación. Sin embargo, al margen de una formulación concreta de este principio de actuación solidaria, “ésta puede considerarse como solución natural de todos los supuestos en que la forma de desarrollar dichas actividades no haya sido prevista ni en las disposiciones de los estatutos ni en el acuerdo de delegación”<sup>369</sup>. Apoya esta afirmación en los arts. 129 CCom y 1695.1º CC. El primero de los artículos mencionados se refiere a la administración de las sociedades colectivas en las que, en caso de silencio del contrato social, todos los socios podrán concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes. El segundo de los artículos, el del Código Civil, establece para las sociedades reguladas en el mismo una serie de reglas para los casos en los que no se haya estipulado el modo de administrar. Y la primera de estas reglas establece que “Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la

---

<sup>368</sup> Entiende SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.* p. 111 que “Del deber de vigilancia de cada uno de los administradores que resulta del ejercicio del cargo con la diligencia de un ordenado empresario (art. 127 TRLSA), se sigue que los consejeros delegados puedan oponerse internamente a las operaciones que cada uno de ellos intente realizar en ejercicio de las atribuciones comunes antes de que sea cumplida”.

<sup>369</sup> *La administración...*, *op. cit.*, p. 295. En sentido distinto, GARRIGUES, *Curso...*, *op. cit.* I, p. 297, se inclina hacia un régimen de mancomunidad, aunque poniendo de relieve los inconvenientes del sistema frente a las necesidades propias de una rapidez de decisión en la esfera administrativa de la sociedad.

sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal”.

b´´) Actuación mancomunada.

La delegación de funciones para ser ejercitadas conjuntamente supone que cada delegado necesita el consentimiento de los demás para poder realizar cualquier acto de su competencia. En caso de actuación conjunta la principal duda radica en si en el supuesto de que sean más de dos los Consejeros delegados, han de constituir necesariamente una Comisión ejecutiva, a semejanza de lo que sucede con el órgano de administración de acuerdo con el art. 136 LSA y art. 124 RRM, o no. En la actualidad se admite la pluralidad de miembros de actuación conjunta sin que ello suponga la aparición de un órgano colegiado<sup>370</sup>, fundamentalmente porque “impedir la atribución mancomunada de facultades delegadas a tres consejeros constituye una restricción a la autonomía de la voluntad que debiera contar con una expresa prohibición, y que, al no existir, probablemente deba llevar a entender que es posible dicha estructura”<sup>371</sup>.

Sin embargo, otros autores entienden que debe tenerse en cuenta que la LSA exige la colegialidad “cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas” y que si bien se refiere al Consejo de administración, quizá habría que extender esta exigencia a todos los supuestos en los que hay

---

<sup>370</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 470; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 109 y 110. Las razones que aporta este autor para sostener esta afirmación son dos: “De un lado, por la flexibilidad de la configuración estructural del órgano pluripersonal de administración en nuestro ordenamiento; la colegialidad no es principio esencial de su funcionamiento. De otro, porque sería contradictorio admitir la atribución a un Consejero de todo el poder delegado y no obstante excluir que el ejercicio de este poder pueda condicionarse al sometimiento de otros consejeros delegados. Además, si los consejeros a quienes se atribuye de manera conjunta el ejercicio de las facultades delegadas tuvieran que actuar necesariamente de modo colegiado, no tendría sentido la previsión legislativa de poder designar una Comisión ejecutiva como forma de descentralizar las funciones en el seno del propio Consejo.”

<sup>371</sup> En este sentido, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1754.

más de dos administradores actuando conjuntamente<sup>372</sup>. La principal razón para mantener este argumento reside en que, en algunos casos, el nombramiento de tres o más Consejeros delegados para que actúen conjuntamente supondría burlar la garantía que lleva implícita la actuación colegiada<sup>373</sup>. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de un Consejo de administración integrado por tres administradores que designa a los tres como Consejeros delegados para que actúen conjuntamente.

En cualquier caso, como pone de manifiesto el art. 149.1 RRM , “en el supuesto de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma”<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 95; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1834; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 105 y 106; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 478. Por su parte, IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 300 y 301, considera que si la Ley ha orientado la actuación conjunta del órgano del órgano administrativo en una determinada dirección y los órganos delegados han de modelarse no sólo siguiendo la estructura del tipo social al que pertenecen, sino también la propia del órgano primario cuya competencia comparten es correcto acudir a este precepto (al 73 de la LSA de 1951 y 136 de la actual LSA) cuando la administración delegada se confía conjuntamente a varios órganos que habrán de actuar en forma colegial. Sin embargo, el mismo autor considera que “un excesivo formalismo en la estimación de nuestro punto de vista ocasionaría dificultades y trastornos en el funcionamiento en los casos de pluralidad de órganos delegados con facultades parcialmente comunes. Semejante rigor (...) desembocaría en una coexistencia de Comisión ejecutiva, para el ejercicio de las facultades comunes, y varios consejeros delegados para el desarrollo de los sectores de competencia no coincidentes. La conclusión, sin embargo, debe ser rechazada (...). En los supuestos de competencias parcialmente comunes (...) lo que procederá respecto de las que sean coincidentes en varios órganos es una deliberación presidida por dichos principios que, inicialmente, rechazan la unánime decisión requerida por la mancomunidad, sin que *de iure* exista una comisión ejecutiva”.

<sup>373</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106. En contra, SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>374</sup> Considera ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de las sociedades de capital. Parte Segunda: El administrador. El Consejo de Administración”, en AA. VV., *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, vol. 2º [*Derecho de Sociedades. Parte Especial (I)*], coordinado por DELGADO DE MIGUEL, J. F., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 614 y 615, que este párrafo podría entenderse en el sentido de permitir la modalidad solidaria con imposición de mancomunidad para determinados acuerdos. Tal posibilidad sólo puede tener eficacia interna y

## **B. COMISIONES EJECUTIVAS.**

### **a. Caracterización general.**

En cuanto a la Comisión ejecutiva<sup>375</sup>, no se duda en la actualidad de su carácter de órgano colegiado, si bien la Ley de Sociedades Anónimas no dice nada en este sentido ni tampoco sobre el funcionamiento de la misma y su procedimiento de actuación, de forma que la libertad de organización de la Comisión ejecutiva es total<sup>376</sup>.

La configuración del órgano delegado en forma de Comisión ejecutiva es común en las grandes sociedades, en las que los Consejos de administración suelen estar compuestos por un número muy elevado de Consejeros lo que dificulta sus reuniones y la toma de decisiones. En definitiva, en estos casos resulta difícil llevar directamente por el Consejo la administración de la sociedad. Para estos supuestos, la Comisión ejecutiva actúa como un Consejo de administración restringido. Es un órgano colegiado que funciona dentro de otro órgano colegiado, el Consejo, pero que por estar compuesto de pocos miembros puede reunirse con mayor facilidad y adoptar decisiones con mayor rapidez y eficacia<sup>377</sup>. En cualquier caso, debe quedar claro que Consejo y Comisión son dos órganos vinculados entre sí pero distintos, estando la Comisión subordinada al Consejo.

Por otro lado, las funciones de la Comisión ejecutiva consisten en preparar los asuntos que han de ser resueltos por el Consejo y en dar ejecución a las decisiones de éste, la dirección de la marcha de la sociedad, la

---

así deberá hacerse constar (Resoluciones de 12 de junio y de 2 de diciembre de 1992), y ello por cuanto la seguridad del tráfico no permite oponer las limitaciones a una delegación solidaria (art. 129 TRLSA). Sí en cambio, puede configurarse una delegación mancomunada con autorización individual para actos de menor cuantía, por ejemplo (posibilidad que también puede instrumentarse por vía de apoderamientos internos recíprocos entre los delegados. V. las Resoluciones de 12 de septiembre de 1994 y de 30 de diciembre de 1996).

<sup>375</sup> La Comisión ejecutiva puede recibir en la práctica otras denominaciones tales como las de “comisión permanente”, “ejecutiva” o “delegada”.

<sup>376</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.* p. 471, seguido en este punto por SALELLES CILMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>377</sup> BÉRGAMO, *Sociedades...*, *op. cit.*, p. 126; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 140.

coordinación de la actividad de gestión, la aprobación de determinados actos y contratos...etc<sup>378</sup>. Como podemos comprobar la actividad de la Comisión se desenvuelve, normalmente, en la esfera interna de la sociedad aunque, en ocasiones, ostente la representación de la misma<sup>379</sup>.

**b. Normas de funcionamiento.**

Las normas relativas a la Comisión ejecutiva serán fijadas en los estatutos o, en su caso, por el Consejo<sup>380</sup>. De la misma manera, es posible que sea la propia Comisión ejecutiva la que se autorregule, aunque deberá respetar, “cuanto por las vías precedentemente señaladas se hubiera prescrito sobre su funcionamiento”<sup>381</sup>.

Para el caso de que ni los estatutos ni el Consejo ni la Comisión hayan establecido el procedimiento de actuación de la Comisión ejecutiva, deberán aplicarse por analogía las normas de funcionamiento del propio Consejo de

---

<sup>378</sup> Esto no significa que la Comisión se independice del Consejo, sino que entre ambos órganos media una amplia relación de confianza, que se incrementa por el hecho de que los miembros de la Comisión son a la vez miembros del Consejo. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 257. El mismo autor en la misma obra (pp. 346 a 348), a propósito de las relaciones que surgen entre la Comisión ejecutiva y los Consejeros delegados, expone que “la Comisión ejecutiva, en razón de su composición, funcionamiento y atribuciones, es, (...), un auténtico C.A reducido, cuyas principales funciones consisten en vigilar y coordinar la actividad de gestión en los intervalos de las reuniones del Consejo y en la preparación de los acuerdos de este órgano. Todo ello, unido a la mayor asiduidad de sus reuniones, permite suponer que la Comisión desempeñará, con relación a los Consejeros delegados y al resto de los elementos que integran la organización de la administración, una función similar a la que, en principio corresponde al C.A (...). En consecuencia, el Consejero delegado informa a la Comisión del desarrollo de la gestión y, en base a esta información, la Comisión adopta las medidas necesarias (...). Ello implica, sin embargo, una subordinación en sentido estricto del Consejero delegado con relación a la Comisión (...). Estas consideraciones se apoyan en la idea de jerarquía que debe presidir la organización de la administración y permiten explicar la función de la Comisión, como Consejo de Administración reducido, y la función del Consejero delegado como coordinador de la administración y de la dirección de la sociedad”.

<sup>379</sup> BÉRGAMO, *Sociedades...*, *op. cit.*, p. 127; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 140; URÍA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>380</sup> Sostiene GARRIGUES, en GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 140, que “en defecto de cualquier otra solución, la propia comisión podría dotarse de una autorregulación”.

<sup>381</sup> IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 306.

administración<sup>382</sup>. Es decir, teniendo en cuenta la naturaleza de la Comisión y su carácter de órgano colegiado, le son aplicables las normas sobre el funcionamiento del Consejo. Existen, en este sentido, diversos ejemplos en los que expresamente se pone de manifiesto la aplicación de las normas del Consejo a la Comisión ejecutiva. Así, el art. 143 LSA aplica el mismo régimen para la impugnación de los acuerdos del Consejo de administración y los de la Comisión ejecutiva (“o de cualquier otro órgano colegiado de administración”, dice el precepto que comentamos). También el art. 26.1 CCom que establece un régimen común para el libro de actas del Consejo y de la Comisión.

Del mismo modo, se aplicará a la Comisión ejecutiva lo dispuesto en los arts. 139 y 140 de la LSA. De esta forma el quórum de asistencia será el que determina la Ley para el Consejo de administración en el art. 139 LSA, en virtud del cual “el Consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes”. Por lo que se refiere a la adopción de acuerdos, y como órgano colegiado que es la Comisión, ésta se produce por mayoría de votos de los concurrentes a la sesión, en virtud de la aplicación analógica de

---

<sup>382</sup> Opinión unánime, tanto bajo la vigencia de la LSA de 1951, como bajo la actual LSA. Así, GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, p. 636; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 140; IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 148, 307, 309 y 315; LOJENDIO OSBORNE, I., “Los administradores de la sociedad anónima”, en AA. VV., coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, 8<sup>a</sup> ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 354; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 95; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1755; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 471; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 478; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp., 315, 319 y 320; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106. En contra, SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 108, basándose en la diferente configuración de la colegialidad como principio de funcionamiento de la comisión ejecutiva en relación con el Consejo de administración.

No obstante, al margen de que la mayoría de nuestra doctrina admite la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del Consejo a la Comisión, debemos recordar la escasez de normas que contiene la LSA en relación al funcionamiento del citado órgano de administración ya que, como advertimos en su momento (Parte Primera, Capítulo I, III, E), la Ley ha dejado un amplio margen de libertad para la organización del mismo.

lo dispuesto en el 140 de la LSA<sup>383</sup>. También será posible, de acuerdo con el apartado 2 de este artículo, la votación por escrito y sin sesión cuando ninguno de sus miembros se oponga a este procedimiento.

Finalmente, decir que en caso de que se produzcan vacantes en la Comisión ejecutiva se proveerán por acuerdo del propio Consejo y con el quórum de votación del art. 141.2 (las dos terceras partes de los componentes del Consejo).

A todo lo dicho sobre la Comisión ejecutiva, podemos unir las consideraciones del Informe Olivencia a propósito de la misma. En concreto, el punto II. 3.5 establece que, en relación a los órganos delegados, “las preocupaciones de esta Comisión se centran especialmente en las Comisiones Ejecutivas y en su manifiesto protagonismo en la vida de muchas compañías, que en ocasiones puede llegar a ensombrecer e incluso anular los papeles de liderazgo y fiscalización que cumple desempeñar al Consejo. Esto no significa, (...), que se desaconseje la existencia de Comisiones Ejecutivas - instrumento de gran valor en el seno de las organizaciones más complejas-, aunque su necesidad tenderá a disminuir a medida que se vayan adoptando las recomendaciones contenidas en este Informe, sobre todo las relativas al tamaño del Consejo y a la frecuencia de sus reuniones. En todo caso, (...), se recomienda que la composición de la Comisión Ejecutiva refleje fielmente la composición del Consejo y reproduzca en su seno el equilibrio entre los distintos tipos de consejeros.

La existencia de una Comisión Ejecutiva no releva ni reduce las responsabilidades del Consejo y de sus consejeros en el cumplimiento de sus funciones de supervisión, tantas veces mencionadas. Las relaciones entre ambos órganos han de estar presididas por un principio de transparencia y, en este sentido, la Comisión recomienda adoptar las medidas precisas para

---

<sup>383</sup> Bajo la LSA de 1951, y en relación al art. 78.1 de la misma, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 140 y 141; IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 315; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 325.

asegurar que el Consejo tenga conocimiento completo de todos los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión Ejecutiva”.

Finalmente, en relación con la composición de la Comisión ejecutiva, caso de que exista, la Recomendación 7<sup>a</sup> establece que ésta debe reflejar el mismo equilibrio que mantenga el Consejo entre las distintas clases de consejeros, y que las relaciones entre ambos órganos deben inspirarse en el principio de transparencia, de manera que el Consejo tenga conocimiento completo de los asuntos que se tratan y de las decisiones que se adoptan en el seno de la Comisión.

El Informe Aldama, por su parte, se refiere a la Comisión ejecutiva o delegada considerándola definiéndola “como órgano en el que el Consejo delega total o parcialmente, de forma estable o permanente, el ejercicio de sus funciones para la adopción de acuerdos sobre la administración y gestión de la sociedad”. Corresponde al Consejo de Administración decidir sobre la composición de esta Comisión, recomendándose que, cuando la comisión ejecutiva asuma totalmente o de manera significativa las facultades del Consejo, su composición sea similar a la del propio Consejo por lo que respecta a la participación en la misma de las diferentes categorías de consejeros (Sección III, 5.1).

### **C. RECOMENDACIONES DEL CÓDIGO OLIVENCIA Y DEL INFORME ALDAMA SOBRE LOS DELEGADOS Y SOBRE LA CREACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES DE LAS COMISIONES DELEGADAS.**

#### **a. Planteamiento.**

Como dijimos en su momento<sup>384</sup>, las ideas sobre el gobierno corporativo inciden sobre la estructura de la administración de las sociedades a las que se aplica, entendida ésta (la estructura de la administración) como “órgano u órganos y comisiones a los que se confía la gestión de la empresa y

---

<sup>384</sup> V. Parte Primera, Capítulo I, I c).

el control de ésta, determinando su respectiva composición y relaciones de competencia”<sup>385</sup>. Y como también advertimos, el Informe Olivencia parte de una constatación: la incapacidad del Consejo para desempeñar la función que tradicionalmente tenía asignada, cual era la gestión de la sociedad. Partiendo de este hecho, se pretende potenciar aquello que el Consejo sí está en condiciones de hacer: controlar o supervisar a quienes de hecho gestionan la sociedad. (Informe Olivencia II.1.1 y 1.2). Y para el cumplimiento de esta función de supervisión dos son los pilares fundamentales<sup>386</sup>:

1º. Dotar al Consejo de una adecuada composición mediante la incorporación dentro de su estructura de los denominados “consejeros independientes”.

2º. Instaurar las llamadas “Comisiones delegadas de control”<sup>387</sup>.

### **b. Consejeros independientes.**

---

<sup>385</sup> ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 139.

<sup>386</sup> En este sentido, MARTINEZ SANZ, F., “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1740 a 1743. En el mismo sentido, PAZ-ARES, “El gobierno...”, *op. cit.*, p. 1811, quien considera que “el establecimiento de una separación funcional entre decisiones de gestión (...) y decisiones de control (...) constituye ciertamente una condición necesaria para que el Consejo pueda desempeñar eficazmente su papel de mecanismo de gobierno. Sin embargo, no es condición suficiente (...) requiere además la adopción de ciertas medidas suplementarias sobre la composición y el funcionamiento del órgano”.

<sup>387</sup> Desde un punto de vista sustantivo, el Código de Autodisciplina de las sociedades italianas, parte igualmente de una redefinición del papel del Consejo de administración y, posteriormente, se centra en los órganos societarios propios del modelo de organización de las sociedades por acciones italianas. Por lo que se refiere a las funciones del Consejo de administración se puede decir que todas ellas se enmarcan dentro de una general: la determinación de los objetivos estratégicos de la sociedad. Por lo que respecta a los órganos sociales, como recomendaciones concretas, destacan en el Código italiano las dos medidas de control más frecuentes en los distintos textos sobre gobierno corporativo, cuales son: 1º. La creación de comisiones o comités delegados dentro del Consejo de administración. En concreto, se prevé la creación de un comité de nombramiento, otro de retribución y otro de control interno. No se recoge la posibilidad de crear un comité de auditoría porque esta función la desempeña en las sociedades italianas el *collegio sindacale* u otro órgano dependiendo del sistema escogido. 2º. La inserción en el Consejo y en los distintos comités a los que nos acabamos de referir de un número suficiente y representativo de consejeros independientes (no ejecutivos). Para mayor detalle sobre la cuestión, v. Parte Primera, Capítulo I, II, B, c.

Uno de los aspectos que se han considerado necesarios y fundamentales para que los Consejos de administración puedan desarrollar hoy día la función de supervisión que se les atribuye, se alcanza dotando al Consejo de una adecuada composición mediante la incorporación dentro del mismo, junto a los consejeros ejecutivos, de los consejeros externos. Así, dentro del Consejo existirían consejeros “ejecutivos”, encargados de la gestión social, y consejeros no ejecutivos o externos, dentro de los cuales cabría diferenciar a los consejeros “dominicales” de los consejeros “independientes”. Los consejeros externos *dominicales* son “los que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad” (Informe Olivencia II.2.2). Los consejeros externos *independientes*, por el contrario, son “los llamados a formar parte del Consejo de Administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas” (Informe Olivencia II. 2.1). Además, éstos estarán desvinculados del equipo directivo y de quienes tengan el poder en la sociedad (Recomendación 2<sup>a</sup>). Su inserción en el Consejo se justifica por un doble motivo. Por un lado, aporta “representatividad” al Consejo y, por otro, aporta independencia para el ejercicio de las funciones de control y, en particular, para solucionar los conflictos de interés entre los Consejeros y la compañía. Se señala también como conveniente que en la composición del Consejo de Administración los consejeros externos (dominicales e independientes) constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre los dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto (Recomendación 3<sup>a</sup>).

En definitiva, el Informe Olivencia diferencia dos grandes grupos de Consejeros:

- a) Los Consejeros ejecutivos, que realizan funciones de primer orden en la gestión de la sociedad.

b) Consejeros externos, es decir, no ejecutivos que examinan con cierta distancia e imparcialidad la labor desarrollada por los directivos. Dentro de los Consejeros externos, podemos diferenciar, a su vez, entre:

- Consejeros independientes: que constituyen la principal novedad y recomendación para la efectividad y credibilidad de la función general de supervisión del Consejo, y cuya denominación aunque es comúnmente aceptada, no expresa con exactitud la figura de consejero que trata de identificar ni sus diferencias con los otros grupos. Su misión principal consiste en hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante (es decir, los intereses de los accionistas dispersos, de los accionistas ordinarios) al no estar vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste (consejeros dominicales). Y ello, no es óbice para que además sea necesario que esas notas se completen con las de experiencia, competencia y prestigio profesional, que han de ser siempre características del consejero independiente. La entrada de consejeros de esta índole elevará la disposición y la capacidad del Consejo para desarrollar con eficiencia la función de supervisión (II. 2.1)<sup>388</sup>.

- Consejeros dominicales (accionistas significativos), que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad.

En todo caso, los estudios realizados en esta materia evidencian “resultados positivos asociados al anuncio de designación o de aumento del número de consejeros independientes. Y esta favorable reacción de los mercados sólo puede ser interpretada en el sentido de que los inversores están

---

<sup>388</sup> En relación a los consejeros independientes, ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, pp. 201 a 203, el punto problemático que se plantea es el de los requisitos de independencia. En el momento de la designación la garantía de la independencia trata de conseguirse, fundamentalmente, a través de requisitos negativos o prohibiciones para ser designado miembro del grupo de los independientes. Posteriormente, sin embargo, faltan mecanismos efectivos para controlar si su actuación es verdaderamente independiente de la dirección y corregir las deficiencias cuando se detecten.

dispuestos a confiar en la independencia de esta clase de consejeros (...). Una vez introducida la figura del consejero independiente, se hace preciso identificar los distintos grupos de consejeros que han de estar en el Consejo de Administración y determinar cómo se articula un equilibrio razonable entre ellos. El objetivo es evitar que el proceso de toma de decisiones dentro del órgano se concentre en manos de una sola persona o de un pequeño grupo de personas. Es manifiesto que el Consejo ha de estar informado de la gestión de la sociedad y coordinado con los niveles ejecutivos que la dirigen. Por esta razón, consideramos altamente conveniente que formen parte de él las personas más significadas del equipo de gestión y, singularmente, el primer ejecutivo de la compañía. Pero al propio tiempo, el Consejo ha de mantener la capacidad para examinar con cierta distancia e imparcialidad la labor desarrollada por los directivos de la empresa. De lo contrario, la función general de supervisión podría quedar en entredicho. Esta es precisamente la razón por la que se recomienda que una amplia mayoría de los miembros del Consejo sean consejeros externos, es decir, no ejecutivos, sobre todo en aquellas sociedades no participadas mayoritariamente por una persona, un grupo familiar o un grupo de empresas (...). Y aún cuando de todos los Consejeros se espera que aporten un punto de vista distanciado del equipo de dirección, la situación de unos y otros no es equivalente. Por ello, la Comisión estima conveniente que la composición del grupo de Consejeros externos se sujete a ciertas reglas que aseguren el debido equilibrio entre los independientes y los dominicales. En este sentido, “la relación entre los consejeros independientes y los dominicales debe establecerse teniendo en cuenta la existente en el accionariado de la sociedad entre el capital flotante (en mano de inversores ordinarios) y el capital estable (en mano de accionistas significativos) (...) se trata de una regla prudencial, cuyo objetivo es asegurar que los consejeros independientes tengan un peso suficiente en la formación del criterio del Consejo. El carácter razonable y flexible de la regla permitirá administrarla en función de las circunstancias de cada tipo de sociedad. En

este sentido, es manifiesto, por ejemplo, que a medida que aumente el volumen de su capitalización bursátil o el número de sus accionistas significativos, estará más justificado reducir las exigencias de la proporcionalidad estricta.”

Por último, teniendo en cuenta el contenido del Informe, el Código recomienda en sus puntos 2 y 3:

“2. Que se integre en el Consejo de Administración un número razonable de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional desvinculadas del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos.”

“3. Que en la composición del Consejo de Administración los consejeros externos (dominicales e independientes) constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto.”

Por lo que se refiere al Informe Aldama, éste mantiene los dos elementos fundamentales que ya prevé el Informe Olivencia. Por ello, establece en la introducción del punto 2 de la Sección IV que “la estructura unitaria del órgano de administración en nuestro ordenamiento no impide que, mediante la división funcional en el seno del Consejo y la disposición de controles internos, se garanticen aquellas pautas de gobierno corporativo idóneas para el fomento de la seguridad y la transparencia en las sociedades y el mercado. Para ello debe tenerse en cuenta la posibilidad de crear y regular comisiones especializadas y diferenciar distintos tipos de consejeros que, sin perjuicio de la igualdad de obligaciones y derechos de todos los consejeros, aseguren la tutela de los intereses de los accionistas no representados en el Consejo”.

Por lo que se refiere a las clases de consejeros, el Informe que comentamos mantiene como criterio necesario para el correcto funcionamiento

del Consejo el dotarlo de una adecuada composición interna. No obstante establece “*nuevas definiciones*” de las denominaciones al uso, para evitar la interpretación de que hay un grupo de consejeros, los independientes, cuya función pudiera parecer que es únicamente la de controlar a los demás miembros del consejo o la de representar a los accionistas minoritarios. Por ello, se utiliza como distinción básica la de consejeros internos o ejecutivos y consejeros externos, dentro de los cuales se definen las categorías de los dominicales y los independientes para equilibrar la composición del Consejo, sin perjuicio de que pueda haber consejeros externos que no pertenezcan a ninguna de estas dos categorías (IV.2.1)

Son consejeros internos o ejecutivos aquellos consejeros que “poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad o en alguna de sus sociedades participadas, y en todo caso, los que mantengan una relación contractual laboral, mercantil o de otra índole con la sociedad, distinta de su condición de consejeros. También son consejeros ejecutivos quienes tengan alguna capacidad de decisión en relación con alguna parte del negocio de la sociedad, o del grupo, mediante delegación o apoderamiento estables conferidos por el Consejo de Administración o por la sociedad, respectivamente”. Sin embargo, no debería considerarse consejero ejecutivo o interno a quien recibe facultades especiales de la Junta General o del Consejo de Administración, vía delegación, autorización o apoderamiento, para un acto concreto (IV. 2.1. a).

Son consejeros externos “dominicales” “los propuestos por accionistas, individuales o agrupados, en razón de una participación estable en el capital social que se haya estimado suficientemente significativa por el Consejo, teniendo en cuenta el capital flotante de la sociedad. Su régimen de incompatibilidades para mantener relaciones comerciales o profesionales con la sociedad y su grupo debería asemejarse al de los consejeros independientes, previéndose qué incompatibilidades pueden afectar a los propios accionistas por él representados. Deberán desvelar al Consejo cualquier situación de conflicto de interés entre la sociedad y el accionista que ha propuesto su

nombramiento cuando afecte a las cuestiones que se sometan al Consejo, absteniéndose obligatoriamente, en tal caso, de participar en la adopción de los correspondientes acuerdos” (2.1.b)

Por último, son consejeros externos “independientes” aquellos “consejeros de reconocido prestigio profesional que pueden aportar su experiencia y conocimientos al gobierno corporativo y que, no siendo ni ejecutivos ni dominicales, resulten elegidos como tales y reúnan las condiciones que aseguren su imparcialidad y objetividad de criterio. Entre éstas, (...), se señalan las siguientes: i) No tener, o haber tenido recientemente, relación de trabajo, comercial o contractual, directa o indirecta, y de carácter significativo, con la sociedad, sus directivos, los consejeros dominicales o sociedades del grupo cuyos intereses accionariales éstos representen, entidades de crédito con una posición destacada en la financiación de la sociedad, u organizaciones que reciban subvenciones significativas de la sociedad. ii) No ser consejero de otra sociedad cotizada que tenga consejeros dominicales en la sociedad de que se trate. iii) No tener relación de parentesco próximo con los consejeros ejecutivos, dominicales o los miembros de la alta dirección de la sociedad. Si existiera alguna de las relaciones anteriores deberá ser conocida y evaluada por el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, y recogida en el informe anual” (2.1.c).

Finalmente, para terminar con esta cuestión decir que la Comisión ha reflexionado también sobre la dificultad de establecer una regla para determinar el número y la proporción que deben alcanzar los consejeros externos independientes. Actualizando el criterio del Informe Olivencia, se considera que lo más adecuado es que exista una mayoría amplia de consejeros externos en el Consejo y, dentro de éstos, una participación muy significativa de consejeros independientes, teniendo en cuenta la estructura accionarial de la sociedad y el capital representado en el Consejo.

En cualquier caso, la composición del Consejo de Administración y sus Comisiones (a las que nos vamos a referir a continuación), deberán tener en

cuenta la estructura del capital social en orden a la protección de los accionistas minoritarios. En esta línea, la Comisión recomienda que el Consejo de Administración, a través de los consejeros, represente el mayor porcentaje de capital posible.

### **c. Comisiones delegadas de control.**

Junto a la cuestión de la composición del Consejo, el otro pilar sobre el que se asienta el sistema del buen gobierno corporativo consiste en la implantación de las “Comisiones delegadas de control”<sup>389</sup>, cuya creación responde al principio de división del trabajo y de especialización de tareas necesario para conseguir una mayor eficiencia en la función básica del Consejo. Estas Comisiones cuentan con facultades únicamente de información, asesoramiento y propuesta aunque excepcionalmente puedan atribuírseles facultades de decisión. Es decir, son Comisiones internas de naturaleza consultiva cuya misión es preparar las decisiones que habrán de ser

---

<sup>389</sup> Considera ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op.cit.*, pp. 206 a 208, que la calificación de estas Comisiones como Comisiones “delegadas” es bastante discutible, en tanto en cuanto, provocan una cierta inseguridad sobre su alcance. Opina el citado autor, que estas Comisiones son “órganos de apoyo” al Consejo en su función principal de supervisión y que, por tanto son instancias internas a las que no conviene la calificación de órganos delegados en el sentido que en Derecho de sociedades se da a esta noción. Propone, por el contrario, su calificación como Comisiones auxiliares de información consulta y control ya que de esta manera se puede hacer referencia a los dos aspectos de su función: contribuir al ejercicio de la función de control del Consejo suministrando elementos de juicio -información, asesoramiento y propuestas- en el momento procedimental oportuno, en la fase preparatoria a la decisión correspondiente. También duda de lo acertado de la denominación de estas Comisiones MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p 1767, quien considera que “a pesar de la denominación empleada, (...), no son, (...), comisiones delegadas, al menos en el sentido en que esto es entendido en el Derecho positivo español (...). Por tal he de entenderse, tan sólo, el órgano colegiado delegado del consejo de administración (comisión ejecutiva), al que se delegan (...) facultades propias el Consejo con los requisitos del artículo 141 LSA (...). En realidad, (...), nos hallamos ante comisiones internas de naturaleza meramente consultiva, residiendo su misión en la adecuada preparación de las decisiones que habrán de ser tomadas, en su caso, por el Consejo de Administración (...). Pero no aspiran en modo alguno a sustituir ni adoptar acuerdos por delegación del Consejo”. También crítico con esta denominación es SANZ PARAÍSO, L. F., “Las comisiones de auditoría y cumplimiento”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 391.

tomadas, en su caso, por el Consejo. La estructura de las mismas es, a su vez colegiada, de forma cada una de ellas actúa en el seno del Consejo reproduciendo su composición y régimen de funcionamiento. No obstante, la realización de su actividad se circunscribe a la ejecución de cometidos especiales, o bien al desarrollo preciso de funciones especializadas atribuidas de ordinario al Consejo. Y precisamente es esta especialización se encuentra la diferencia entre las Comisiones que comentamos y la tradicional Comisión ejecutiva, la cual se limita a reproducir la actividad del Consejo<sup>390</sup>.

Dada la diversidad de tareas en una sociedad el Informe Olivencia recomienda la creación de las siguientes Comisiones:

- La Comisión de Auditoría, en materia de información y control contable y que tiene por misión evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno.
- La Comisión de Nombramientos, en materia de selección de Consejeros y altos directivos, cuya misión consiste en cuidar la integridad del procedimiento de selección de directivos y consejeros procurando que las candidaturas recaigan sobre personas que se ajusten al perfil de la vacante.
- La Comisión de Retribuciones, para la determinación y revisión de las políticas de retribuciones y cuya misión será auxiliar al Consejo en la fijación de la política de remuneración de Consejeros y altos ejecutivos.
- Y, por último, la Comisión de Cumplimiento, encargada de la evaluación de los sistemas de gobierno y que deberá velar por el

---

<sup>390</sup> En este sentido, IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., “La comisión de control de cumplimiento normativo (*Compliance Comitee*) del Consejo de Administración”, *R.D.B.B.*, nº 92, octubre-diciembre, 2003, pp. 91 y ss. Otra de las diferencias entre estas Comisiones y la Comisión ejecutiva, es que las primeras están formadas exclusivamente por consejeros externos reflejando en su composición la relación que existe en el Consejo entre consejeros dominicales e independientes. En este sentido, ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, p. 207.

cumplimiento de las reglas que componen el sistema de gobierno de la sociedad, revisar periódicamente los resultados y proponer reformas.

No obstante, hay que dejar claro que el Informe no exige que se creen las cuatro Comisiones a que nos acabamos de referir. Es posible, en este sentido, que se creen solo algunas o, incluso, que se agrupen las funciones de las mismas recomendando la existencia de, al menos, dos Comisiones: la de Auditoría y Cumplimiento y la de Nombramientos y Retribuciones. En todo caso, la eficacia de estas Comisiones dependerá del valor de la información que produzcan y, puesto que éste depende del grado de rigor y de fiabilidad con que se elabore, son necesarias una cierta regularidad en su funcionamiento y una cierta independencia en su composición. En este último aspecto, se considera que las Comisiones delegadas deben formarse única y exclusivamente de Consejeros externos y reflejar, en su composición, la relación existente en el Consejo entre Consejeros dominicales y Consejeros independientes. A todo lo dicho sobre las Comisiones delegadas de control se refiere el Informe en su punto II. 3.6 y la Recomendación 8<sup>a</sup> del Código<sup>391</sup>.

Finalmente, decir que la determinación de las funciones y del número de miembros de cada una de estas Comisiones corresponde al Consejo de administración, ya que estamos en el ámbito de la autoorganización del art. 141 LSA.

Por lo que se refiere a la estructura y a la función de las Comisiones, el Informe Aldama, insiste en su necesario establecimiento, basándose en argumentos ya conocidos. Así, sostiene que “El fortalecimiento y, (...), la eficacia en el desarrollo de las funciones del Consejo requieren la constitución

---

<sup>391</sup> Sobre estas Comisiones delegadas, v. también, ALONSO UREBA, A./RONCERO SÁNCHEZ, A., “Sistema de elección de consejeros. Comité de nombramiento”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 213 y ss y JUSTE MENCÍA, J., “Retribución de consejeros”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 497 y ss

de Comisiones especializadas en su seno, a fin de diversificar el trabajo y asegurar que, en determinadas materias relevantes cuya inmediatez e importancia no exigen su remisión directa al pleno del Consejo, las propuestas y acuerdos del mismo hayan pasado primero por un órgano especializado que pueda filtrar e informar sus decisiones, a fin de reforzar las garantías de objetividad y reflexión de sus acuerdos. El Consejo de Administración designará sus miembros, aprobará, cuando proceda, sus Reglamentos, considerará sus propuestas e informes y ante él habrán de dar cuenta de su actividad y responder del trabajo realizado” (IV.5).

Las Comisiones cuya constitución procedería para el mejor gobierno corporativo, sin perjuicio de cuantas otras puedan constituir las sociedades serían las siguientes: La Comisión ejecutiva o Delegada, prevista en la LSA como potestativa y con funciones ejecutivas para la adopción de acuerdos vinculantes para la sociedad dentro del ámbito de su delegación, la Comisión de Auditoría y Control, la de Nombramientos y Retribuciones y, en su caso, la Comisión de Estrategia e Inversiones, (IV. 5). Esta última Comisión no se previó en el Informe Olivencia y se especializa en el análisis del riesgo de firma, sobretodo en operaciones corporativas. Por otro lado, desaparece la mención a la Comisión de Selecciones, ahora unida a la de retribuciones como Comité de Nombramiento y Retribuciones, en virtud de la escasa operatividad práctica y la escasa implantación que ha tenido.

Centrándonos un poco más en cada una de estas Comisiones, podemos decir que la Comisión Ejecutiva o Delegada se configura como un órgano en el que el Consejo delega total o parcialmente, de forma estable o permanente, el ejercicio de sus funciones para la adopción de acuerdos sobre la administración y gestión de la sociedad. Se recomienda que su composición sea similar a la del propio Consejo por lo que respecta a la participación en la misma de las diferentes categorías de consejeros a que hemos aludido (IV.5.1)

La Comisión de Auditoría y Control (prevista como obligatoria por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero -artículo 47-). El Informe Aldama identifica esta Comisión como de Auditoría y Control, refundiendo las de Auditoría y Cumplimiento del Informe y del Código Olivencia. La función de control o supervisión de la actividad financiera implica, entre otras actividades, el control sobre las normas legales e internas de producción de las Cuentas Anuales y estados financieros que han de remitirse a los reguladores y supervisores; el análisis de las normas y criterios contables, especialmente en materia de riesgos financieros; y el control de seguimiento de las normas internas de auditoría. Corresponde al Consejo de Administración, en el ejercicio de su función de autorregulación, la designación de los miembros integrantes de la Comisión de Auditoría y Control, para lo que habrá de tener en cuenta sus conocimientos y experiencia profesional. Dichos miembros deberían ser todos ellos externos, manteniéndose en la Comisión una proporción entre dominicales e independientes similar a la del propio Consejo. La presidencia de la Comisión de Auditoría debería recaer en un consejero independiente. Finalmente, no podrán ser miembros de esta Comisión los consejeros ejecutivos, pero sí deberán acudir a informar en la medida en que la propia Comisión así lo acuerde (IV.5.2).

La Comisión de Nombramientos y Retribuciones tiene la función de informar al Consejo de Administración sobre nombramientos, reelecciones, ceses y retribuciones del Consejo y de sus cargos, así como sobre la política general de retribuciones e incentivos para los mismos y para la alta dirección. En particular, le corresponderá a esta Comisión informar, con carácter previo, todas las propuestas que el Consejo de Administración formule a la Junta General para la designación o cese de los consejeros, incluso en los supuestos de cooptación por el propio Consejo de Administración. Los miembros de la Comisión serán designados por el Consejo de Administración de entre los consejeros externos y siguiendo las proporciones del mismo y, como en el

caso anterior, no podrán ser miembros de la Comisión los consejeros ejecutivos (IV. 5.3).

Por último, la Comisión de Estrategia e Inversiones, que tiene las funciones de propuesta o informe al Consejo sobre todas aquellas decisiones estratégicas, inversiones y desinversiones, que sean de relevancia para la sociedad o para el grupo, valorando su adecuación al presupuesto y planes estratégicos. En general, le corresponderá el análisis y seguimiento de los riesgos de negocio. La designación de los miembros de esta Comisión corresponderá al Consejo y podrán ser miembros los consejeros ejecutivos y los externos (IV.5.4).

Finalmente, hay que tener en cuenta que no se recoge en el Informe Aldama la conocida como Comisión de Cumplimiento propiamente dicha sino otras que desempeñan funciones de control de cumplimiento parcial respecto a su área de funcionamiento específica: Auditoría, Nombramientos y Retribuciones y la Estrategia e Inversiones. Sostiene IBÁÑEZ JIMÉNEZ que mientras el Informe Olivencia contempla esta Comisión como un *selfwatcher* del órgano de administración, encargado de vigilar la observancia de las reglas que componen el sistema de gobierno de la compañía, revisar sus resultados y elevar al Consejo las propuestas de reforma, el Informe Aldama suprime su necesidad, reconduciendo la *compliance* explícita al espacio de la Auditoría y de las finanzas de la sociedad. En resumen, se subordina la Comisión de Cumplimiento a la de Auditoría.<sup>392</sup>

---

<sup>392</sup> IBÁÑEZ JIMÉNEZ, “La comisión...”, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

## **CAPÍTULO II. ESTATUTO DE LOS DELEGADOS**

Una vez estudiada la creación y caracterización de los cargos delegados y configurados éstos de acuerdo con el art. 141 de la LSA, es menester hacer referencia al estatuto de los titulares de los mismos para, posteriormente, poder estudiar los problemas que derivan de la actuación de los órganos delegados.

Sin embargo, antes de entrar en el estudio de la cuestión es necesario remitirnos a una circunstancia de la delegación que ya hemos planteado en otro lugar de este trabajo<sup>393</sup> y que se refiere a la necesidad de diferenciar, como lo hace gran parte de nuestra doctrina, entre la decisión o facultad de delegar, que conlleva la creación o configuración del órgano delegado con la consiguiente atribución de facultades, y el nombramiento de los titulares de tales cargos<sup>394</sup>. Esta distinción, que como ya advertimos no es sino la distinción entre el órgano y los titulares de este órgano<sup>395</sup>, tiene su base legal en el art. 141.2 LSA cuando establece los requisitos necesarios para proceder a “la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos (...)”. El problema radica en que estos dos aspectos de la delegación suelen coincidir en el tiempo de ahí la dificultad de una adecuada identificación de los mismos. Estudiado ya el primer aspecto de esta distinción -la delegación permanente-, procede estudiar

---

<sup>393</sup>Parte Segunda, Capítulo, I, I.

<sup>394</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 151; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1755; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 1821 y 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 181; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 93 y 107; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467.

<sup>395</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 93.

ahora, dentro del marco del estatuto de los delegados, el nombramiento o designación de los mismos.

En cualquier caso, el estatuto de los titulares de los órganos delegados es prácticamente idéntico al de los administradores en general y comprende las cuestiones relativas al nombramiento, a la retribución y a la terminación en el cargo. Dentro de la primera cuestión, estudiaremos, a su vez, la competencia para proceder al nombramiento, la aptitud para ser titular de un órgano delegado y la aceptación e inscripción del nombramiento. Después analizaremos la retribución de los delegados y, finalmente, con relación a la terminación en el cargo, estudiaremos, en primer lugar, las causas por las que se puede producir y, con posterioridad, los efectos de la misma, haciendo referencia, claro está, a las circunstancias fundamentales de la duración en el cargo.

## **I. NOMBRAMIENTO.**

### **A. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN.**

La competencia para designar a los Consejeros delegados y a los miembros de la Comisión ejecutiva se rige por lo establecido en el propio art. 141.1 de la LSA, en virtud del cual la designación de de una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados corresponde al Consejo “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”. De acuerdo con lo establecido en el precepto que comentamos, el nombramiento de los titulares de los órganos delegados es, en principio, competencia del Consejo. No obstante, esa competencia está sometida al hecho de que en los estatutos de la sociedad no se disponga otra cosa. Ello obliga a estudiar, en primer lugar, la competencia del Consejo para la designación de los delegados y, consecuentemente, todas las cuestiones secundarias relacionadas con esta

principal. Y, en segundo lugar, a determinar el contenido de una posible regulación estatutaria de la materia<sup>396</sup>.

**a. La designación de los delegados por el Consejo de administración.**

El supuesto más normal en relación al nombramiento de los titulares de los órganos delegados consiste en que la competencia para ese nombramiento corresponda al Consejo de administración<sup>397</sup>. En esta línea, y teniendo en cuenta la función que corresponde desempeñar al Consejo dentro de la organización de la administración social, la atribución al mismo de la competencia para designar a los delegados resulta plenamente justificada y coherente. Además, es el Consejo el que delega sus propias facultades en los órganos delegados y, lógicamente, quien debe designar a las personas que habrán de ocuparlos<sup>398</sup>. Por otro lado, la atribución al Consejo de la facultad que comentamos está reconocida por el art. 141.1 de la LSA de forma directa<sup>399</sup> e, indirectamente, por el apartado 2 del mismo artículo que establece los requisitos necesarios para la validez del acuerdo de delegación y de nombramiento. Esta opinión de que sólo el Consejo es competente para el nombramiento de los delegados también se fundamenta en el contenido del art. 124.2 d) RRM, al decir “cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados”, y del 149. 1 y 150, también del RRM, al presuponer que el nombramiento de los Consejeros delegados y de los miembros del Comisión ejecutiva, se efectúa en todo caso mediante “un acuerdo del Consejo de administración”.

---

<sup>396</sup> Considera IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.* p. 163, que “el texto del artículo 77, (...), permite afirmar la existencia de una triple fuente de dicho nombramiento, que puede tener lugar: en la escritura social, mediante acuerdo de la Junta general, o por decisión del Consejo de Administración (...)”.

<sup>397</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 472; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 107; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 487.

<sup>398</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 472.

<sup>399</sup> En el mismo sentido, el art. 2381 del *Codice Civile* italiano.

En cualquier caso, la designación o nombramiento de los delegados por el Consejo ha de revestir la forma de un acuerdo colegiado y debe ser adoptado con los requisitos que la Ley exige para la validez de las decisiones de este órgano. Así, el art. 141.2 exige el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo para la validez del acuerdo de designación de las personas que han de desempeñar tales cargos, (y también para la validez del acuerdo de delegación permanente por lo que nos remitimos a lo dicho sobre este particular en otro lugar de este trabajo<sup>400</sup>). Por tanto, al igual que ocurría con el acuerdo de delegación, el acuerdo de designación de las personas que han de ocupar los cargos delegados requiere una mayoría doblemente reforzada<sup>401</sup>:

- a) Se exige el voto favorable de las dos terceras partes, frente a la mayoría absoluta normalmente exigida.
- b) Del total de los componentes del Consejo, frente a los consejeros concurrentes del régimen normal.

Estos requisitos, al igual que los demás que exige el art. 141.2, son requisitos necesarios y mínimos, de manera que es posible que los estatutos refuercen este quórum o mayoría exigida sin que, en ningún caso, pueda llegar a exigirse la unanimidad ni suavizarlos<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> Parte Segunda, Capítulo I, I, B, b, b’).

<sup>401</sup> En relación a estos requisitos podemos recordar la R.D.G.R.N. de 25 de mayo de 1998, cuyo Fundamento de Derecho II establece que cuando la aplicación de la norma contenida en el art. 141.2 de una cifra decimal inaplicable a las personas físicas, ésta debe ser redondeada por exceso “(...) en aras de una mayor representatividad del órgano de administración (...)”. Y ello es así porque lo que pretende el art. 141.2 es “garantizar el grado suficiente de adhesión de los componentes de dicho órgano en la adopción de un acuerdo de tanta trascendencia para la sociedad que justifica un régimen más riguroso que el prevenido para los demás acuerdos del Consejo”.

En cualquier caso, si se incumplen los requisitos del 141.2 en relación al nombramiento de los delegados, tal nombramiento puede ser anulado. En este sentido, la S.A.P. de Granada de 3 de diciembre de 2002.

<sup>402</sup> En el ámbito del Derecho societario italiano no existe ningún precepto que establezca cuáles son los requisitos para proceder al nombramiento de los delegados, de donde se deduce que a estos casos habrá de aplicarse el art. 2388 *Cod. Civ.* que regula los requisitos que son necesarios para la validez de las deliberaciones del Consejo. No obstante, de acuerdo con el art. 2381 *Cod.*

Además, para la validez del acuerdo de nombramiento (y de delegación) es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil. No obstante, en relación a la publicidad del acuerdo nos remitimos a la letra C de este apartado I (aceptación e inscripción del nombramiento).

En resumen, cuando el nombramiento de los delegados es facultad del Consejo debe ejercitarse colegiadamente por este órgano. Sin embargo, el mantenimiento del sistema de representación proporcional (cuya finalidad es asegurar la presencia de las minorías en el Consejo) en el art. 137 de la LSA plantea la cuestión de la posible aplicación del mismo al nombramiento de los Consejeros delegados o de los miembros de la Comisión ejecutiva. Como respuesta a la cuestión planteada, gran parte de nuestra doctrina entiende que no parece necesario someter el nombramiento de los delegados al sistema de representación proporcional debido a que el carácter excepcional de la norma, que sólo se refiere al Consejo, no hace posible su aplicación a otros supuestos<sup>403</sup>. Además, las minorías representadas en el Consejo no quedan desprotegidas por virtud de la delegación fundamentalmente porque para la adopción del acuerdo de delegación permanente y la designación de las personas que han de ocupar tales cargos se exige la mayoría reforzada a la que nos acabamos de referir.

---

*Civ.*, corresponde al Consejo el nombramiento, la revocación de los delegados así como la fijación de su competencia aunque se admite por parte de un sector de la doctrina que el nombramiento de los delegados lo lleve a cabo la Junta (FANNELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p. 39, FIORENTINO, *Gli organi...*, *op. cit.*, p. 126, y MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, p. 459. En contra, FERRI, “Vizi della deliberazione...”, *op. cit.*, p. 465). Lo que discute la doctrina es si los estatutos o la asamblea pueden imponer al Consejo la delegación de facultades. Lo admiten FANELLI, FERRARA y MINERVINI (FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss, FERRARA, F., *Gli imprenditori...*, *op. cit.*, p. 437 y MINERVINI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 458 y ss.), aunque éste último lo hace limitadamente. Por el contrario, no lo admiten GUGLIELMETTI Y PESCE (GUGLIELMETTI, “Delegabilità...”, *op. cit.*, p. 514, PESCE, *Amministrazione...op. cit.*, pp. 72 y ss.) quienes rechazan esta posibilidad, al menos en lo que se refiere a la asamblea.

<sup>403</sup> MARTÍNEZ SANZ, F. *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 42 y 43; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 475; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 277 y 278; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 109.

Por otro lado, el Consejo en pleno, y por tanto las minorías, conservan su competencia sobre las facultades delegadas y la obligación de vigilar a los delegados. Por el contrario, si cabe que en la regulación estatutaria de la delegación, o por el propio Consejo, se introduzca una cláusula de representación proporcional o paritaria entre grupos de accionistas o de consejeros<sup>404</sup>.

Finalmente, decir que al ser competencia del Consejo la designación de los titulares de los órganos delegados y al considerarse que la designación o nombramiento es una facultad de organización de la administración, no es admisible que una vacante en la Comisión ejecutiva se pueda cubrir por cooptación<sup>405</sup>, sistema que se articula como una facultad del Consejo de administración dirigida a garantizar su estabilidad y perfecto funcionamiento cuando se han producido vacantes en su seno y que está revestido de cierto carácter de excepcionalidad. Esta excepcionalidad se manifiesta por el hecho de que el sistema de cooptación constituye una modificación de las reglas generales que atribuyen la elección de los administradores a la competencia de la Junta, y que señalan que no es necesaria la condición de socio para ser nombrado administrador, así como en el hecho de que la duración del cargo se extienda sólo hasta que se reúna la primera Junta general (en este sentido, la R.D.G.R.N. de 14 de febrero de 1997).

#### **b. La regulación estatutaria del nombramiento de los delegados.**

Las razones que se indicaron al analizar la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar son las mismas que sirven para admitir o

---

<sup>404</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 278 y “La delegación...”, *op. cit.* p. 110, seguido en este punto por POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 475.

<sup>405</sup> Bajo la vigencia de la LSA anterior se admitía la posibilidad de que los estatutos confiriesen a la Comisión la facultad de cooptación. Así, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 255 y 256.

fundamentar la regulación estatutaria del nombramiento de los delegados. Por ello, nos remitimos a lo dicho con ocasión del estudio de la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar<sup>406</sup> y nos centramos, en este lugar, en el análisis del posible contenido de la regulación estatutaria del nombramiento de los delegados, lo que nos obliga a hacer referencia a las cuestiones que a continuación se detallan.

a) Nombramiento de los delegados en el acto constitutivo.

Aun cuando no estamos ante un supuesto propiamente dicho de regulación estatutaria del nombramiento de los delegados, hay que hacer referencia en este punto a la posibilidad de que los Consejeros delegados y los componentes de la Comisión ejecutiva sean designados en el acto constitutivo de la sociedad.

Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se llegó a admitir en la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1979, bajo el amparo del principio de libertad de pactos, que en la escritura de constitución -sin existir Consejo de administración- se pudieran designar Consejeros delegados “dado que en nuestro Derecho positivo el num. 5º del art. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas admite la validez de todos los pactos lícitos que los fundadores quieran establecer y que el art. 15 de la misma Ley permite a los fundadores que puedan designar a los administradores de la Sociedad, e igualmente se suele admitir que la Junta general pueda nombrar directamente Consejero-Delegado, siempre que tal posibilidad aparezca regulada en los Estatutos (...)”. La mención que contiene esta Resolución al art. 11. 5º de la LSA de 1951 debe entenderse referida al art. 10 de la actual Ley, según el cual “En la escritura se podrán incluir, (...), todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima”.

---

<sup>406</sup> Parte Segunda, Capítulo I, I.

Por su parte, la mención al art. 15 de la LSA de 1951 se puede entender referida, hoy día, al art. 8 que dice que en la escritura de constitución de la sociedad se expresaran “f) Los nombres y apellidos de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social (...)”. No obstante, hay que advertir que así como el art. 15 de la SA de 1951 se refería a la posibilidad de que los socios fundadores de la sociedad designaran en la escritura social las personas que habían de desarrollar la administración, el actual art. 8 establece la necesidad de que en la escritura de constitución figuren identificadas las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad. Es decir, el vigente art. 8 f) ha convertido en obligación lo que antes, en virtud del art. 15, era una facultad de los socios fundadores.

En cualquier caso, el fundamento de este precepto (como ocurría con el concordante de la Ley inmediatamente anterior) estriba en la necesidad de que la sociedad pueda estar administrada desde un primer momento, sin necesidad de esperar a que se celebre la primera Junta general a la que corresponde, como sabemos, la competencia para designar a los administradores de la sociedad. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, también es posible que los fundadores no sólo designen a los consejeros (en el caso de que la forma de administración elegida sea la de Consejo de administración), sino que, de entre ellos, nombren a las personas que han de ocupar los cargos delegados. En términos generales, la doctrina admite esta posibilidad de nombramiento de los titulares de los órganos delegados<sup>407</sup>.

No obstante, merece particular atención la opinión de POLO SÁNCHEZ en este punto, ya que justifica esta posibilidad en la práctica estatutaria de dar el carácter de Junta universal a la reunión de los fundadores, procediendo al nombramiento del Consejo y, posteriormente, a la

---

<sup>407</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 163 y 164; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 273 y 274; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

designación de los Consejeros delegados o de los miembros de la Comisión ejecutiva, y en el principio de libertad de pactos que consagra el art. 10 LSA. Considera el citado autor que si todos los miembros del Consejo contribuyen a la adopción del acuerdo en cuestión no hay inconveniente en admitir tal práctica. Sin embargo, en el caso de que todos o parte de los administradores no sean socios de la sociedad, la solución debe ser distinta porque el acuerdo de delegar implica una actuación del Consejo que puede dar lugar a una exigencia de responsabilidad que podría verse burlada a través de la exoneración prevista en el art. 133.3 (anteriormente, 133.2) de la Ley<sup>408</sup>.

A esta argumentación responde RODRÍGUEZ ARTIGAS afirmando que el art. 8 f) se refiere, en general, a las “personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social”, que pueden ser un Consejo de administración o éste y uno o varios delegados<sup>409</sup>.

En definitiva, nada parece oponerse a que en los estatutos se determinen las personas que han de entenderse titulares de los órganos delegados. No obstante, la cuestión más interesante que plantea este supuesto se da en orden a la cesación del delegado designado en la escritura social, en tanto en cuanto, conlleva una modificación de los estatutos, cuestión que será analizada en el apartado III de este mismo Capítulo.

Finalmente, advertir que en ningún caso los así nombrados adquieren un status especial ya que el nombramiento de los delegados por los fundadores se hace en nombre del Consejo y, por tanto, quedan sometidos a las mismas condiciones que los demás delegados, pudiendo ser revocados en cualquier momento por el Consejo de administración<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 472 y 473 seguido por LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>409</sup> “La delegación...”, *op. cit.*, p. 108.

<sup>410</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, 274 y ss.

b) Atribución del nombramiento a la Junta general.

Dentro de la libertad con que la Ley de Sociedades Anónimas permite la regulación estatutaria de la delegación, podemos plantearnos la posibilidad de que los estatutos atribuyan a la Junta la facultad de nombrar a los titulares de los órganos delegados.

Bajo la vigencia de la LSA de 1951 se admitió que los órganos delegados podían ser nombrados no sólo por el Consejo de administración sino también por la Junta general, cuando así lo hubieran previsto los estatutos. En esta línea se manifestaba parte de la doctrina<sup>411</sup> así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1979, siempre que tal posibilidad -que la Junta pueda nombrar Consejero delegado- apareciera regulada en los estatutos, y de 24 de noviembre de 1981. Sostiene la Dirección General en esta Resolución “(...) que el nombramiento de los cargos del Consejo así como el de Consejero delegado corresponde normalmente a la competencia del órgano administrativo, si bien el artículo 77 de la Ley autoriza que los Estatutos puedan disponer otra cosa, precepto que ha servido de fundamento, (...), para que un sector doctrinal estime válido el pacto que permita a la Junta general designar directamente los mencionados cargos, pero en el presente caso hay que observar, que el indicado pacto no sólo no ha sido previsto en los Estatutos sino que por el contrario tales nombramientos aparecen expresamente atribuidos al Consejo de administración, por lo que al constituir los Estatutos la norma por la que se rige la Sociedad, no se puede atentar contra su contenido, en tanto no se modifiquen con arreglo a las normas legales (...)”. De acuerdo con lo dicho, sería necesaria, por tanto, la previsión estatutaria que atribuya a la Junta la facultad de designar a los Consejeros

---

<sup>411</sup> En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 165 y 166; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss y 275 y ss.

delegados ya que, de otro modo, no sería inscribible el acuerdo adoptado por la misma en este sentido.

Hoy día, sin embargo, y como pusimos de manifiesto en otro lugar de este trabajo<sup>412</sup>, la validez de las cláusulas por las que se atribuye a la Junta el nombramiento de los titulares que han de ocupar los cargos delegados es bastante más discutida ya que las mismas pueden introducir perturbaciones que no las hacen aconsejables<sup>413</sup>.

En este sentido, se considera que si fuera válida esta facultad de la Junta se privaría al Consejo de la posibilidad, o mejor dicho, de la facultad de revocar a los delegados por no haberlos designado, es decir, el cese de los cargos delegados vendría sustraído al Consejo (lo que no permitió la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975), y ello supondría un fortalecimiento en la posición de los delegados así nombrados frente a los nombrados por el procedimiento ordinario<sup>414</sup>. A ello se le añaden los problemas que en orden a la exigencia de responsabilidades surgirían en estos casos.

---

<sup>412</sup> Parte Segunda, Capítulo I, I, A, b, e).

<sup>413</sup> Actualmente, están a favor de tal posibilidad, entre otros, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), pp. 566 y 567; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 614; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 372 y 373; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 108 y 109. En contra, entre otros, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 473 y 474 y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 473 y 474 y 487 y 488. Para el citado autor, son válidas las cláusulas estatutarias que confían a la Junta el determinar la estructura del órgano delegado, pero no las que le atribuyan el nombramiento de los titulares de este órgano. Igualmente se refiere a los problemas que suscitan este tipo de cláusulas. También en contra de este tipo de cláusulas, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p.87. Con dudas, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1756.

<sup>414</sup> Sin embargo, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 108 y 109, considera que esta modalidad de nombramiento, poco frecuente en la práctica, lleva consigo un fortalecimiento de la posición de los delegados (frente a los nombrados por el Consejo) en la medida en que se priva al Consejo de la facultad de revocación. No obstante, el Consejo conserva su posición prominente respecto de la delegados nombrados por la Junta, lo cual asegura su subordinación al mismo.

Se aduce, además, que tanto la Ley de Sociedades Anónimas como el Reglamento del Registro Mercantil presuponen que la designación de los cargos delegados es competencia exclusiva del Consejo. A favor de esta opinión se sostiene que cuando el art. 141.1 deja a salvo que los estatutos puedan disponer otra cosa, se refiere no a que puedan atribuir a la Junta ese nombramiento sino a que los estatutos nieguen o impidan al Consejo el ejercicio de tal facultad<sup>415</sup>. Esta opinión de que sólo el Consejo es competente para el nombramiento de los delegados también se fundamenta en el contenido del art. 124.2 d) RRM, al decir “cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados”, y del 149. 1 y 150, también del RRM, al presuponer que el nombramiento de los Consejeros delegados y de los miembros del Comisión ejecutiva, se efectúa en todo caso mediante “un acuerdo del Consejo de administración”.

En cualquier caso, como hemos comentado líneas antes, también existen autores a favor de la posibilidad de que sea la Junta la que proceda al nombramiento de los delegados.

No obstante, si se admite que la Junta puede designar a los administradores delegados será necesario determinar el procedimiento y la forma que corresponde a tal acuerdo. En orden a la válida constitución de la Junta, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 102 de la LSA, dado que no nos encontramos en ninguno de los supuestos especiales a que se refiere el art. 103 de la Ley. En este sentido, “1. La junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el 25 por 100 el capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior.

2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos

---

<sup>415</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 474 y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 487 y 488.

fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la Ley para la primera convocatoria”.

Por lo que se refiere a la adopción del acuerdo, la forma y la publicidad del mismo ha reentenderse que, en relación a la mayoría requerida, el art. 93 de la Ley establece que “Los accionistas, (...), decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta”. El acuerdo deberá constar en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Finalmente, es posible que los estatutos condicionen el nombramiento de los delegados a la Junta, es decir, que se someta a la aprobación de la Junta tanto los acuerdos de delegación como el nombramiento de los que hayan de ocupar el puesto. Ello implica un control o supervisión sobre el órgano delegado que de otra forma no podría hacerse salvo a la hora de exigir responsabilidades<sup>416</sup>. A este supuesto se refiere la R.D.G.R.N. de 12 de mayo de 1999, en la que se admite, en tanto que válida, una cláusula estatutaria en la que se establece que “el Consejo podrá designar en su seno uno o más Consejeros Delegados, si bien la delegación permanente de todas o algunas de sus facultades y la designación del o de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá la aprobación de la Junta general (...). Dado que el régimen de la delegación contenido en el 141 de la Ley (...) sólo es aplicable “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”, habrá de concluirse que en esta materia rige, con carácter preferente, el régimen estatutario, y sólo de forma supletoria el legal. En el caso planteado los estatutos, tras admitir la posibilidad de la delegación, establecen una limitación, que la delegación permanente y la designación de las personas que ocupen el cargo requieren la aprobación de la Junta general (...). Así planteado el problema, ningún reproche puede hacerse a la configuración que en este caso hacen los estatutos de la delegación de facultades del Consejo de Administración. La iniciativa para delegar, la configuración del órgano

---

<sup>416</sup> ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1825.

delegado, la extensión de las facultades que se delegan y la designación de los administradores que pueden actuar como Consejeros Delegados, son competencia del propio Consejo (...). Ahora bien, por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal -art. 141. 1 LSA- la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga requerirá la aprobación de la Junta general, requisito que ha de entenderse limitado a sus propios términos y que no puede entenderse referido ni a la iniciativa, ni a la configuración de las competencias ni a la elección de las personas (...)

De la misma manera, es posible que existan pactos de sindicación entre los accionistas para que el nombramiento del delegado recaiga sobre determinada persona. El incumplimiento de estos pactos, que sólo tienen eficacia entre quienes los han suscrito, no afectará a la validez del acuerdo de nombramiento.

c'. Nombramiento de los delegados en caso de imposición estatutaria de la delegación.

En el caso de que exista una cláusula estatutaria que imponga la delegación la designación de los delegados se convierte en una obligación para el Consejo de administración, lo cual puede producir problemas en orden a la revocación de los mismos y a la responsabilidad del Consejo de administración por la elección de los delegados.

#### **B. APTITUD PARA SER TITULAR DE UN ÓRGANO DELEGADO.**

El acuerdo de nombramiento a que nos acabamos de referir, ha de recaer sobre personas que forman parte del Consejo. Así lo establece el art. 141, que en su apartado 1 dice que “el Consejo de administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros

delegados”, y que en su apartado 2 se refiere a la “designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos”. Esta exigencia, además, es común en la mayoría de los ordenamientos <sup>417</sup>.

De lo dicho se deduce que la única exigencia que establece la Ley para poder ser designado Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva es la de ser miembro del Consejo, ser consejero, y así lo entiende la doctrina por unanimidad<sup>418</sup>. Esta circunstancia nos aparta del sistema dualista de administración en el que existe una expresa incompatibilidad, de modo que una misma persona no puede ser al mismo tiempo miembro del órgano de dirección y del Consejo de vigilancia. Por el contrario, no debe llevar a negar la distinción entre Consejo de administración y órgano delegado<sup>419</sup>.

Por tanto, la capacidad o aptitud necesaria para ser Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva es la misma que la que se exige a los administradores en general. En línea con lo dicho, es menester hacer algunas consideraciones sobre esta concreta cuestión -la capacidad o aptitud de los administradores-. Los administradores -entre ellos los consejeros- no tienen porqué ser accionistas, aunque los estatutos pueden exigir que lo sean (art. 123.2 LSA)<sup>420</sup> y pueden ser personas físicas o jurídicas. También es posible

---

<sup>417</sup> Así, el art. 2381 *Cod. Civ.* italiano, al igual que el art. 141 de la LSA, se refiere a la necesidad de que el nombramiento recaiga en algún miembro del Consejo de administración.

<sup>418</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990) p. 565; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 616; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 168; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, pp. 370 y 371; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 138 y 139; LLAVERO RODRÍGUEZ PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 88; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1758; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 476; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 1835 y 1836; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 279; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 110; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 489.

<sup>419</sup> ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 490.

<sup>420</sup> De acuerdo con el contenido del art. 123.2 es posible que los estatutos fijen una serie de requisitos subjetivos para ser nombrado administrador como, por ejemplo, ser accionista, ser

accionista con una determinada antigüedad, una edad mínima o máxima, una determinada profesión. De hecho, está bastante extendida la referencia a la profesionalización de la administración, a la especialización de funciones, al carácter de los administradores como profesionales que se dedican de forma continuada y habitual a estas tareas. La R.D.G.R.N. de 31 de octubre de 1989 reconoce que la LSA exige la existencia de un órgano de gestión distinto de la Junta “de carácter permanente, con determinación individual de sus miembros y exigencia a los mismos de ciertos requisitos de aptitud, que además de añadir estabilidad, profesionalidad y responsabilidad frente a la Sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores a la dirección de los negocios sociales, asegura el normal desenvolvimiento de la actividad social, tanto en las relaciones externas como en el orden interno”. Esta afirmación, que no se ha manifestado en una exigencia legal de capacitación profesional de los administradores, si se va plasmando como requisito legal. Por ejemplo, aparece en las normas que disciplinan los mercados regulados o cierto tipo de sociedades, así el art. 2.1 f) Reglamento de la LCCrédito. También existen disposiciones especiales, por ejemplo en el sector de la Banca y financiero, donde se exige a los administradores y a quienes representen a las personas jurídicas administradoras, una calificación moral y “una reconocida honorabilidad comercial, empresarial o profesional”, y “unos conocimientos y experiencia adecuados en materias financieras o de gestión empresarial” (así, entre otros, los arts. 8 b) y d) y 30 de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras). Del mismo modo, las cualidades son tenidas en cuenta por los textos-modelos de autorregulación. Tanto el Código Olivencia como el Informe Aldama hacen referencia a los requisitos que deben reunir los consejeros y, en concreto, los consejeros independientes. Así, los consejeros independientes deben caracterizarse por su experiencia, competencia y prestigio profesional (II, 2.1 y 2.2 Código Olivencia y I.V, 2.1., c Informe Aldama). Por otro lado, el procedimiento de selección de los consejeros y, particularmente de los independientes debe ser muy riguroso, de ahí la importancia de la labor desarrollada por la Comisión de Nombramientos, en relación a la cual, el Código recoge una serie de indicaciones. Destaca la primera que “se refiere a la extracción profesional de los independientes. La idea fundamental aquí es el pluralismo: no hay un perfil único de consejero independiente. Por ello, no resulta aconsejable seleccionarlos exclusivamente de entre personas que hayan sido o sean ejecutivos significados de otras compañías, aunque esta procedencia les cualifique especialmente para orientar la estrategia y llevar a cabo con efectividad la función de supervisión. Es también conveniente incorporar personas de otra extracción profesional. Con ello, además de evitarse el riesgo de las "consejerías cruzadas", se logra que el Consejo se enriquezca con puntos de vista diferentes y con la aportación de experiencias plurales, incluso procedentes de ámbitos ajenos al mundo de la empresa” (II, 5.2.). A ello hay que unir la Recomendación 2 del Código Olivencia que dispone que es conveniente “Que se integre en el Consejo de Administración un número razonable de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional desvinculadas del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos”.

Al elemento objetivo (conocimientos y preparación de los administradores), se suma el elemento subjetivo o ético: la honorabilidad que, al igual que ocurría con la profesionalidad, aparece en las normas que disciplinan los mercados regulados o cierto tipo de sociedades, así el art. 2.1 f) Reglamento de la LCCrédito. Podemos dar también por reproducidas las consideraciones hechas en el párrafo anterior sobre el sector de la Banca y financiero.

fijar en los estatutos las garantías que han de prestar los administradores, o bien relevarles de esa prestación. Así resulta del apartado 1 del art. 123.

Por lo demás, la Ley no establece otro requisito para ser administrador de una sociedad anónima (al margen de la capacidad de obligarse y la capacidad de obrar), sino que se limita a establecer unas prohibiciones e incompatibilidades de Derecho público para ser administrador y una serie de incapacidades y prohibiciones de Derecho privado. En relación a las primeras, dice el art. 124 de la LSA<sup>421</sup> que “no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio” (apartado 1). “Tampoco podrán 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 o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal” (apartado 2).

Este artículo se complementa con los arts. 13 y 14 del Código de Comercio. Dice el art. 13 que “No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 1º. [...]

---

Por último, añadir que en el *Codice* italiano si existe un precepto que se los requisitos que deben reunir los administradores. Dice, en concreto, el art. 2387 que “(Requisiti di onorabilita', professionalita' e indipendenza). Lo statuto puo' subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilita', professionalita' ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da societa' di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l'articolo 2382”.

<sup>421</sup> En su nueva redacción dada por la D.F. 20, núm. 1 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (Ley 22/2003).

2°. Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso<sup>422</sup>.

3°. Los que, por leyes o disposiciones especiales, no pueden comerciar<sup>423</sup>”.

De acuerdo con el art. 14 “No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñen sus funciones:

1°. Los magistrados, jueces y funcionarios del ministerio fiscal en servicio activo. Esta disposición no será de aplicación a los alcaldes, jueces y fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales.

2°. Los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas.

3°. Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptuándose los que administren y recauden por asiento, y sus representantes.

4°. Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean.

5°. Los que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio<sup>424</sup>”.

---

<sup>422</sup> Nueva redacción dada por la D.F. 2, núm. 1 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (Ley 22/2003).

<sup>423</sup> V. sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Ley 53/1984, de 26 de diciembre y la Ley 1/1995, de 18 de enero. V. también, la Ley 12/1995, de 11 de mayo, sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, modificada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>424</sup> V. art. 124 de la LSA.

Por lo que se refiere a las incompatibilidades y prohibiciones de Derecho privado, éstas se dan cuando hay conflicto de intereses por contraponerse los de la sociedad y los de los administradores. En este sentido, el art. 132.2 se refiere a “Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad”.

En cualquier caso, el régimen de unas y otras incompatibilidades y prohibiciones es diferente. En el caso de las prohibiciones del art. 124, los que se encuentren en las situaciones descritas no pueden ser administradores y, si lo son, deben ser destituidos inmediatamente a petición de cualquier accionista sin perjuicio de la responsabilidad en que pueden incurrir, de acuerdo con el ar. 133, por su conducta desleal. En el caso de las privadas, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta general, quien tendrá un margen para decidir si existe o no conflicto de intereses (V. S.T.S. de 10 de septiembre de 1998).

Cuando se trata de un administrador persona jurídica, las prohibiciones se predicán y son aplicables respecto de la persona física representante, por lo que si ésta incurre en una causa legal de prohibición para ser administrador deberá cesar en su cargo y designar la sociedad (apoderando o delegando) otra persona física que la represente<sup>425</sup>.

Volviendo al tema concreto que nos ocupa, en principio, cualquier Consejero tiene aptitud para ser titular de un órgano delegado sin que ningún miembro del Consejo de administración tenga un derecho particular para ser elegido delegado, de forma que la libertad del Consejo en esta materia es muy

---

<sup>425</sup> V. LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 31.

amplia. No obstante, los estatutos pueden establecer que la delegación recaiga sobre determinadas personas como el Presidente del Consejo o que éste y el Vicepresidente o los consejeros deben formar parte de la Comisión ejecutiva<sup>426</sup>.

Igualmente, es posible que los estatutos condicionen el nombramiento de los delegados, así como también pueden existir pactos de sindicación entre los accionistas para que el nombramiento recaiga sobre determinadas personas. En todo caso, estos pactos sólo tienen eficacia interna entre quienes los suscriban, de modo que su incumplimiento no afectará a la validez del acuerdo de nombramiento, sin perjuicio de la responsabilidad civil por daños y perjuicios contra los administradores. Si los estatutos no dicen nada, el Consejo goza de total libertad para designar a cualquiera de sus consejeros<sup>427</sup>.

Por otro lado, este requisito se cumple cualquiera que sea el origen del nombramiento como consejero, lo que implica la aptitud para ser delegado de los administradores nombrados por la Junta (para quien admite tal supuesto) o en el acto constitutivo<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> Sin embargo, no podrá ser nombrado el Secretario del Consejo si no tiene la condición de consejero. ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 616.

<sup>427</sup> Entre otros, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 89; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 475; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1836; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 110; *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 278; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 490 y 491.

<sup>428</sup> En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 169; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 110. Por otro lado, sostiene LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 88, que no hay inconveniente para que en los supuestos donde pueda ejercitarse válidamente la cooptación se proceda, en primer lugar, al nombramiento del Consejero por este sistema, quien deberá aceptar y, una vez aceptado el cargo, se acuerde por este órgano colegiado la designación como Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva. En la misma línea, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1759 y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 490.

Dentro de la cuestión que estudiamos -la aptitud para ser titular de un órgano delegado- surge la siguiente: ¿Puede una persona jurídica ser titular de un órgano delegado?

Para poder decidir sobre la posibilidad de designar a una persona jurídica para desempeñar cargos delegados es necesario determinar previamente si estas personas pueden formar parte de los Consejos de administración de las sociedades anónimas. En este sentido, dice el art. 8 de la Ley de Sociedades Anónimas que en la escritura de constitución de la sociedad se expresará “f) los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas”. Por su parte, dice el art. 125 que el nombramiento de los administradores deberá ser presentado para su inscripción en el Registro Mercantil haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas, o su denominación social, si fueran personas jurídicas. Por tanto, de acuerdo con el contenido de los artículos mencionados se admite que las personas jurídicas puedan ser administradores de la sociedad.

Este dato, unido al hecho de que no existe en nuestro Ordenamiento una norma que lo prohíba, nos lleva a considerar que las personas jurídicas podrán ocupar un puesto en la Comisión ejecutiva o ser designadas como Consejeros delegados. En todo caso, deberá ejercer su cargo a través de su representante -persona física-. La doctrina se muestra prácticamente unánime sobre esta cuestión<sup>429</sup>.

---

<sup>429</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 616; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 139; LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 88; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1758 y 1759; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1836; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros...*, pp. 287 y ss; “La delegación...”, p. 110; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 490. En el mismo sentido, la S.T.S. de 31 de octubre de 1984.

En contra de esta posibilidad, o a favor de limitarla a los miembros de la Comisión ejecutiva como sostiene POLO SÁNCHEZ, se ha alegado la importancia de las condiciones personales en el caso de los delegados, así como las dificultades que en orden a la permanencia y continuación de la delegación produciría el nombramiento de una persona jurídica que podría cambiar con frecuencia la persona de su representante<sup>430</sup>. Dice IGLESIAS PRADA que “si los órganos delegados tienen su origen en las necesidades propias de una presencia más ágil de la sociedad en el tráfico jurídico y comercial, parece incongruente con dicha finalidad una delegación a favor de cualquier persona jurídica cuya estructura, por muy simplificada que sea, siempre comporta una mayor complejidad que en ningún modo favorece las exigencias de una realista estimación del tráfico”<sup>431</sup>. Sin embargo, no hay razones ni de Derecho positivo ni dogmáticas que impidan ese nombramiento. Además, siempre que la persona jurídica actúe a través de su representante y entre representante y representado exista la debida coordinación, los inconvenientes aducidos serán irrelevantes<sup>432</sup>.

Por otro lado, de no admitirse esta posibilidad, se llegaría al absurdo de impedir la delegación en los casos de Consejos formados exclusivamente por personas jurídicas<sup>433</sup>.

Cuando el nombramiento de delegado recaiga sobre persona jurídica, lo normal será que ésta designe como representante a la misma persona física que la representa en el Consejo de administración aunque no es estrictamente necesario.

---

<sup>430</sup> En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 170 y 171; POLO SÁNCHEZ, E., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *R.D.M.*, nº. 98, octubre-diciembre, 1965, p. 235; “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 476 y 477.

<sup>431</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>432</sup> GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 139.

<sup>433</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 171, nota 63; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1759; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación...”, p. 110.

En todo caso, cuando una persona jurídica sea nombrada administradora (delegada) se deberá nombrar a una persona física que la represente y cuya identidad debe constar registralmente para proceder a la inscripción del nombramiento. Así lo exige el art. 143 RRM, que ha sido interpretado por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1991 y 3 de junio de 1999.

Según la Resolución de 11 de marzo de 1991 “es cierto que, dado el esquema funcional de las personas jurídicas, cuando éstas sean nombradas administradores de una sociedad anónima (...), el desempeño de tal cometido debe quedar incluido dentro del ámbito competencial propio de su órgano de actuación externa, el cual podría realizarlo bien directamente bien valiéndose de apoderamientos generales o específicos; pero también lo es que exigencias prácticas y operativas (...), así como la aconsejable estabilidad de los sujetos que desempeñan la administración de una sociedad anónima, imponen la conveniencia de que cuando una persona jurídica sea nombrada administrador, proceda ésta a designar una persona física que, en nombre de aquella y con carácter permanente, pueda desempeñar por si sola todas las funciones inherentes al cargo conferido. Por ello, el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser entendido en el sentido de exigir la consignación, en el folio abierto a la sociedad anónima, de los datos identificativos de todas aquellas personas que, en nombre de la persona jurídica-administrador, puedan concurrir al desempeño de este cargo, sino exclusivamente en el sentido de exigir la identificación de una sola persona física con facultades suficientes para el ejercicio estable de las funciones inherentes a aquél, sea o no miembro del propio órgano de actuación externa de la persona jurídica Administradora; ahora bien, no puede pretenderse que la designación de tal persona física acceda al Registro sólo por la simple aseveración del órgano certificante de la sociedad anónima que provee al nombramiento de administrador, por cuanto no se trata de un acto social interno respecto de esa entidad, sino de una decisión que compete

exclusivamente a la persona jurídica nombrada, y dado que ésta revestirá la naturaleza bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente, su formalización en documento público (artículos 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto”.

Por su parte, la Resolución de 3 de junio de 1999 ha aclarado el título inscribible de la designación al establecer que “El respeto a los principios generales del sistema registral, y entre ellos el de necesidad -salvo en los casos expresamente exceptuados- de titulación pública para la práctica de cualquier asiento en el Registro (cfr. artículos 18 del Código de Comercio y 5 y 95.1 del Reglamento del Registro Mercantil), exige que la designación de la persona física que represente a la persona jurídica nombrada administrador para el ejercicio de este cargo conste, a efectos de su inscripción en escritura pública, excepto en los supuestos en que, por ser el designado miembro del órgano de administración, baste la certificación del correspondiente acuerdo, expedida por el órgano de la persona jurídica Administradora que sea competente al efecto (cfr. la Resolución de 11 de marzo de 1991)”.

Teniendo en cuenta el art. 143 RRM y las Resoluciones que lo comentan se pueden hacer una serie de consideraciones en torno a las personas que pueden designar la persona física representante de la persona jurídica, así como el título inscribible del nombramiento. La competencia para el nombramiento corresponde al órgano de administración, al Consejero delegado (siempre que se le hayan delegado las facultades necesarias para ello) a la Comisión ejecutiva o a un apoderado con facultades suficientes para ello, pero en ningún caso a la Junta general. Un eventual nombramiento por la Junta requeriría para su validez la ratificación o asunción del acuerdo como

suyo por el órgano de administración o apoderado con poder bastante. Por su parte, el título inscribible revestirá, de ordinario, la forma de escritura pública, pero basta un documento privado certificante del acuerdo, con firma o firmas legitimadas, cuando el nombramiento se defiera a un miembro del órgano de administración o apoderado con poder bastante previo.

Finalmente, de acuerdo con el art. 143.2 RRM “en caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo en tanto no se proceda expresamente a su sustitución”.

Para terminar con este apartado objeto de estudio -la aptitud para ser titular de un órgano delegado- queda por plantear una última cuestión: ¿Se puede ser administrador o consejero de varias sociedades?.

En principio, no hay ninguna norma que lo prohíba ni que establezca límites a un número máximo de puestos que pueda ocupar un administrador en los órganos de administración de distintas sociedades. Como excepción, encontramos las incompatibilidades establecidas respecto de las sociedades anónimas titulares de empresas bancarias y de crédito, tendentes a evitar la acumulación de puestos directivos en un reducido número de personas. Por ello, se establece la limitación de no poder pertenecer a más de cuatro Consejos de administración para las siguientes personas: “los altos cargos directivos de la banca privada; los miembros del Consejo General del Banco de España; los vocales de los Consejos de Administración de las Entidades Oficiales de Crédito; los Presidentes y consejeros de las Cajas de Ahorro”. Puede permitirse la participación en un número mayor de Consejos, sin que, en ningún caso, pueda ser superior a ocho (V. la Ley 31/1968, de 27 de julio, sobre Incompatibilidades y Limitaciones de los Presidentes, Consejeros, Altos Cargos Ejecutivos de la Banca Privada, desarrollada por Decreto 702/1969, de 26 de abril; art. 16. 1 b) de la Ley 3/1985, de 2 de agosto, de regulación de las

Normas Básicas de los Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. V. también los arts. 41.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y 9.8 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito)<sup>434</sup>.

### **C. ACEPTACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL NOMBRAMIENTO.**

Como vimos al estudiar la designación o nombramiento de los delegados por el Consejo, este acuerdo ha de revestir la forma de un acuerdo colegiado y debe ser adoptado con los requisitos que la Ley exige para la validez de las decisiones de este órgano. Así, para la validez del acuerdo de designación de las personas que han de desempeñar tales cargos, (y también para la validez del acuerdo de delegación permanente), el art. 141.2 LSA exige el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo. Por tanto, al igual que ocurría con el acuerdo de delegación, el acuerdo de designación de las personas que han de ocupar los cargos delegados requiere una mayoría doblemente reforzada: Se exige el voto favorable de las dos terceras partes (frente a la mayoría absoluta normalmente exigida) del total de los componentes del Consejo (frente a los consejeros concurrentes del régimen normal).

A estos requisitos, que como ya pusimos de manifiesto son necesarios y mínimos, hay que unir el requisito relativo a la publicidad registral, la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, cuestión que resulta de gran importancia dada la relevancia que tiene la inscripción no sólo por lo que se refiere a la eficacia frente a terceros del nombramiento (para que todo tercero pueda saber quién es la persona que legítimamente ostenta el cargo de Consejero delegado o de miembro de la Comisión ejecutiva) , sino porque,

---

<sup>434</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores de la Sociedad Anónima*, Editorial CISS, Valencia, 1999, p. 36, quien añade que “en el supuesto de administrador persona jurídica, el hecho de que la persona física designada incurra en alguna de las prohibiciones expuestas, no determina la destitución de la persona jurídica como administrador, sino la sustitución de la persona física concreta”.

como veremos a continuación, a esta inscripción se le atribuye eficacia constitutiva.

Dice el art. 141.2 *LSA in fine* que la delegación permanente de facultades del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos “no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”, de donde se deduce que la inscripción tiene eficacia constitutiva. En esta afirmación coincide gran parte de la doctrina que ha estudiado la cuestión<sup>435</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, destacan: la S.T.S. de 18 de diciembre de 1978 que, interpretando de forma literal el art. 78.2, consideró que en tanto el nombramiento del delegado no estuviera inscrito en el Registro Mercantil no podía surtir efecto de ninguna clase. Declara el Tribunal Supremo en la Sentencia citada que “Declarado por el Tribunal (...) que no inscrita en el Registro Mercantil la escritura (...) de nombramiento de Consejero único y de la delegación de facultades del Consejo de

---

<sup>435</sup> Entre otros, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), pp. 570 y 571; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 617; GARRIGUES/URÍA, *Comentario...*, II, *op. cit.*, pp. 138 y 153; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368, quien, sin embargo, considera que “el elevar a requisito constitutivo de la delegación la inscripción registral hace relevante exageradamente el aspecto externo de la misma”; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1758; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 488; ROCA FERNÁNDEZ – CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1827; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 296; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 97, 98 y 111, quien, no obstante, opina que la falta de inscripción afectará sólo a las relaciones de los delegados con los terceros (esfera externa), pero no a la esfera interna en la que los actos de los delegados gozan de plena eficacia, lo cual supone desvirtuar en gran parte la eficacia constitutiva de la inscripción. Por su parte, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 180, considera que “aceptando, inicialmente, el carácter constitutivo de la inscripción, debe formularse, no obstante, una observación directamente relacionada con las consecuencias jurídicas que se derivan de la falta de la misma”. En este orden, “parece indudable que, tanto del acuerdo de designación por el Consejo como de su instrumentación en escritura pública, pueden detraerse consecuencias jurídicas en la relación persona designada-sociedad”. En definitiva, parte de la doctrina (entre ellos IGLESIAS PRADA y RODRÍGUEZ ARTIGAS), considera excesiva esta afirmación, en cuanto que, aceptado el nombramiento, éste tiene al menos algún efecto en su aspecto interno.

Administración (...) a favor de D. Antonio éste carecía de virtualidad para acreditar la representación con que comparecía el que como tal representante lo hacía, ya que disponiendo clara e imperativamente el art. 78, párrafo 2º (hoy 141) de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, que la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el Consejero Delegado no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil, (...), se deduce que la escritura(...), por no estar inscrita en el Registro Mercantil, no podía surtir efecto de ninguna clase y por consiguiente el de acreditar la representación de dicha sociedad”.

Sin embargo, la S.T.S. de 1 de marzo de 2001, establece que “De conformidad con el art. 125 LSA el nombramiento surte efectos desde el momento de la aceptación, y si bien es cierto que del propio precepto y de otras disposiciones (...) resulta la obligatoriedad de la inscripción, ésta no tiene carácter constitutivo y, por consiguiente, no obsta a la validez de las actuaciones jurídicas de los administradores desde que tuvo lugar la aceptación. Y en este sentido se han pronunciado las recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9496) y de 4 de junio de 1998 (RJ 1998\6583)”. Añade, además que “la exigencia de la inscripción en el art. 141 LSA (...) no se refiere al nombramiento de administradores sino a la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de las personas que hayan de ocupar tales cargos”. Así también lo entiende la Resolución de 25 de febrero de 1994 que merece una atención especial. La Dirección General confirma en esta Resolución la nota del Registrador de denegar de la inscripción de una compraventa por la falta de acreditación de la inscripción del nombramiento del Consejero delegado que interviene en representación de la sociedad vendedora, al estar “supeditada por el art. 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la eficacia de la delegación de facultades del Consejo de Administración y de la designación del o de los administradores que hayan de

ocupar tal cargo a su inscripción en el Registro Mercantil, no cabe sino confirmar la existencia de tal defecto, sin que quepa admitir el argumento del recurrente de que el Registrador debió apreciar la existencia de una ratificación tácita de la compraventa por parte de la sociedad vendedora a la vista del mandamiento presentado para la anotación preventiva de la demanda por la misma sociedad que solicita la resolución del contrato”. En resumen, la eficacia de la delegación de facultades del Consejo de Administración y de la designación del o de los administradores que han de ocupar el cargo está supeditada, de acuerdo con el contenido del art. 141.2, a su inscripción en el Registro Mercantil.

En cualquier caso, para proceder a practicar la inscripción del nombramiento es requisito previo que se haya producido la aceptación del cargo delegado por parte de la persona que haya sido designada para ocuparlo, aunque nada se indica en la Ley de Sociedades Anónimas al respecto. Así lo ha entendido siempre la práctica registral española, en función de la aplicación analógica del art. 125 TRLSA<sup>436</sup>, que finalmente fue acogida en el art. 150 RRM<sup>437</sup>. A estos efectos, el citado art. 150 declara que la inscripción del acuerdo de delegación de facultades del Consejo de administración y del

---

<sup>436</sup> Declara el art. 125 TRLSA que “El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquella (...)”. En el mismo sentido se pronunciaba el art. 72.2 LSA de 1951.

<sup>437</sup> El *Codice Civile* italiano no prevé expresamente la aceptación del cargo, ni siquiera para el nombramiento de los administradores en general. Sin embargo, a pesar del silencio legal, gran parte de la doctrina estima que la eficacia del nombramiento está supeditada a la aceptación del mismo. En este sentido, FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss; FRÈ, *Società per azioni...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss; MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, pp. 451 y ss.

Por otro lado, en relación al nombramiento de los administradores (en general, ya que no existe un precepto específico que se refiera a los administradores delegados), el art. 2383 Cod. Civ., en el párrafo 4, dispone que “Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonche' a quali tra essi é attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente”.

nombramiento de los Consejeros delegados o de los miembros de la Comisión ejecutiva no podrá practicarse en tanto que no conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos. Es decir, sin esta aceptación por parte del interesado se entiende que el nombramiento no produce efectos. La aceptación así concebida permite configurar el nombramiento de los cargos delegados (al igual que ocurre con el nombramiento de los administradores en general) como un negocio jurídico bilateral<sup>438</sup>. En palabras de GIRÓN TENA, el acto o negocio jurídico por cuya virtud se designan los ocupantes de los cargos constituye “un negocio jurídico unitario bilateral de designación”<sup>439</sup>.

Por otro lado, con este artículo se pone fin al problema de si el administrador, además de la aceptación que debe prestar a la hora de ser designado como tal (art. 125), debe prestar, además, una aceptación específica como delegado. La doble aceptación es necesaria incluso en el caso de que en una misma sesión del Consejo una persona sea designada administrador e, inmediatamente, Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva<sup>440</sup>. Por tanto, independientemente de si confluyen en una misma sesión los dos acuerdos de nombramiento -como administrador primero y como administrador delegado después- es necesaria una doble aceptación para la inscripción del cargo de delegado: una como consejero y otra específica del cargo delegado. Y ello porque, como declara SÁNCHEZ CALERO, “la razón de ser de la aceptación del delegado se encuentra en que éste debe manifestar

---

<sup>438</sup> En este sentido, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 404 y ss, para quien el nombramiento de los administradores es un negocio jurídico bilateral, en el que la designación y aceptación constituyen declaraciones de voluntad necesarias para la conclusión de su proceso de formación; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 475; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1838; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 425 y ss; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>439</sup> *Derecho...*, *op. cit.*, p. 339.

<sup>440</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 89; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 475; SÁNCHEZ CALERO “Administradores...”, *op. cit.*, p. 491.

su consentimiento, en cuanto que su designación se refleja sobre la forma en que ha de desarrollar su actividad administrativa, que legitima a los delegados a actuar personalmente (salvo que formen parte de una Comisión ejecutiva) y sin la colaboración directa de los demás miembros del Consejo de administración”<sup>441</sup>.

En cuanto al título inscribible, la inscripción del acuerdo de delegación de facultades y de nombramiento de los Consejeros delegados o miembros de la Comisión ejecutiva, así como los acuerdos posteriores que los modificaren, se practicará en virtud de escritura pública (art. 151.1 RRM), una vez, claro está, que conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos. Sin embargo, la aceptación no consignada en escritura pública, los acuerdos que revoquen la delegación de facultades concedida, así como la renuncia de los delegados, podrán asimismo inscribirse en virtud de los documentos a que se refieren los arts. 142 y 147 RRM (art. 151.2 RRM). A saber: certificación del acta del Consejo con las firmas debidamente legitimadas; testimonio notarial de dicha acta; copia autorizada de la misma; o escrito de renuncia notificado fehacientemente a la sociedad.

Una vez inscrita la delegación sus efectos en relación con los actos otorgados desde el nombramiento se retrotraen al momento de la celebración (art. 152 RRM). Es decir, la eficacia de los actos se condiciona al hecho de su inscripción, pero sus efectos tienen lugar, se retrotraen, al momento de su celebración, de su realización por parte del delegado <sup>442</sup>.

En otro orden de cosas, hay que referirse al contenido de la inscripción, aunque esta cuestión ya fue objeto de tratamiento en otro punto de este

---

<sup>441</sup> “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 491 y 491. Del mismo parecer en la doctrina italiana, BORGIOLI, *L’amministrazione...*, *op. cit.*, p. 135. En sentido similar, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 294; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>442</sup> Idea mantenida por SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 493, siguiendo a POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 488.

trabajo<sup>443</sup>. En el caso de que estemos ante un acuerdo de delegación y de nombramiento de los delegados, la inscripción deberá contener, bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables, si bien, deben enumerarse expresamente en el acuerdo de delegación las facultades concedidas por la Junta la Consejo con tal carácter. Y si son varios los Consejeros delegados, el régimen de su actuación (art. 149. 1 y 2 RRM).

Por otro lado, también es posible que en estos supuestos, se pueda plantear la aplicación analógica del art. 138 RRM, relativo a las circunstancias de la inscripción del nombramiento de administradores ya que no existe uno similar para el supuesto de inscripción del nombramiento de los cargos delegados. En concreto, señala este artículo que “En la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento así como el plazo y el cargo para el que, en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de administración”.

En relación al plazo para el ejercicio del cargo, el art. 144 RRM, reitera la obligación de hacer constar, en la inscripción del nombramiento del administrador la mención del plazo para el que hubiera sido designado. Considera, sin embargo, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, que la mención del plazo no es exigible en el caso del nombramiento de los delegados por existir la presunción de que éstos continuarán en el cargo por el tiempo que les reste como administradores. No obstante, el hecho de que el art. 144 exija que en la inscripción del nombramiento de los administradores conste el plazo para el que han sido designados y no se exija la misma mención en la inscripción de delegación de facultades no debe interpretarse como que éste puede serlo por plazo indefinido, sino que, salvo que se fije un plazo concreto, la delegación lo es por el tiempo que le reste al delegado hasta

---

<sup>443</sup> V., Parte Segunda, Capítulo I, I, B, b, c’).

la caducidad del nombramiento como consejero y que necesariamente constará en el Registro Mercantil (art. 145)<sup>444</sup>.

Finalmente, en relación al momento en el que se puede proceder a la inscripción, como señala la R.D.G.R.N. de 5 de abril de 1999, no existe ningún obstáculo para la inscripción e nombramientos de cargos ya no vigentes al tiempo en que se practique, si bien en tal caso, ésta en cuanto vendrá a reflejar un cargo histórico, no vigente pero cuya validez anterior no se cuestiona, requerirá la adecuada técnica registral para evitar que se produzca el obstáculo fundamental: un posible confusiónismo de los pronunciamientos registrales, mediante la expresada advertencia de que el acuerdo que se inscribe carece en la actualidad de vigencia (en este sentido, la R.D.G.R.N. de 23 de diciembre de 1999).

Concluir advirtiendo, aunque sobre este punto incidiremos con posterioridad, que el conjunto de requisitos que la Ley exige en orden a la delegación permanente de facultades y a la designación de los administradores que han de ocupar los cargos delegados, no son necesarios para dar fin a la delegación. En este sentido, el acuerdo por el que se cesa a la persona o personas titulares del órgano delegado o aquél por el que desaparece el propio órgano, es un acuerdo ordinario no sometido a los requisitos que establece la Ley<sup>445</sup>.

## II. RETRIBUCIÓN.

---

<sup>444</sup> *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>445</sup> Bajo la vigencia de la LSA de 1951, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 154; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 304 y ss. V. también la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975.

Partiendo del dato de que el cargo de administrador es normalmente retribuido, la creación de uno o más cargos delegados, cuyos titulares son administradores, plantea la cuestión de la retribución de los mismos.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos<sup>446</sup>, e independientemente de la importancia de la cuestión, no existe ninguna disposición en la Ley de Sociedades Anónimas que se refiera de manera específica a la retribución o remuneración de los órganos delegados. El art.

---

<sup>446</sup> Los países de nuestro entorno, o no han dado carácter necesariamente estatutario a la retribución, como es el caso del Derecho italiano, o regulan legalmente las modalidades de retribución en forma de límite a las facultades de la Asamblea o el Consejo, como es el caso de Francia, donde existe una detallada regulación al respecto. Centrándonos en el caso de Italia, el Derecho italiano constituye el ejemplo más claro de onerosidad del cargo de administrador, hasta el punto de que se considera que los administradores tienen derecho a la remuneración. En apoyo de tal afirmación está el art. 2364, n.º 3 que dispone que una de las competencias de la Junta es la determinación de la remuneración de los administradores y de los síndicos; el art. 2383, párr. 3.º que establece un derecho del administrador al resarcimiento de daños, si ha sido separado sin justa causa, lo que presupone que el administrador tenía en todo caso derecho a una retribución (en este sentido, BONELLI, *Gli amministratori...*, *op. cit.*, p. 477); y, sobretodo y fundamentalmente, el art. 2389 Cod. Civ. que se refiere expresamente a la remuneración de los administradores al disponer que “I compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all’atto della nomina o dall’assemblea.

Essi possono essere costituiti in tutto o in parte da partecipazioni agli utili o dall’attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione.

La remunerazione degli amministratori investiti di particolare cariche in conformità dello statuto è stabilita dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale. Se lo statuto lo prevede, l’assemblea può determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolare cariche”. Como podemos comprobar, este artículo diferencia entre las compensaciones que corresponden a los miembros del Consejo de administración y de la Comisión ejecutiva, las cuales han de establecerse en el acto constitutivo o por acuerdo de la asamblea y la remuneración correspondiente a los administradores investidos de cargas particulares (aquí se puede incluir a los Consejeros delegados) que se establecen por el Consejo de administración, teniendo en cuenta el parecer del *collegio sindacale*. En contra, MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, pp. 444 y ss, que considera que, pese a que el art. 2389 parece diferenciar entre ambos supuestos, no existe una diferencia cualitativa ni cuantitativa entre la remuneración del Consejero delegado y la del miembro de la Comisión. En nuestro sistema, sin embargo, no es posible esta distinción entre los titulares de los órganos delegados sino que rige el mismo para todos (IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 281). En cualquier caso, en el ámbito del Derecho italiano, el carácter oneroso del cargo determina que los administradores tienen derecho a la retribución, tanto si así está previsto en los estatutos como si los mismos guardan silencio en esta materia, correspondiendo en el segundo caso a la Junta la determinación de la remuneración. Y aún en el supuesto de que la Junta haya omitido fijar la retribución, para obtenerla los administradores pueden acudir a la autoridad judicial. Para todo lo dicho, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), pp. 542 y 543 y, TUSQUETS TRIAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 63 y ss.

130 TRLSA se refiere solamente a la retribución de los administradores, limitándose a indicar que la retribución deberá ser fijada en los estatutos, con lo cual, se garantizan los intereses tanto de los administradores -que no podrán ser privados de la retribución fijada- como de los accionistas -que cuentan así con un medio para conocer y controlar la retribución de los administradores-<sup>447</sup>.

En cualquier caso, esta expresión, unida al hecho de que el art. 9 h) LSA se refiere a la necesidad de que en los estatutos figure “además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren”(en el mismo sentido, el art.

---

<sup>447</sup> Así, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª ed., Imp. Aguirre, Madrid, 1976, p. 486. En sentido similar la R.D.G.R.N. de 18 de febrero de 1991 señala que la compaginación del interés legítimo de los socios y las expectativas económicas de los administradores, impone la necesaria previsión estatutaria tanto de la posibilidad de retribución como del concreto sistema retributivo que se prevea, de modo que su alteración requerirá la previa modificación estatutaria; no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas alternativos, dejando al arbitrio de la Junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento. Tampoco admiten la inscripción de la cláusula estatutaria con varios sistemas alternativos de retribución, de manera que sea la Junta la que elija en cada momento el sistema conveniente, las Resoluciones de 20 y 25 de marzo, 26 de julio de 1991, 4 de octubre y 12 de abril de 2002. En el mismo sentido, tampoco se admite que la Junta pueda cada ejercicio decidir si se remunera o no. Así, las Resoluciones de 26 de abril de 1989, 4 de octubre de 1991, aunque debe señalarse la Resolución de 17 de febrero de 1992, que considera que los arts. 9 y 130 “no excluyen el que los estatutos se limiten a prever la posibilidad de retribuciones a los administradores y el concreto sistema a aplicar en caso afirmativo, pero en todo caso confieren a la Junta general la decisión sobre la procedencia o improcedencia de retribuir dicho cargo según las circunstancias por las que atraviese la sociedad”. Si admiten, en cambio, la cláusula que fije como retribución un sistema combinado. Considera JUSTE MENCÍA, J., “Retribución...”, *op. cit.*, p. 503, que con este tipo de Resoluciones, la Dirección General está coartando el amplio margen de autonomía que los arts. 130 y 9 LSA y 124. 3 RRM atribuyen a las sociedades anónimas en este campo. Esta actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido criticada también por otros autores, entre ellos, BLANQUER UBEROS, R., “La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General”, *R.D.M.*, nº 211 y 212, enero-junio, 1994, pp. 11 y ss.

Por su parte, la S.A.P. de Madrid de 8 de febrero de 1999 establece que “no existiendo en los Estatutos de la Sociedad (...) fijación alguna de retribución a los administradores, el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de fijar esa cantidad a percibir por el Consejero Delegado y sus herederos es contrario a la ley y por tanto no puede surtir efectos”.

124.3RRM), nos lleva a la conclusión de que, si los estatutos no han previsto nada al respecto, se presumirá que el cargo es gratuito<sup>448</sup>.

Por otro lado, el inciso primero del art. 130 (“La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos”) es interpretado en el sentido de que los estatutos deben establecer la forma de la retribución, es decir, si consiste en un sueldo, en una dieta, en una participación en los beneficios etc., ya que si se refiriese a la cuantía de la misma habría que modificar los estatutos cada vez que se quisiera modificar, al alza o a la baja, la remuneración de los administradores<sup>449</sup>. Sin embargo, debe quedar claro que la retribución de los administradores fijada en los estatutos no puede modificarse por el Consejo de administración, pues para ello es necesario modificar los estatutos en Junta general (S.T.S. 3 de julio de 1963).

A ello, el art. 130 añade dos posibles formas de retribución<sup>450</sup>: Una de ellas, consistente en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la

---

<sup>448</sup> Considera HERNANDEZ MARTÍ, “Órganos...”, *op. cit.*, p. 2961, que, dado que parece desprenderse de lo dicho que si no se hace constar en los estatutos el sistema de retribución, los administradores no tienen derecho a ella queda abierta la cuestión de si, en ausencia de una norma estatutaria que establezca el sistema de retribución de los administradores, o en el caso de que la Junta general no concrete la retribución, cabrá la vía jurisdiccional para el reconocimiento del derecho a la retribución.

<sup>449</sup> En este sentido, bajo la vigencia de la LSA de 1951, GARRIGUES/ URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 68; GARRIGUES, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 486; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 360.

<sup>450</sup> El art. 108 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, se refiere la remuneración de los administradores y establece que “1. El cargo de administrador será gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario.

2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios los estatutos sociales determinarán concretamente la participación.

3. Cuando la remuneración no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general”. Como vemos, en el Anteproyecto se establece el carácter gratuito del cargo de administrador, salvo previsión en contra de los estatutos. En cambio, en el Anteproyecto parece que el único sistema que puede establecerse estatutariamente es el que consista en una participación en los beneficios, sin límite máximo, y que en otro caso debe ser la junta general la que en cada ejercicio debe señalar el tipo de remuneración y su cuantía

reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4%, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido<sup>451</sup>. La otra consiste en la entrada de acciones, o de derechos de opción sobre ellas o que esté referenciada a su valor, deberá estar expresamente prevista en los estatutos y requerirá un acuerdo de la Junta general que deberá expresar el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución<sup>452</sup>.

En cualquier caso ante el silencio legal y a tenor de lo dicho hasta el momento, se entiende que será de aplicación a los delegados el régimen retributivo dispuesto para los administradores por los estatutos<sup>453</sup>. Este criterio se sigue expresamente en el art. 124.3 RRM que indica que “salvo disposición contraria de los estatutos, la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos”<sup>454</sup>.

No obstante, nada impide que mediante cláusulas estatutarias se establezca un régimen de retribución distinto para los delegados (e, incluso,

---

<sup>451</sup> En relación a esta modalidad de retribución, la remuneración que se fije en los estatutos no puede estar en contradicción, cuando se trate de una participación en las ganancias, con lo dispuesto en el art. 130 de la Ley. V. S.T.S. de 4 de noviembre de 1961. Por su parte, la R.D.G.R.N. de 6 de mayo de 1997 establece que la medida de la retribución de los administradores que consista en una participación en las ganancias, debe constar en los estatutos con toda certeza, es decir, debe constar el tanto por ciento en que se cifra y ser también claramente determinable su base, pudiendo o no señalarse límite máximo de percepción, al igual que ocurre con las ventajas particulares de los administradores. En el mismo sentido, las Resoluciones de 29 de noviembre de 1956 y 26 de abril de 1989. También en relación a la determinación de la participación y al porcentaje reservado a los accionistas, la STS de 29 de marzo de 1960 y la R.D.G.R.N. de 1 de febrero de 1957.

<sup>452</sup> En relación a esta forma de retribución el Informe Aldama (IV, 6) recomienda con carácter general que estas remuneraciones se limiten a los consejeros ejecutivos o internos.

<sup>453</sup> Entre otros, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., pp. 277 y ss; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, op. cit., pp. 359 y ss; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, op. cit., p. 499. En el mismo sentido, la S.T.S. de 30 de diciembre de 1992.

<sup>454</sup> TUSQUETS TRIAS DE BES, F., *La remuneración...*, op. cit., p. 200, considera criticable la presunción, habida cuenta de las políticas salariales actuales, que tratan de personalizar las retribuciones, primando la productividad o el puesto ocupado por cada individuo.

para otros cargos del Consejo) que para el resto de los Consejeros. De esta forma, es posible, y frecuente, que en los estatutos se confíe al Consejo la determinación de la retribución de los cargos delegados<sup>455</sup>. Sin embargo, también es posible que, aunque no exista una previsión estatutaria al respecto, y teniendo en cuenta las distintas funciones, obligaciones y deberes que desarrollan los delegados en relación a los demás miembros del Consejo, se establezca una retribución diferente, desde el punto de vista cuantitativo, para ellos<sup>456</sup>. En este sentido, el Consejo podrá tener en consideración la índole de los cargos que desempeñan los Consejeros cuando distribuya entre sus miembros la suma que corresponda a los administradores en concepto de retribución<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 130, sostiene que los estatutos pueden reservar esta facultad de reparto a la Junta.

<sup>456</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 361; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 111 y 112. A la relación entre la cuantía de la retribución y las funciones a desarrollar por las administradores, se refiere también la S.T.S. de 5 de marzo de 2004, aunque en un sentido diferente al expuesto hasta el momento. Declara el TS en la referida Sentencia que el acuerdo social por el que se fija la retribución de los administradores es lesivo para el interés de la sociedad en beneficio de los accionistas mayoritarios cuando siendo éstos sus únicos beneficiarios, su cuantía resulta desorbitada o desproporcionada al no venir justificada ni por la situación económica de la sociedad, ni por la escasa entidad de las exigencias de trabajo, tiempo que requieren las funciones a desempeñar.

<sup>457</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 101; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 281; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 195; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.* p. 1839; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 361; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 500. En contra de esta opción, no se puede alegar el art. 124.3 RRM, ya citado, ya que la referencia a la retribución debe entenderse hecha a la forma y no a su cuantía. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112.

En relación a esta cuestión, considera LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 130, que la facultad del Consejo de establecer el reparto es indelegable no estando facultados, por ello, la Comisión ejecutiva o los Consejeros delegados. En el mismo sentido, TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración...*, *op. cit.*, p. 201, que añade el argumento del art. 141.1 LSA que, a falta de pacto estatuario que lo impida, faculta al Consejo para regular su propio funcionamiento, sin que la Comisión ejecutiva ni el Presidente o el Consejero delegado puedan decidir libremente el reparto. V., también, la R.D.G.R.N. de 12 de abril de 2002.

En caso de dualidad de sistemas de retribución, se plantea la duda sobre si ambos serán aplicables a los delegados en su condición de administradores y de delegados, ya que parece que sus funciones son distintas en uno y otro caso pero, al mismo tiempo, compatibles<sup>458</sup>. No suscita dudas, sin embargo, la compatibilidad de la retribución del delegado con la que le pueda corresponder por otros cargos, por ejemplo, el de Director General<sup>459</sup>.

Por lo que se refiere a los sistemas de retribución, podemos partir para su determinación de la definición de retribución de los administradores que se recoge en el art. 200 de la LSA número 12 (como una de las circunstancias que deben fijarse necesariamente en la memoria de la sociedad): “El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pagos de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración”.

Teniendo en cuenta el contenido del precepto citado se pueden señalar, a título enunciativo<sup>460</sup>, los siguientes sistemas de retribución<sup>461</sup>:

---

<sup>458</sup> A favor de la aplicación de la doble retribución RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 361; “La delegación...”, *op. cit.*, p.112; en contra, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

<sup>459</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 282; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 363 y “La delegación...”, *op. cit.*, p.112. V., en relación con la cuestión, la R.D.G.R.N. de 12 de abril de 2002, que se refiere a la compatibilidad de una eventual relación laboral especial de alta dirección con la mercantil de administración societaria y a la determinación de la retribución. El problema que se plantea en este caso no es la retribución de los consejeros en cuanto administradores, sino la retribución especial a percibir en función de otras actividades o servicios prestados a la sociedad, en virtud de una relación jurídica de distinta naturaleza que la societaria. De acuerdo con esta Resolución, es posible incluir en el ámbito de aplicación del art. 130 LSA toda retribución fija que los administradores hayan de percibir, además de cómo tal, en virtud de una relación jurídica de alta dirección con la sociedad. También lo serán, las exigencias del mismo en relación a la participación en los beneficios y con la retribución consistente en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones.

<sup>460</sup> Desde el punto de vista del Derecho comparado, Francia es el único país donde el legislador se ha decantado por un solo sistema de retribución: los *jetons de présence* o dietas de asistencia que consisten, a pesar de su denominación, en remuneraciones fijas cuya determinación

- Retribución indirecta: in natura o en especie (vivienda, automóvil, vacaciones, préstamos con un interés inferior al de mercado).
- Retribución fija: sueldo o remuneración periódica (suma trimestral, semestral...).

---

corresponde a la Junta general. Al margen de estas remuneraciones fijas es posible, no obstante que el Consejo de administración conceda remuneraciones excepcionales a aquéllos de sus miembros a quienes hayan confiado cometidos o mandatos excepcionales. En Alemania, cuando se regula la retribución como mención mínima estatutaria se hace en relación fundamentalmente al sistema de retribución consistente en participación en beneficios, imponiendo la deducción de reservas y dividendo mínimo, punto en que es decisivo el interés del socio minoritario, al aprobar la aplicación de resultados. Por otro lado, en Portugal es el art. 399 del Código de las Sociedades Comerciales el que establece las normas sobre la competencia para fijar la remuneración, así como las modalidades retributivas y su cuantía, pero nada dice en relación al derecho de los administradores a ser retribuidos. Por lo que se refiere a la competencia, la Asamblea general la tiene para la determinación de la retribución fija mientras que se establece la necesidad de una determinación estatutaria para que pueda haber participación en los beneficios. La remuneración se debe fijar para cada uno de los administradores teniendo en cuenta las funciones que desarrolla y, además ésta se vincula a la situación económica de la sociedad. Estas dos circunstancias se dan también en Alemania.

<sup>461</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 120. Por su parte, el Informe Olivencia (II, 7.3) estima que “deben favorecerse las modalidades que vinculen una parte significativa de las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, a los resultados de la empresa, puesto que de esta manera se alinean mejor los incentivos de los consejeros con los intereses de los accionistas que se trata de maximizar”, siendo responsabilidad de la Comisión de retribuciones ponderar las distintas posibilidades de configuración y ajustarlas a las particulares circunstancias de cada compañía. En cambio, los sistemas de retribución más extendidos en nuestra práctica societaria (fundamentalmente el de participación en los beneficios -art. 130 LSA-) no se ajustan a la recomendación establecida de vincular las retribuciones a los resultados de la empresa, habida cuenta de que ese porcentaje sólo opera como límite máximo, por lo que no puede considerarse en sentido estricto como una participación en beneficios ni, por tanto, consigue el efecto buscado.

En relación a las modalidades o estructuras de retribución se refiere también JUSTE MENCÍA, “Retribución...”, *op. cit.*, pp. 530 y ss, quien opina que la mejor opción es hacer depender las expectativas de socios y administradores del mismo elemento: la maximización del valor de la empresa o creación de valor para el accionista. Y, en este sentido, las estructuras retributivas más ajustadas a este fin son las que se hacen depender del incremento de cotización de las acciones de la sociedad. Para ello, no resulta adecuada la simple participación en los beneficios.

- Retribución fija pero variable, por ejemplo, dependiendo del número de reuniones del órgano colegiado (dietas de asistencia<sup>462</sup>) o de un determinado porcentaje de ventas.

Por lo que se refiere a la fijación del sueldo o de las dietas, el art. 130 LSA (a diferencia del art. 66.3 LSRL que dispone que la remuneración será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta, siempre que no consista en una participación en los beneficios<sup>463</sup>) no regula de forma específica este sistema de retribución, entendiendo la doctrina que es suficiente con que los estatutos determinen el sistema retributivo siendo la Junta la que tiene competencia para fijar la cuantía concreta de la retribución, siempre con antelación al comienzo del devengo o prestación de servicios<sup>464</sup>. Si se delegase la competencia para fijar la remuneración al propio órgano de administración se plantearía un conflicto de intereses pues serían las mismas personas quienes decidirían en su favor a nombre de la sociedad, conflicto de interés que se puede mitigar a través de la intervención de la Junta, o bien, mediante el establecimiento de mecanismos de control en el Consejo (por ejemplo, mediante la participación de consejeros independientes). En la doctrina algunos autores se han mostrado partidarios de admitir la posibilidad de que sea el Consejo el que determine o fije, en concreto, la remuneración de los administradores<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración...*, *op. cit.*, p. 145, critica la utilización del término dietas en el derecho societario porque desvirtúa el concepto jurídico del mismo. El término “dieta” procede del derecho laboral, donde no tiene carácter remuneratorio sino compensatorio por los gastos soportados por el trabajador en el ejercicio de su actividad profesional (desplazamientos, manutención, alojamiento, hoteles, etc). Por su parte, LÓPEZ DE MEDRANO, F., “En torno a la retribución del administrador de la sociedad anónima”, *R.G.D.*, nº. 577-578, diciembre, 1992, p. 10159, considera que las dietas son una forma de incentivar la asistencia a las reuniones de los órganos sociales.

<sup>463</sup> No es posible la aplicación analógica de la norma de la LSRL a las sociedades anónimas porque añade una restricción a la autonomía de las sociedades que debe entenderse aplicable solamente a para el tipo que regula. Así, JUSTE MENCÍA, “Retribución...”, *op. cit.*, p. 514.

<sup>464</sup> En este sentido, entre otros, BLANQUER UBEROS, “La retribución...”, *op. cit.*, pp. 32 y ss y LÓPEZ DE MEDRANO, F., “En torno a la retribución...”, *op. cit.*, p. 10152.

<sup>465</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 110 y 111, para quien la competencia exclusiva de la Junta es dudosa, pues falta una norma que lo indique y se trata de un acto de administración. Para defender la

En relación con la cuestión que estudiamos, es destacable la opinión de ALCOVER GARAU, quien pone de manifiesto que realmente, y a la vista de lo que dice el primer inciso del art. 130, no está claro que el texto legal permita a la Junta esta fijación, que se defiende por parte de la doctrina basándose en razones de conveniencia (argumentando en concreto que si se fija la cantidad, o las dietas en su caso, en los estatutos habrá que modificar constantemente éstos para elevar o reducirla) mas que en el tenor literal de la Ley. Una vez ponderados los diversos argumentos, concluye el citado autor considerando que “quizá sea acertada la posición doctrinal que entiende que los estatutos pueden determinar tan sólo que el sistema de retribución será el de una cantidad fija o consistirá en la percepción de determinadas dietas, fijando en concreto su cuantía la Junta, pero sólo si es anterior al inicio del devengo de esta retribución. Se entiende que se consigue así la necesaria flexibilidad y no se atenta ni contra los intereses de los socios ni contra los de los administradores, que es la finalidad del art. 130, en la medida en que aquéllos son los que fijan en Junta el importe y éstos antes de desarrollar su labor pueden ponderar si la retribución es o no acorde con sus intereses”<sup>466</sup>.

- Participación en las ganancias que regula el art. 130 LSA.

- Otros (Planes de incentivos, pago con acciones, opciones de compra o de venta sobre acciones-también referidos en el art. 130-, pensiones, seguros, bonus, etc.)<sup>467</sup>.

---

competencia del Consejo, cita el contenido del art. 200. 12<sup>a</sup> LSA porque del mismo se deduce que hay remuneraciones no aprobadas previamente por la Junta. En contra, BLANQUER UBEROS, “La retribución...”, *op. cit.*, p. 42 nota 50 y la R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 1991.

<sup>466</sup> ALCOVER GARAU, G., “La retribución de los administradores de las sociedades de capital (Coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)”, *R.d.S.*, nº 5, 1995, pp. 143 y 144.

<sup>467</sup> Según ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 543, hay de diferenciar entre “sistemas de retribución” que fundamentalmente son cantidades fijas (por periodos o por asistencia) o participación en resultados, y lo que son “complementos” o ventajas que pueden establecerse junto a la retribución y que sólo impropiamente forman parte de la misma. Su catálogo puede establecerse partiendo del art. 200 LSA, que recoge una enumeración de ventajas en los números 12 y 13 (sueldos, dietas, “remuneraciones de cualquier clase”, de las que distingue las obligaciones contraídas por la empresa en materia de pensiones, pago o primas de

Finalmente, es posible que se den sistemas combinados, es decir, consistentes en varias retribuciones de distinta naturaleza y que, como ya hemos comentado, son admitidos por la jurisprudencia registral. Sin entrar en más consideraciones, decir tan sólo que estos sistemas pueden ser simultáneos, alternativos o bien, existir uno principal y otro subsidiario<sup>468</sup>.

Es importante destacar, además, que la Ley, salvo los supuestos donde el sistema de retribución es una participación en las ganancias, no ha previsto con carácter general límites a la determinación o fijación de la retribución de los administradores. No obstante, esta ausencia de límites ha provocado en ocasiones retribuciones desmedidas y abusivas. Por ello, alguna Sentencia, entre las que destaca de la S.T.S. de 1 de julio de 1963, declaró que un acuerdo de la Junta que modificaba los estatutos incrementando la retribución de los administradores de un 2,5 % a un 33% de los beneficios era contrario y lesivo al interés social, y por tanto impugnabile de acuerdo con el art. 115 LSA. En el mismo sentido, la S.T.S. de 17 de mayo de 1979. En cualquier caso, para impugnar un acuerdo de la Junta en que se fija una retribución a los administradores no basta con alegar que con ese acuerdo se empobrece el haber repartible de la sociedad, sino que es necesario acreditar que la retribución es excesiva en proporción al volumen de negocios de la compañía (S.T.S. de 29 de enero de 1974).

Como último punto a tratar en este apartado relativo a la retribución o remuneración de los órganos delegados, es menester hacer referencia a las consideraciones que, desde el punto de vista del Corporate Governance, se han hecho sobre el mismo.

---

seguros de vida, respecto de los miembros antiguos o actuales del órgano de administración, anticipos o créditos a miembros del Consejo).

<sup>468</sup> V. ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 548.

El Informe Olivencia (II, 7.1, 7.2 y 7.3) señala que “Los accionistas esperan que la remuneración del Consejo no exceda de lo que sea necesario para atraer a personas competentes; que esté de alguna manera asociada a los rendimientos individuales y de la compañía, y que sea conocida para facilitar su escrutinio público” y añade que “La compañía, aun gozando naturalmente de libertad para fijar las retribuciones, debe proceder con ciertas cautelas, orientándose por las exigencias del mercado y considerando la responsabilidad y el grado de compromiso que entraña el papel que está llamado a desempeñar cada consejero. La moderación es la regla que ha de presidir las decisiones que se adopten en este campo. Ciertamente, la retribución ha de calcularse de tal manera que ofrezca incentivos suficientes para la dedicación del consejero, pero que al propio tiempo no comprometa su independencia”. Asimismo, para facilitar su implantación y control, se insiste “en la conveniencia de que el Consejo constituya una Comisión de Retribuciones (...) y formalmente le atribuya, al menos, las siguientes competencias: (a) proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros; (b) revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación y sus rendimientos; y (c) velar por la transparencia de las retribuciones”. En ello insiste la Recomendación 8<sup>a</sup> del Código<sup>469</sup>.

En todo caso, a estos efectos resulta importante “revisar periódicamente las políticas retributivas al objeto de asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riesgos y tareas de los consejeros. Desde este punto de vista, conviene que el propio Consejo, con la ayuda de los informes que a tal efecto le facilite la Comisión de Retribuciones, evalúe estos extremos al menos una vez al año e incluya en la memoria información sobre este aspecto”. A ello hay que añadir la Recomendación 15<sup>a</sup> en virtud de la cual

---

<sup>469</sup> Según esta Recomendación el Consejo de Administración debe constituir “en su seno Comisiones delegadas de control, compuestas exclusivamente por consejeros externos, en materia de información y control contable (Auditoría); selección de consejeros y altos directivos (Nombramientos); determinación y revisión de la política de retribuciones (retribuciones); y evaluación del sistema de gobierno (Cumplimiento)”.

se recomienda que “la política de remuneración de los consejeros, cuya propuesta, evaluación y revisión debe atribuirse a la Comisión de retribuciones, se ajuste a los criterios de moderación, relación con los rendimientos de la sociedad e información detallada e individualizada”. Esta referencia a la moderación, como criterio que debe presidir la política de retribuciones que se adopte en cada sociedad, es un reflejo de la preocupación surgida en otros países sobre el nivel que han alcanzado las remuneraciones de los ejecutivos de las grandes sociedades<sup>470</sup>. Además, el Código recomienda que el nivel de retribución se ajuste a las responsabilidades y grados de compromiso de cada uno de los consejeros. Ello lleva a la distinción entre consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. Y para determinar la que corresponde a aquellos será necesario proporcionar a los miembros de la Comisión de Retribuciones todos los datos importantes para fijar las remuneraciones, o la posibilidad de recabarlos ellos mismos (II, 6).

Por otro lado, el Informe Olivencia ha dedicado una especial atención a la transparencia de las retribuciones de los consejeros (II, 7.4), cuestión que puede considerarse de gran importancia en orden a reforzar la seguridad y la confianza de los accionistas y de los mercados en los Consejos de administración. En concreto, el Informe manifiesta que “La exigencia legal (ex art. 200, 12ª LSA) de que se indique en la memoria anual el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengadas por los miembros del órgano de administración y de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros respecto de los miembros antiguos y actuales, no pasa de imponer una información global por concepto retributivo que en su aplicación práctica no satisface enteramente el interés de los accionistas y de los mercados en esta materia, e incluso propicia una visión deformada de la realidad, fuente de frecuentes malentendidos”.

---

<sup>470</sup> En este sentido, JUSTE MENCÍA, “Retribución...”, *op. cit.*, p. 528.

La Comisión advierte que “las expectativas generalizadas en esta materia y las orientaciones de reforma que se observan en las nuevas prácticas de buen gobierno de las sociedades tienden, inequívocamente, a la superación de las actuales exigencias legales, en favor de una transparencia cada vez mayor. Por ello, la Comisión recomienda que la política de información de las retribuciones de los consejeros se inspire en el principio de máxima transparencia (...) lo que supone individualizarla para cada uno de éstos y pormenorizarla por conceptos, tanto los que corresponden a su condición de miembros del Consejo (retribuciones fijas, dietas, participación en beneficios, bonus, incentivos, pensiones, seguros, pagos en especie u otros) como los que, además de éstos, determinen remuneraciones a cargo de la sociedad por otras relaciones jurídicas (servicios profesionales, cargos de dirección o ejecutivos)”.

Por su parte, en relación a la publicidad de las remuneraciones individualizadas de cada consejero con el mayor desglose posible a que se refería el Informe Olivencia como uno de los puntos básicos para lograr un nivel de transparencia adecuado, el Informe Aldama (IV, 6) “ha constatado el ritmo lento a que dicha recomendación avanza en su implantación y ha deliberado sobre ello, considerando que lo allí recomendado es un claro indicador de la calidad del gobierno corporativo y cumple una función de ejemplaridad en la vida de las sociedades cotizadas, y por ello reitera a las sociedades la conveniencia de su implantación”. Y añade que “La Comisión considera que, (...), la cuantía de la remuneración percibida por cada consejero debería recogerse en la Memoria anual, desglosando esta remuneración en todos los conceptos, incluyendo la entrega o asignación de acciones, opciones sobre acciones o sistemas referenciados al valor de la acción, que requerirán aprobación de la Junta General”. En relación con los ejecutivos se considera, por otro lado, que “podría separarse la remuneración que les corresponde como consejeros, que iría recogida en la Memoria anual

de manera individualizada, de la que les corresponde en su calidad de directivos de la sociedad, que se comprendería, sin mención individualizada” dentro del informe anual, donde debe constar, en general, el coste total de la alta dirección junto con el número e identificación de los cargos que lo componen.

Para finalizar recordar que a este informe anual y, en concreto, a su contenido, se refieren los arts. 116 y 117 de la Ley del Mercado de Valores (que forman parte del Capítulo X de la misma, introducido por la conocida como Ley de Transparencia) y que han sido desarrollados por la Orden ECO /3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informa anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades<sup>471</sup>.

### **III. TERMINACIÓN EN EL CARGO Y TERMINACIÓN DE LA DELEGACIÓN.**

Antes de entrar en el análisis de la cuestión objeto de estudio en este apartado -la terminación en el cargo y la terminación de la delegación-, es necesario tener en cuenta que también aquí es importante la distinción entre la creación de los cargos delegados y la titularidad de los mismos. Esta importancia se debe a que, aunque en ocasiones puede coincidir, la desaparición de los cargos delegados y la cesación de los titulares de los mismos constituyen supuestos diferentes. La desaparición del cargo comporta el cese de su titular. Sin embargo, la separación que existe entre el órgano delegado y el titular del mismo, implica que la terminación en el cargo de

---

<sup>471</sup> V. Parte Primera, Capítulo I, I, c).

delegado no supone necesariamente la desaparición del órgano delegado que se reactivará con el nombramiento de nuevos titulares<sup>472</sup>.

#### **A. TERMINACIÓN EN EL CARGO.**

La terminación en el cargo de administrador delegado se puede producir por diversas causas.

##### **a. Por transcurso del tiempo de duración del nombramiento.**

Entre las causas de cese ajenas a la voluntad del delegante y del delegado se incluye el transcurso del plazo por el que fue nombrado el delegado, plazo que debe venir determinado en los estatutos sociales o por el propio órgano delegante, es decir, en la organización de la delegación que realice el propio Consejo, siempre que tenga carácter permanente, aunque en todo caso queda sometida al desempeño del cargo de Consejero<sup>473</sup>.

---

<sup>472</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 297 y 298; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112.

<sup>473</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 477. Nada impide, por otro lado, que el plazo de duración del cargo de Consejero sea distinto para los distintos componentes del Consejo. Es decir, el tenor literal de los textos legales específicos, al establecer que los administradores ejercerán el cargo por el tiempo señalado en los estatutos, el cual no podrá exceder de cinco años (art. 126 LSA y art. 144 RRM), no se opone a la fijación estatutaria de diferentes plazos de duración del cargo. En definitiva, ninguna norma prohíbe que en el seno del Consejo coexistan administradores nombrados por un periodo distinto de mandato. Sobre el particular, v., MATEU DE ROS, R., “La pluralidad de plazos de mandato de los administradores de la Sociedad Anónima. Comentario a la R.D.G.R.N. de 26 de marzo de 2002”, *R.d.S.*, nº 19, 2002, pp. 223 y ss.

Además, la posibilidad de nombramiento de administradores con mandatos de duración diversa, no sólo es la solución más conforme con los principios que rigen la estructura de las sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico español sino que ofrece una serie de ventajas relevantes desde el punto de vista del mejor funcionamiento de los Consejos de administración y de la aplicación práctica de las recomendaciones de buen gobierno corporativo, pues facilita la renovación del Consejo, fomenta el equilibrio entre los Consejeros cuya designación tiene diferente origen y, en particular, estimula la diligencia de los Consejeros independientes en el ejercicio de sus funciones, ante la circunstancia de su necesaria reelección por parte de la Junta general para continuar en el cargo con mayor frecuencia que la establecida para los demás miembros del Consejo. El Informe Olivencia no incluye una recomendación expresa sobre la

duración aconsejable del mandato de los Consejeros independientes pero si recoge una serie de recomendaciones sobre la reelección. Dice el Informe que, dado que el proceso de reelección de consejeros no es siempre todo lo reflexivo que sería deseable “La Comisión cree que el establecimiento de algún procedimiento formal puede contribuir a mejorar la situación y, en esta línea, recomienda que las compañías prevean como parte integrante del proceso de reelección la evaluación por la Comisión de Nombramientos del trabajo y de la dedicación efectiva al cargo del candidato durante el último mandato, con emisión del correspondiente informe (...). Un aspecto especialmente problemático es el relativo a la oportunidad de limitar los períodos de reelección. A juicio de esta Comisión, es claro que el debate ha de quedar circunscrito a los consejeros independientes. La reelección de los consejeros ejecutivos y dominicales no debe tener más restricciones que las derivadas de la propia evaluación y de la subsistencia de la confianza de los grupos de apoyo. Es más, satisfechas estas condiciones, la reelección debería propiciarse, pues la acumulación de experiencia y de conocimiento específico de la empresa que se consigue con el transcurso del tiempo hacen más valiosos a los consejeros para el desempeño de sus funciones (...). El problema se plantea en relación con los consejeros independientes. Con frecuencia se argumenta que si bien es cierto que la antigüedad en el cargo incrementa la calidad del capital humano puesto al servicio de la empresa, también aumenta el riesgo de que debilite su independencia.... Y precisamente en atención a esta circunstancia, se propone limitar la posibilidad de reelección a un solo mandato. Con todo, esta Comisión no considera oportuna una recomendación tan drástica... Por ello, la Comisión estima que ha de pensarse en medidas de otra naturaleza para minimizar los riesgos que tratan de paliarse y, en concreto, sugiere la posibilidad de establecer pautas de rotación interna de los consejeros independientes, en la adscripción a tareas específicas de control. De lo que se trata fundamentalmente es de evitar que estén adscritos siempre a la misma Comisión de control” (II, 5.4).

También para el Informe Aldama “Uno de los puntos de mayor relevancia en el objetivo de mejorar la transparencia y seguridad de los mercados es lograr que los consejeros externos cumplan adecuadamente su función. Con ese fin, una vez elegidos los consejeros externos dominicales e independientes por la Junta General, el Consejo de Administración no debería proponer su cese antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que fueron nombrados, salvo por causas excepcionales y justificadas aprobadas por el Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. La Comisión ha reflexionado sobre las ventajas e inconvenientes que la fijación de un número máximo de mandatos podría tener en el mantenimiento de las razones del nombramiento de los consejeros, especialmente de los independientes. Aunque cabe considerar que la limitación de reelección de los consejeros independientes constituye una garantía de su independencia, la Comisión ha llegado a la conclusión de que no parece razonable que la sociedad tenga que prescindir de la colaboración del consejero cuando se ha comprobado su actuación positiva. En ese sentido la Comisión se inclina por no recomendar la limitación de mandatos y que ésta sea una decisión de cada sociedad, que debería reflejarse en los Estatutos Sociales. La propuesta de renovación corresponde al Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas al tiempo de proponerse su renovación”. (IV, 2.2).

De acuerdo con el art. 116 de la LMV (desarrollado por la Orden ECO/3722/2003 de 26 de diciembre sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades), la información relativa a los

A falta de determinación, y ante el silencio legal, la doctrina estima que el nombramiento se ha realizado por tiempo indefinido, en cuyo caso las personas designadas pueden desempeñar sus cargos mientras no sean revocadas o no pierdan su condición de miembros del Consejo de administración<sup>474</sup>. El fundamento legal de esta consideración se encuentra en el art. 149 RRM, que no exige para la inscripción del nombramiento de las personas que ostenten la delegación el plazo de duración en el cargo que los arts. 9 h) y 126 LSA y el propio Reglamento del Registro Mercantil en los arts. 138 y 144 exigen para los administradores<sup>475</sup>. En definitiva, el nombramiento de los delegados se puede someter a plazo o bien revestir carácter indefinido, pero, en tal caso, ha de entenderse que el nombramiento dura mientras dure el cargo de administrador<sup>476</sup>.

En cualquier caso, transcurrido el plazo fijado los designados cesarán automáticamente en sus cargos. Salvo en el supuesto de que este plazo coincida con el que se haya fijado para su nombramiento como administrador, la pérdida de la condición de delegado no implica su cese como miembro del Consejo ni afecta a la posibilidad de que sea reelegido mientras pertenezca a este órgano<sup>477</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque el Consejero pueda ser reelegido, se produce la extinción de las facultades delegadas por el Consejo en el reelegido. Y ello, por diversas razones: reelegir no significa prorrogar sino elegir de nuevo; la confianza de los socios en el consejero, no implica la renovación de la de los consejeros en el reelegido; y, finalmente,

---

procedimientos de selección, remoción o reelección son parte del contenido mínimo del Informe anual de gobierno corporativo.

<sup>474</sup> BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 123; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 477; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>475</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 90 y 91; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 477; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 113.

<sup>476</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 90 y 91; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1759.

<sup>477</sup> ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1841; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 299.

porque el régimen de la reelección de los administradores es distinto del que corresponde a una delegación de facultades (R.D.G.R.N. de 14 de marzo de 1997).

**b. Por pérdida de la condición de administrador.**

De acuerdo con el art. 141 LSA para poder ser Consejero delegado es requisito indispensable formar parte del Consejo de administración, ser Consejero, en definitiva, ser administrador. Ello determina que el cese como tal por cualquier causa lleve consigo el cese en la condición de miembro de la Comisión ejecutiva o de Consejero delegado<sup>478</sup>.

Y son causas de cese en la condición de administrador<sup>479</sup>: la separación por la Junta general<sup>480</sup>; el cumplimiento de la edad de jubilación, si se hubiera establecido<sup>481</sup>; el fallecimiento; la dimisión; el cumplimiento del plazo. No

<sup>478</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 259; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 100; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, 1760; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1839; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 299; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 113; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 493. V. también R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975.

<sup>479</sup> El art. 108 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles establece algunas de las posibles causas de cese de los administradores y, en este sentido, establece que en caso de que se haya establecido un plazo determinado de duración del cargo, el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido ese plazo se haya celebrado junta de socios o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. Se establece, así, en palabras de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 141, un remedio para los inconvenientes derivados de la temporalidad del cargo de administrador, remedio que está sancionado por el pár. 2º art. 60 LSR, aplicable a las demás sociedades, y en art. 145.1 RRM. Igualmente, se puede producir el cese del administrador por acuerdo de la Junta y por dimisión del mismo.

<sup>480</sup> De acuerdo con la R.D.G.R.N. de 3 de diciembre de 1991, “Puesto que la Junta general puede acordar en cualquier omento la separación de los Administradores (...) resulta irrelevante, en relación con la eficacia del cese acordado, la circunstancia de que no hubiere transcurrido aún el plazo para el que fueron nombrados los administradores cesados (...)”.

<sup>481</sup> Esta causa puede recogerse tanto en los estatutos como en las reglas de funcionamiento del Consejo, si prevén la jubilación del delegado a una determinada edad, sin perjuicio de la posibilidad de continuar como consejero. Así, SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 496. También, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1760. En concreto, este autor incluye la jubilación dentro de las denominadas como “obligaciones de dimitir”, y que surgen por la concurrencia de un determinado acontecimiento o situación que, en este caso,

obstante, aunque una de las causas de cese sea el transcurso del tiempo fijado en el nombramiento, la LSA con la finalidad de salvar o garantizar la necesaria continuidad en la gestión social, admite que los administradores puedan ser reelegidos<sup>482</sup>. En concreto, al art. 126 LSA dispone que “Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual

---

consiste en alcanzar una determinada edad. En la línea de lo comentado el Informe Olivencia sostiene que “conviene abordar el establecimiento de un límite de edad para el desempeño de la función de los consejeros. El criterio de la Comisión (...) es que deben adoptarse algunas medidas que faciliten la sustitución de los consejeros de más edad, aun cuando dentro de ellas se otorgue a la sociedad un margen de maniobra para que pueda aprovechar la veteranía de ciertos consejeros. En este sentido, parece recomendable establecer una edad prudencial de retiro, que probablemente podría ser de sesenta y cinco a setenta años, para los consejeros ejecutivos y para el Presidente, y más flexible para el resto (puede pensarse, por ejemplo, en un límite porcentual del número de consejeros que puedan seguir prestando sus servicios al sobrepasar las edades de referencia)” (II. 5.5 y Recomendación 13). Este criterio ha sido objeto de revisión, sin embargo, por el Informe Aldama que llega a la conclusión de que “en atención a la creciente esperanza de vida, a la naturaleza liberal o privada del cargo y a las responsabilidades en el proceso de selección que tiene el Consejo, no subsisten razones sustantivas desde el punto de vista del buen gobierno para formular una recomendación al respecto. La única precisión que debe hacerse es que la sociedad que adopte una política en este punto, debe establecerla con claridad en su normativa interna (Estatutos o Reglamento)” (IV, 2.3).

La edad de los miembros del órgano de administración, en cualquiera de sus modalidades, ha sido ampliamente regulada en el Código de Comercio francés. Según el derecho francés, son los estatutos los que deben prever un límite de edad para el ejercicio de las funciones de administrador. Si los estatutos no dicen nada, el número de administradores que haya sobrepasado la edad de setenta años no podrá ser superior al tercio de los administradores en funciones (art. L. 225-19). En el caso del Presidente del Consejo de administración, del Director general o del Director general delegado, de los miembros del Directorio o del Director general único, si los estatutos no dicen nada, el límite se sitúa en sesenta y cinco años (arts. L. 225-48, L. 225-54, L. 225-60). Finalmente, los estatutos deberán prever para el ejercicio de las funciones de miembro del Consejo de supervisión un límite que se aplicará, bien al conjunto de los miembros del Consejo, bien a un porcentaje determinado de ellos. Si los estatutos no dicen nada, el número de miembros del Consejo de supervisión que haya alcanzado la edad de setenta años no podrá ser superior a un tercio de los miembros del Consejo de supervisión en funciones (art. L. 225-70).

<sup>482</sup> Con la misma finalidad, diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como las de 24 de junio de 1968 y 25 de abril de 1991, ha puesto de relieve que “la caducidad del cargo de administrador no exime a éste de seguir desempeñando sus funciones hasta el nombramiento de quien haya de sucederle, estando incluso facultado para convocar la Junta General en la que ha de procederse a sus sustitución o renovación”.

no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima”<sup>483</sup>.

Ahora bien, se ha discutido si, dado que la terminación en el cargo de administrador por transcurso del plazo fijado implica el cese como delegado, la reelección como administrador lleva consigo su renovación automática en el cargo de delegado que ocupaba con anterioridad, sin necesidad de nueva

---

<sup>483</sup> El art. 72. 1 de la LSA de 1951 se limitaba a determinar el plazo máximo de cinco años para el ejercicio del cargo para los administradores designados en el acto constitutivo, pero no para los nombrados con posterioridad, plazo que, por otro lado debería constar en los estatutos. Como es lógico, ello ha dado lugar a una abundante jurisprudencia registral sobre la cuestión. Así, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9, 11 y 13 de junio de 1980, de 15 de septiembre, 24 y 26 de noviembre de 1981 y de 13 de julio de 1984. En todas ellas se concluye que el plazo del art. 72.1 se refiere expresamente a los administradores designados en el acto constitutivo de la sociedad. También en este sentido, la S.T.S. de 22 de octubre de 1974 que, lo mismo que la Dirección General, indica que no se encuentra sujeto a la limitación del plazo de cinco años aquel administrador que no ha sido designado en el acto constitutivo. Por el contrario la S.T.S. de 10 de junio de 1978 declaró que el repetido plazo de cinco años establecido en el art. 72.1 de la Ley era aplicable a todo nombramiento cualquiera que fuera el momento en que tuviese lugar (a propósito de esta Sentencia, *v. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.*, “Carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978”, *R.D.M.*, nº 152, abril-junio, 1979, pp. 275 y ss. También sobre la regulación de la cuestión bajo la vigencia de la LSA de 1951, *CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.*, “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, *R.D.M.*, nº 153-154, julio-diciembre, 1979, pp. 411 y ss). La misma consideración recogen las S.S.T.S. de 3 de mayo de 1956 y de 30 de junio de 1981. En definitiva, como pone de relieve la Resolución de 25 de febrero de 1983, no puede decirse que en torno al art. 72.1 se haya producido con carácter generalizador, a través de la jurisprudencia, una doctrina unitaria sobre este precepto.

También sobre la duración del cargo de administrador, *v. la R.D.G.R.N. de 21 de abril de 1987.*

Por su parte, el art. 108 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, establece en su art. 106 que los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido a no ser que este Código o los estatutos sociales establezcan un plazo determinado o un plazo máximo. Además, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, podrán ser reelegidos por iguales periodos de duración máxima.

En Derecho italiano, el art. 2383, 2º y 3º *Cod. Civ.* establece un plazo máximo para el ejercicio del cargo de administrador de tres ejercicios (el mismo plazo se aplica a los síndacos, a quienes ejercen el control contable, a los componentes del Consejo de gestión y a los componentes del Consejo de Vigilancia *v. arts. 2400 y 2409 - quater, 2409- novies, 2409-duodecies*), aunque pueden ser reelegidos, siempre que los estatutos no dispongan otra cosa. Lo dicho, también se aplica al Consejo de administración, en caso de que exista (art. 2409 - *noviesdecies*).

designación ni, por tanto, de una nueva inscripción en el Registro Mercantil. A este respecto la doctrina se ha dividido, de forma que, parte de ella se opone a tal posibilidad y, otra parte se muestra a favor de la misma. Como argumentos en contra de esta opción, RODRÍGUEZ ARTIGAS sostiene que “de un lado, uno y otro nombramiento tienen su origen en acuerdos de órganos diferentes (la J. G. y el C.A. respectivamente), y de otro, mientras que para ser delegado es indispensable ser consejero, la designación como consejero no implica necesariamente la designación como delegado”<sup>484</sup>. Por otro lado, si se permitiera la reelección automática del delegado por la simple reelección del administrador/consejero, se estaría burlando el régimen de mayorías previsto en el art. 141.2 para la designación de los consejeros que han de ocupar los cargos delegados.

A favor de ella, por el contrario, se manifestaba POLO SÁNCHEZ para quien era aplicable a los delegados por analogía lo dispuesto en el art. 146 RRM según el cual “Salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al órgano de administración”<sup>485</sup>.

Actualmente, sin embargo, la solución al problema viene dada por el apartado 2 del art. 146 que establece que no será de aplicación a los Consejeros delegados ni a los miembros de la Comisión ejecutiva lo dispuesto

---

<sup>484</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 300. También en contra de la renovación automática, CASERO MEJÍAS, M., “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp. 81 y 82; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 262; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 113 y la R.D.G.R.N. de 14 de marzo de 1997. Postura intermedia podría ser la de SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 493 y 494 que se manifiesta en contra del automatismo aunque admite su validez mediante cláusula estatutaria. En todo caso, *v.* sus argumentos en contra (p. 494).

<sup>485</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 477 y 178.

en el apartado anterior. Por tanto, al margen de las opiniones doctrinales que puedan existir al respecto<sup>486</sup>, para la reelección en el cargo de delegado por el consejero reelegido, será necesario nuevo acuerdo del Consejo de administración con las mayorías cualificadas que la Ley establece al respecto.

En relación con la delegación tienen importancia también la facultad que ostenta la Junta general de revocar *ad nutum* a los administradores. Facultad ésta, que atribuye a la Junta cierta influencia sobre los delegados, en tanto en cuanto, la revocación de los administradores equivale o implica la de los delegados<sup>487</sup>.

Finalmente, añadir que la caducidad del nombramiento como administrador por el transcurso del tiempo llevará consigo la de la condición de delegado y se cancelará el nombramiento de oficio por el Registrador mercantil, en la forma que prevé el art. 145.3 RRM.

### **c. Por revocación.**

Al ser el delegado un cargo de confianza, es posible que, tanto los miembros de la Comisión ejecutiva, como los Consejeros delegados sean separados de sus cargos o revocados en cualquier momento. La revocación corresponde al órgano competente para la designación, lo que obliga a analizar la cuestión teniendo en cuenta las distintas posibilidades que existen

---

<sup>486</sup> Opina POLO SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 9130, que “la modificación de la norma para excluir la continuidad de los cargos delegados de forma expresa en lugar de proceder a su admisión explícita, me parece una tanto restrictiva y carente de justificación. Restrictiva porque, dada la absoluta libertad revocatoria del consejo, su no utilización supone una ratificación de los nombrados y simplificaría la operatividad del consejo al no hacer necesarias las renovaciones y las consiguientes nuevas inscripciones. Y carente de justificación cuando la misma regla de la continuidad, basada en todos los casos en la misma presunción de que la no revocación por el órgano correspondiente equivale a la ratificación, se ha extendido al representante de la persona jurídica administradora en el art. 143 del propio Reglamento, de tal forma que los consejeros delegados y los miembros de las comisiones ejecutivas son ahora los únicos que, en caso de reelección por la junta, son excluidos de la continuidad de sus cargos”.

<sup>487</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 300 y 301; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112.

en orden al nombramiento. En este sentido, en principio y como regla general, el nombramiento suele ser competencia del Consejo de administración. Sin embargo existen dos excepciones: la designación o nombramiento de los delegados en el acto constitutivo y la designación o nombramiento de los delegados por la Junta general<sup>488</sup>.

a) Competencia.

a') Revocación de los delegados designados en el acto constitutivo. La revocación de los delegados que han sido nombrados en el acto constitutivo de la sociedad no plantea problema alguno ya que su posición es igual que la de los delegados nombrados por el Consejo, de forma que la revocación corresponderá al Consejo, salvo que los estatutos hayan atribuido el nombramiento, y por tanto, la revocación a la Junta<sup>489</sup>.

Consecuencia de lo dicho es que su revocación deberá ser acordada por el órgano al que normalmente corresponde su nombramiento, es decir, al Consejo.

---

<sup>488</sup> En Derecho italiano, en términos generales, corresponde al Consejo el nombramiento, la revocación de los delegados así como la fijación de su competencia. No obstante, dado que parte de la doctrina admite que el nombramiento de los delegados lo lleve a cabo la Junta también su revocación corresponderá a este órgano social. Así, FANNELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p. 39, FIORENTINO, *Gli organi...*, *op. cit.*, p. 126 y MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, p. 459. En contra, FERRI, "Vizi...", *op. cit.*, p. 465. Por lo que se refiere a la revocación de los administradores en general, el art. 2383, 3º dispone que los administradores pueden ser revocados en cualquier momento por la asamblea, incluso si han sido designados en el acto constitutivo, aunque queda a salvo el derecho de los mismos al resarcimiento de los daños si la revocación se produce sin justa causa. Lo dicho, también se aplica al Consejo de administración, en caso de que exista (art. 2409 -*noviesdecies*). Por su parte, los síndacos podrán ser revocados sólo por justa causa (art. 2400, 2º). Lo mismo ocurre en relación a los que ejercen el control contable (art. 2409- *quater*). Los componentes del Consejo de gestión son reelegibles, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, y son revocables en cualquier momento por el Consejo de Vigilancia a salvo el derecho de resarcimiento de los daños si ésta se produjere sin justa causa (art. 2409- *novies*, 4º). Lo mismo puede decirse para los miembros del Consejo de vigilancia, sólo que en este caso la revocación corresponde a la asamblea (art. 2409 - *duodecies*, 5º).

<sup>489</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, "La delegación...", *op. cit.*, p. 112.

b´´) Revocación de los delegados designados por la Junta general<sup>490</sup>. En el caso que el nombramiento de los delegados se haya encomendado a la Junta, ésta es el órgano competente para decidir, por mayoría ordinaria, la revocación de los mismos. Lo normal es que la Junta proceda a instancia del Consejo de administración sobre el que pesa el deber de vigilar la actuación de los consejeros. No obstante, los delegados así nombrados tienen una posición de cierta independencia en relación al Consejo.

c´´) Revocación de los delegados nombrados por el Consejo de administración. El supuesto normal es que los delegados sean nombrados por el Consejo de forma que, en estos casos, será también el Consejo el que acuerde su separación en cualquier momento y sin que sea necesario justificar de forma especial esta decisión. Señala RODRIGUEZ ARTIGAS en relación a este supuesto que el Consejo goza de esta facultad incluso en el caso de que los estatutos prevean de forma obligatoria la existencia de una Comisión ejecutiva o de uno o varios Consejeros delegados. Esto implica, simplemente, que el Consejo deberá proceder al nombramiento de nuevos delegados inmediatamente después de haber revocado a los anteriores<sup>491</sup>. Además, la revocación como delegado no impide que siga formando parte del Consejo de administrador en cuanto consejero que es del mismo.

No obstante, la Junta General puede revocar a los delegados, incluso a los nombrados por el Consejo, por el procedimiento de revocarles como administradores, circunstancia que lleva consigo la pérdida de la condición de delegado<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Como hemos comentado en otros lugares de esta obra, la posibilidad de que la Junta proceda al nombramiento de los delegados es bastante discutida. En cualquier caso, si se admite esta posibilidad será la Junta, obviamente, la que pueda proceder a revocar a los cargos delegados. V. Parte Segunda, Capítulo I, I, A, b, e´) y Capítulo II, I, A, b, b´).

<sup>491</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>492</sup> Entre otros, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 567; BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 123; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 368; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 476; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*,

b) Acuerdo de revocación.

La revocación del delegado por acuerdo del Consejo no requiere la mayoría que exige el art. 141.2 TRLSA, sino que será suficiente la mayoría absoluta que, con carácter general, requiere el art. 140 para la adopción de acuerdos<sup>493</sup>. Y ello, porque, por un lado, el quórum reforzado del art. 141.2 se exige para la adopción del acuerdo de delegación y la designación de los delegados. Y, por otro, porque la exigencia de esa mayoría reforzada (dos tercios de los componentes del Consejo) haría impracticable, en ocasiones, la revocación<sup>494</sup>. Sí parece posible, sin embargo, que el acuerdo de separación del delegado se someta a la mayoría reforzada que eventualmente se establezca en los estatutos (o reglamento de régimen interior) para la adopción de acuerdos del Consejo<sup>495</sup>.

A estos efectos, señala la S.T.S. de 10 de octubre de 1993 que el nombramiento de Consejero delegado por el propio Consejo requiere la

---

p. 112. También, V. la R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975 que señala expresamente que aunque es al Consejo a quien corresponde retirar la delegación que ha concedido, ello no obsta para que la Junta general como órgano supremo de la sociedad puede, al separar al administrador que ostente a la vez una delegación del Consejo, hacerle cesar en esta función por ser inexcusable para ellos formar parte del mismo.

<sup>493</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 238 y 241; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 154; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 100; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1760; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 487; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1840; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 305; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 495.

<sup>494</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 241 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 305 seguidos por SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 495.

<sup>495</sup> MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1760 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 305. Pero POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 487 citado por RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112, considera que no cabe exigir un quórum o mayoría superior a los ordinarios cuando estos no hayan sido establecidos con carácter general, porque ello supondría ir en contra del principio de libre revocación que puede considerarse como principio de orden público.

mayoría cualificada del art. 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero tal mayoría, que como toda excepción ha de ser interpretada restrictivamente, no parece exigible para acordar su remoción.

En sentido opuesto se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial del Toledo de 27 de febrero de 1998, al señalar en su Fundamento de Derecho 1º: “se aprecia como la sociedad litigiosa tenía distribuido su capital en cuatro partes iguales entre sus cuatro únicos socios, que a la vez eran sus administradores solidarios, por lo que incluso la validez del acuerdo de separación era palmaria y así denunciada por los ahora recurridos en aquella Junta, en cuanto el acuerdo debió ser adoptado por dos terceras partes de los componentes del Consejo; o en el caso de que hubiese sido el cese voluntario, haberse inscrito en la forma antedicha, si bien, en uno u otro caso, para su eficacia frente a terceros se hacía necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad. En definitiva, y sin perjuicio de la posibilidad genérica de separar a los administradores de sus cargos, su eficacia frente a terceros radica en que, además de ser adoptada en Junta general (art. 132), se practique la conveniente inscripción en el Registro Mercantil (arts. 142 y 148 del RRM), y en la forma que en el último de los preceptos se indica”.

c) Efectos.

La revocación de un delegado no implica la pérdida de su condición de administrador, en tanto puede seguir formando parte del Consejo salvo acuerdo en contrario de la Junta. Sin embargo, existe la posibilidad de exigir al delegado la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños causados en el desempeño de su cargo<sup>496</sup>.

Por otro lado, en todos los casos comentados la revocación tiene carácter *ad nutum*, pero en la medida en que el desempeño de un cargo de

---

<sup>496</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, op. cit., p. 306.

delegado suele ir unido a una relación contractual superpuesta, dará lugar al ejercicio por quien era delegado de las acciones de indemnización correspondientes<sup>497</sup>. De acuerdo con lo dicho, debemos hacer algunas consideraciones en relación a la práctica societaria de fijar determinadas cantidades (indemnizaciones) para el caso de extinción de la relación delegado-sociedad. Y debemos partir del dato de que estas indemnizaciones suelen fijarse tanto para el caso de la libre separación del delegado por parte del Consejo de administración, como para otros supuestos de extinción de la relación, dentro de los que se puede incluir, aunque sean escasas, las indemnizaciones a favor de la sociedad cuando el delegado cesa en su cargo por su propia voluntad. Ello, obliga a diferenciar dos supuestos<sup>498</sup>:

1º. Las indemnizaciones a favor del delegado para el caso de separación del cargo por decisión del Consejo de administración. La cláusula que establece el pago de una indemnización al delegado en el caso de su separación por el Consejo limita su revocabilidad, por lo que, desde este punto de vista, la doctrina se ha planteado su licitud<sup>499</sup>. Esta misma doctrina, sin embargo, considera válida la conclusión de un contrato entre el delegado y la sociedad que fije una indemnización para el caso de cese del delegado<sup>500</sup>. Este

---

<sup>497</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 135; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 245; LLAVERO RODRÍGUEZ PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 100; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 476; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p.1840; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, p. 307; “La delegación...”, p. 112.

<sup>498</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 500.

<sup>499</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 135; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 137; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 476; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 307. También la jurisprudencia se ha planteado la licitud de este tipo de cláusulas. Destaca la S.T.S. de 30 de diciembre de 1992.

<sup>500</sup> V. nota precedente y también LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 102. A este contrato se refiere el art. 132.4 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles cuando se refiere al supuesto en que un miembro del Consejo de administración sea nombrado consejero ejecutivo. En estos supuestos, será necesario que se suscriba un contrato por éste y la sociedad. En este contrato se detallarán, a los efectos que aquí no interesan, todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado (que, en cualquier caso, deberá ser razonable y estar

contrato, por ser independiente de la relación entre el delegado y la sociedad, no interfiere en la revocabilidad del mismo<sup>501</sup>. Esta fórmula, sin embargo, ha sido objeto de crítica por parte de SÁNCHEZ CALERO<sup>502</sup>, quien la considera no del todo satisfactoria fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque si el objeto del contrato entre delegado y sociedad es la prestación de sus servicios como Director general de la sociedad o gestor, se confunden ambas relaciones, la contractual y la orgánica. En este sentido, la reiterada doctrina de la Sala de lo Social del TS, recogida en la S.T.S. de 27 de enero de 1992. En segundo lugar, el delegado, en cuanto forma parte del órgano de dirección y representación de la sociedad, ha de estar sometido a “la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales”. Así se pronuncia la S.T.S. de 30 de diciembre de 1992 y en sentido similar la S.A.P. de Valladolid de 26 de marzo de 2001<sup>503</sup>.

---

en función del tiempo de ejercicio de las funciones ejecutivas) y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a planes de pensiones. El consejero no podrá percibir cantidad alguna que no esté detallada en el contrato. Considera DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 154, que el consejero ejecutivo es un “consejero delegado sui generis unido a la sociedad por un contrato de servicios que vincula a ambas partes y que da derecho a percibir una remuneración que debe estipularse en el contrato, así como de las posibles indemnizaciones en caso de despido anticipado”.

<sup>501</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>502</sup> “Administradores...”, *op. cit.*, p. 501.

<sup>503</sup> La S.T.S. de 30 de diciembre de 1992 es muy importante porque plantea un problema de gran vigencia práctica: las cláusulas de blindaje en los contratos de altos directivos. También lo es porque recoge un supuesto de acumulación de la condición de Consejero delegado y de Director general. De hecho, el presupuesto básico de la sentencia es la existencia en una sociedad anónima de un consejero delegado que al mismo tiempo es Director general de la misma. Esta acumulación presenta importantes problemas. El primero de ellos (en el que no nos vamos a detener), es el de si es posible tal acumulación. Otro de esos problemas, quizás el más discutido, es el relativo a la posibilidad de pactar válidamente una indemnización cuando se extinga el vínculo entre el administrador Director general y la sociedad, es decir, el problema relativo a la licitud de la indemnización que se haya podido pactar en el contrato. La relación que une al administrador con la sociedad se entiende, en Derecho español, sometida al principio de revocabilidad *ad nutum*. Y tal principio sirve también para caracterizar la relación que une al Consejero delegado con el Consejo de administración. Tal vez por ello, se explica la frecuencia de acumular a la posición orgánica otra de directivo con el correspondiente contrato de arrendamiento de servicio. En el caso de la Sentencia que comentamos “el recurrido, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y

En conclusión, pueden considerarse lícitos los pactos indemnizatorios<sup>504</sup> que tengan su base en una cláusula de los estatutos (como puede ser la que confía al Consejo la distribución de la remuneración que corresponda a los administradores conforme a sus trabajos o funciones), pero no si los pactos carecen de este fundamento o si dificultan, de otra forma, la revocación de los delegados.

Destacar finalmente, las consideraciones del Informe Aldama en relación con el establecimiento de “cláusulas de garantía o de blindaje”, para casos de despido o en favor de los componentes de la alta dirección de las sociedades. La Comisión que ha elaborado el informe “aunque no considera adecuadas algunas de estas actuaciones, entiende que son de difícil regulación

---

representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no pueden quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales”, como ya hemos comentado. Para el TS “las cláusulas preparadas por los propios “managers” o administradores de las sociedades, que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos se opondrá (...) condiciona la libre facultad de que goza el Consejo de Administración para regular su propio funcionamiento según el art. 77.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que se ha de extender lógicamente al nombramiento o revocación del Consejero-Delegado del mismo, como señala la doctrina más autorizada. Tal libertad quedaría coaccionada si su ejercicio supusiese para la sociedad el pago de una indemnización. Ciertamente no se impide al Consejo hacer uso de la facultad que le reconoce el precepto citado, (...), pero no lo es menos que la existencia de aquella coacción a la que acabamos de referirnos”. A su vez, tal pago “fuera de las previsiones de los estatutos sobre retribución de los administradores vulnera el art. 74 de la citada Ley de Sociedades Anónimas de 1951”. El TS ha sido objeto de crítica, en este punto, por parte de EMBID IRUJO, J.M., “Revocación de consejero delegado en una sociedad anónima (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)”, *R.L.L.*, 1993, 3, pp.397 y ss. Considera el citado autor que, este caso, “el contrato de servicios se concibe como un instrumento de defensa del consejero delegado frente a la libre revocabilidad que establece nuestro Derecho. Y tal revocabilidad, (...), es susceptible de ponerse en juego tanto por el Consejo como por la Junta en uso de su facultad genérica de separación de los administradores...Parece posible, por todo ello, defender la licitud de la cláusula indemnizatoria contenida en el contrato de servicios. Su aplicación al caso concreto procederá, (...), siempre que no haya mediado justa causa como motivo determinante de la revocación”. V., también, SALINAS ADELANTADO, C., “La problemática de los “contratos blindados o paraguas dorados” en la acumulación de las figuras de consejeros delegado y de director general (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)”, *R.G.D.*, nº 584, mayo, 1993, pp. 4983 y ss.

<sup>504</sup> Que traten de compensar los servicios prestados y las retribuciones dejadas de percibir. Así, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 245.

con carácter general, y su recomendación se inclina a que sea cada Consejo de Administración el que se autorregule con el fin de evitar situaciones abusivas o poco justificables. En cualquier caso, se estima necesario que cualquier contrato de este tipo cuente con la aprobación formal del Consejo de Administración. Una vez aprobada por el Consejo la cuantía de la indemnización pactada, cuando su importe exceda de dos años del salario acordado, el exceso debe ser provisionado en el balance del mismo ejercicio en que se apruebe, constanding su importe separadamente” (IV. 6).

2º. Las indemnizaciones a favor de la sociedad cuando el cese del delegado se debe a su propia voluntad. Si el cese del delegado se debe a su propia voluntad y su renuncia o dimisión se efectúa de modo intempestivo o de mala fe, esta conducta puede generar la obligación de indemnizar a la sociedad por los daños que le hubiera podido ocasionar<sup>505</sup>.

**d. Por la dimisión o renuncia del delegado.**

Como contrapartida a la libre revocabilidad de los delegados por parte del Consejo, se reconoce a los delegados (como a los administradores en general) la facultad, o mejor dicho posibilidad, de dimitir de sus cargos<sup>506</sup>. A esta causa se refiere, en concreto, el art. 151. 2 RRM al referirse a la inscripción de la renuncia de los delegados. Esta dimisión o renuncia puede afectar sólo al cargo de delegado y no al de administrador. Todo ello, con independencia de la responsabilidad que pueda exigírsele al dimisionario y de

---

<sup>505</sup> Así, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 124, quien reconoce, por su parte, al administrador la posibilidad de exigir el oportuno resarcimiento en caso de revocación sin justa causa. GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 88; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, 356; HERNÁNDEZ MARTÍ, “Órganos...”, *op. cit.*, p. 2963, considera que, aunque en principio ante el silencio legal, no tienen los administradores la obligación de indemnizar a la sociedad en caso de dimisión, si esa dimisión o renuncia provoca la paralización o la inexistencia del órgano de administración, no debe excluirse la responsabilidad del administrador que no convoca la Junta general y presenta su renuncia a la misma, que es la otra alternativa prevista en el art. 147.1 RRM; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 251; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 308; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 501 y 502.

<sup>506</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 308; “La delegación...”, *op. cit.*, p. 112.

la eventual indemnización (a la que nos acabamos de referir) que puede nacer a su cargo frente a la sociedad<sup>507</sup>.

La aceptación de la dimisión corresponde al Consejo, en virtud de lo dispuesto en el art. 141.1 LSA, según el cual, cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá aceptar la dimisión de los consejeros, expresión que puede conducir al error de considerar que la efectividad de la dimisión está condicionada al consentimiento del Consejo. La dimisión o renuncia es una declaración unilateral de voluntad que tiene carácter recepticio, de forma que ha de ser conocida por el Consejo, siendo a partir del mismo, cuando deben retrotraerse los efectos de la misma.

Por otro lado, es posible que el consejero realice una “dimisión en blanco” que supone no una renuncia inmediata del cargo sino que se deja la determinación del momento de esa dimisión a la decisión de la propia sociedad. Ello no obsta para que, en cumplimiento del deber de diligencia que el art. 127 LSA impone a los administradores en el ejercicio de su cargo, el renunciante o dimisionario continúe al frente de la gestión hasta que la sociedad haya adoptado las medidas necesarias para proveer dicha situación<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 99; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1840; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 308; “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 112 y 113; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

<sup>508</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99. La jurisprudencia registral al efecto es abundante. La doctrina de la Dirección general en este sentido, e independientemente de la forma del órgano de administración, es muy clara: “Sin perjuicio de la facultad de los administradores de desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado -artículos 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1732.2º del Código Civil; cfr. También, artículos 45.4 de la Ley de Sociedades Anónimas y 147 y 192.2 del Reglamento del Registro Mercantil-, cuando como consecuencia de esa renuncia queda el órgano de administración inoperante, un mínimo deber de diligencia exigible por razón del cargo que ejercían les obliga, pese a su decisión, a continuar en el ejercicio del mismo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación –artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 1737 del Código Civil., lo que impide la inscripción de la renuncia en tanto no se haya celebrado Junta

Para acabar con la cuestión relativa a la dimisión de los Consejeros delegados conviene recordar las consideraciones del Informe Olivencia al respecto. Dice el citado Informe que “resulta aconsejable, (...), que las compañías reflexionen sobre este extremo e incluyan en su normativa interna (...) ciertas obligaciones de dimisión en supuestos que puedan afectar

---

general -que los renunciantes deben convocar- para que pueda proveer al nombramiento de nuevos administradores, evitando así una paralización de la vida social, inconveniente y perjudicial, de la que aquellos deberían responder –artículos 127.1 y 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 61.1 y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”. Así la R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1999. En la misma línea, las Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992; 8 y 9 de junio de 1993; 22 de junio de 1994; 17 de julio y 27 de noviembre de 1995 y 21 de abril de 1999). A lo dicho, se añade en otras Resoluciones una matización posterior “para aquellos casos en que el Administrador o Administradores dimisionarios justificasen haber convocado una Junta general, en cuyo orden del día figurase el nombramiento de nuevos Administradores que sustituyesen a los renunciantes, debe entenderse que éstos últimos han llevado a cabo, hasta donde las atribuciones de su cargo les imponían, aquel deber de diligencia que les era exigible, por lo que, a partir de entonces, la eficacia de su dimisión, con la consiguiente extinción de sus facultades para actuar en nombre de la sociedad, no puede verse condicionada por contingencias que, como la falta de válida constitución de la Junta, la falta de acuerdo sobre nombramiento de nuevos Administradores, o la no aceptación o incapacidad de los nombrados, quedan totalmente al margen de su voluntad y posibilidades de actuación”. Así la R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1999. En la misma línea, entre otras, las Resoluciones de 24 de marzo y 23 de junio de 1994 y 23 de mayo y 30 de junio de 1997 y 17 de mayo de 1999, 21 de marzo de 2000 y 19, 20 y 21 de septiembre de 2000). Finalmente, decir que esta doctrina de la Dirección General la recoge también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 18 de diciembre de 2004.

En el ordenamiento italiano no se producen estos problemas, en tanto en cuanto, el art. 2385 *Cod. Civ.*, relativo a la cesación de los administradores dispone que “L'amministratore che rinuncia all'ufficio deve darne comunicazione scritta al consiglio d'amministrazione e al presidente del collegio sindacale. La rinuncia ha effetto immediato, se rimane in carica la maggioranza del consiglio di amministrazione, o, in caso contrario, dal momento in cui la maggioranza del consiglio si e' ricostituita in seguito all'accettazione dei nuovi amministratori.

La cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito.

La cessazione degli amministratori dall'ufficio per qualsiasi causa deve essere iscritta entro trenta giorni nel registro delle imprese a cura del collegio sindícale”.

Lo dicho, también se aplica al Consejo de administración, en caso de que exista (art. 2409 *-noviesdecies*). Por otro lado, la cesación de los síndacos por el transcurso del tiempo produce efectos desde el momento en que el *collegio* se reconstituye (art. 2400, 1º *in fine*). Lo mismo puede decir para los miembros del Consejo de Vigilancia (art. 2409- *duodecies*, 3º, *in fine*).

negativamente al funcionamiento del Consejo e incluso al crédito y reputación de la sociedad en el mercado (...). Adicionalmente los deberes generales de lealtad que pesan sobre el consejero le obligan a dimitir siempre y cuando su permanencia en el Consejo pueda poner en riesgo los intereses de la sociedad o cuando desaparezcan las razones por las que fue nombrado” (II. 5.5 y Recomendación 12).

Por lo que se refiere a la inscripción de la terminación en el cargo, el art. 151.2 RRM establece que “La aceptación de la delegación no consignada en la escritura, los acuerdos que revoquen la delegación de facultades concedida, así como la renuncia de los delegados podrán inscribirse asimismo en virtud de los documentos a que se refieren los artículos 142 y 147” (relativo, éste último, a la dimisión y cese de los administradores): Certificación del acta del Consejo con las firmas legitimadas notarialmente; testimonio notarial de dicha acta; copia autorizada del acta notarial. La inscripción de la dimisión de los administradores se podrá practicar, también, mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad

Al margen de estos artículos, habrá que tener en cuenta, igualmente el art. 148 RRM, relativo a la separación de los administradores, que establece que “La inscripción de la separación de los administradores se practicará, según su causa, en virtud de los documentos siguientes: a) Si la separación hubiera sido acordada por la Junta General o se produjera como consecuencia de promover o de transigir la acción social de responsabilidad, mediante cualquiera de los documentos del art. 142.

b) Si la separación hubiere sido acordada por resolución judicial firme, mediante testimonio de la misma”.

Si el cese proviene de una modificación del órgano delgado, la inscripción habrá de efectuarse en virtud de escritura pública.

Para finalizar la cuestión que estudiamos -la terminación en el cargo de delegado- restan por hacer tres consideraciones. La primera, consiste en recordar que la revocación, la renuncia o el transcurso del plazo por el que fueron nombrados como causas de cese en el cargo de delegado no suponen la pérdida de la condición de miembro del Consejo, que sólo puede ser decidida por la Junta General. La segunda, en la que insistiremos en las líneas que siguen, implica tener en cuenta que otra de las causas de cese en la condición de delegado se produce por la modificación o supresión del órgano delegado, bien por los estatutos, bien por acuerdo del Consejo de administración<sup>509</sup>.

Finalmente, la circunstancia de haber caducado parte de los nombramientos de los miembros del Consejo de administración, hasta el punto de encontrarnos ante un Consejo “deficitario”, no es causa del cese del nombramiento del Consejero delegado, cuyo nombramiento como administrador se mantiene en vigor (así, R.D.G.R.N. de 23 de junio de 1992)<sup>510</sup>.

## **B. TERMINACIÓN DE LA DELEGACIÓN.**

De acuerdo con la distinción propugnada, entre otros lugares al inicio de este apartado, entre el acto de delegación y la designación de los titulares de estos cargos, corresponde ahora comentar la terminación de la delegación entendida en el sentido de la desaparición de los cargos delegados. No obstante, esta distinción presenta en este punto perfiles bastante difusos ya que, en ocasiones, la separación del titular lleva consigo la del cargo. Ello no significa, sin embargo, que ambas situaciones siempre coincidan ya que es posible que el cargo se mantenga aunque no lo haga su titular. A estos efectos, dice IGLESIAS PRADA que “el órgano delegado, a partir del acuerdo de

---

<sup>509</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 100; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 495.

<sup>510</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 496. En el mismo sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 101.

delegación, es plenamente independiente respecto de las alteraciones que se produzcan en las personas de sus titulares”<sup>511</sup>.

La causa principal en virtud de la cual puede tener lugar la terminación de la delegación es su revocación por parte del Consejo, a través de un acuerdo que podrá tomarse conforme al régimen ordinario de funcionamiento del mismo y que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil<sup>512</sup>. Además, la vinculación que existe entre el cargo y su titular, en razón de las características de aquél, da lugar, con cierta frecuencia, a que la separación del titular produzca como consecuencia la desaparición del cargo<sup>513</sup>.

Por otro lado, en caso de que la delegación fuera impuesta por los estatutos, será necesaria la modificación de los mismos. Y, si se admite que la Junta pueda ser competente en la materia, por disposición de los estatutos, será necesario un acuerdo de éste órgano<sup>514</sup>.

#### **IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DELEGACIÓN.**

Procede analizar, a la vista de lo estudiado hasta el momento, la naturaleza jurídica de la institución de la delegación con el objeto de poder completar su perfil. Para poder llevar a cabo esta labor, conviene realizar una serie de consideraciones en torno a la delegación y su supuesto de hecho.

En primer lugar, la delegación consiste en un acto en virtud del cual se crean determinados cargos -Comisión ejecutiva o Consejero delegado- y se les dota de una esfera de competencias concreta pero integrada por funciones del propio Consejo de administración. Además, dentro de este supuesto de hecho hay que incluir también el acto de designación de los titulares de dichos

---

<sup>511</sup> *Administración...*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>512</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106.

<sup>513</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 363 y ss.

<sup>514</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 106. V. también Parte Segunda, Capítulo I, I, A, b, e).

cargos, es decir, de las personas que han de ejercitar las funciones delegadas. De acuerdo con lo dicho, procede el estudio de las siguientes cuestiones:

- La naturaleza del acto de delegación.
- La naturaleza de los cargos que se crean.
- La naturaleza del acto de nombramiento de los titulares de esos cargos.

#### **A. NATURALEZA DEL ACTO DE DELEGACIÓN.**

Cuando hablamos de la naturaleza del acto de delegación nos estamos refiriendo, en sentido estricto, a la naturaleza del acto por el que se crean los cargos delegados y se les atribuye una competencia determinada aunque, por regla general, la creación de los cargos delegados y el nombramiento de sus titulares suelen producirse de manera simultánea.

En términos generales, podemos decir que la delegación de facultades se configura en la LSA como una facultad legal que surge para satisfacer la necesidad de muchas sociedades de agilizar y hacer más eficaz el ejercicio de las tareas que corresponden al Consejo. Esta facultad se inserta dentro del conjunto de facultades que el art. 141.1 reconoce al Consejo y que tienen por objeto posibilitar la adaptación de la organización de la sociedad a las circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con el espíritu que inspira el articulado de la Ley en materia de organización y funcionamiento del Consejo de administración<sup>515</sup>.

En concreto, la facultad de delegación consiste en la posibilidad de autorizar a uno o más miembros del Consejo de administración para ejercitar, dentro de los límites previamente establecidos, funciones propias de este órgano, pero sin que ello suponga la pérdida por el Consejo de las competencias sobre las funciones delegadas ni la liberación de su

---

<sup>515</sup> Esas otras facultades que acompañan a la de delegación consisten en designar al Presidente del Consejo de administración, regular el funcionamiento del mismo y aceptar la dimisión de los Consejeros.

responsabilidad por la gestión social. Entre el Consejo en pleno y los delegados se establece una relación cuyas características será objeto de estudio en el siguiente Capítulo.

Por tanto, la delegación puede ser considerada como una institución típica del derecho de sociedades consistente en un acto por el cual, teniendo como base la autorización concedida por el legislador, se modifica la organización de la administración prevista por la Ley y por los estatutos, pero sin alterar sus rasgos esenciales. Por ello, un sector de la doctrina califica este acto como un “acto de organización”<sup>516</sup>.

En cualquier caso, de esta concepción de la delegación se deduce que cuando los delegados actúan es el propio Consejo el que actúa y ello tiene relevancia a la hora de determinar la calificación que corresponde a los mismos<sup>517</sup>.

## **B. NATURALEZA DE LOS CARGOS.**

Considerada la delegación como un acto de organización por el que, en cierto modo, se modifica la estructura del Consejo de administración y se crean, dentro del mismo, determinados cargos con su esfera propia de competencias, se hace necesario abordar la cuestión de la naturaleza de los cargos que se crean en virtud de ese acto. En concreto, el problema central consiste en determinar si dichos cargos pueden ser considerados como órganos de la sociedad o si, por el contrario, los administradores en quienes se delegan las funciones del Consejo deben ser considerados como mandatarios o

---

<sup>516</sup> FANELLI, *Delega...*, *op. cit.*, p. 76; PESCE, *Amministrazione...*, *op. cit.*, p. 89; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2038.

<sup>517</sup> De la misma manera, esta consideración sirve para fijar la principal diferencia que existe entre delegación y apoderamiento. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 415 y 416.

representantes de este órgano<sup>518</sup>. La solución de esta cuestión viene determinada, en gran medida, por las consideraciones que se han hecho en relación al acto de delegación.

En este sentido, como hemos comentados líneas antes, por la delegación se autoriza a uno o más miembros del Consejo de administración para actuar con independencia de los demás Consejeros y del Consejo en pleno, pero sin que ello suponga que el Consejo pierda su competencia sobre las facultades delegadas ni le exima de su responsabilidad por la gestión social. Consecuentemente, por motivo de la delegación, coexisten dentro de la organización de la administración dos centros diferentes de decisión -el Consejo y los delegados-, con competencias parcialmente comunes y vinculados entre sí por una relación de subordinación de los delegados al Consejo. Por ello, los delegados no pueden ser considerados simplemente como administradores dotados de mayores poderes que los demás.

Desde otro punto de vista, un sector de la doctrina estima que los delegados son mandatarios del Consejo de administración e, incluso, mandatarios sustitutos<sup>519</sup>. Pero tampoco esta tesis resulta planamente válida en

---

<sup>518</sup> En estos términos plantea la cuestión CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 142. Sobre la naturaleza del Consejero delegado *v.*, también, la S.T.S. de 19 de enero de 1980, según las cual, son órganos de la voluntad social.

<sup>519</sup> De hecho, para el codificador español la naturaleza jurídica de los administradores de las sociedades anónimas era la de mandatarios. A esta consideración contribuyó la influencia que otros ordenamientos próximos, como el francés y el italiano, ejercieron en el Código de Comercio de 1885. *V.*, sobre el particular, LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 17. Con la promulgación de la LSA de 1951 se suprime toda referencia a la calificación de los administradores como mandatarios y se configura a los administradores como órganos en su art. 11. 3º, h). Con ello, se produce la implantación en nuestro país de la denominada teoría organicista. Esta teoría, sin embargo, está actualmente en declive puesto que la corriente doctrinal hoy dominante en nuestra doctrina es la contractualista. De gran importancia resulta, en este sentido, la obra de MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, porque en ella, tras reconocer que las tesis que califican a los administradores como mandatarios están superadas por la teorías orgánicas, rechaza estas últimas afirmando que la naturaleza de la relación del administrador con la sociedad tiene naturaleza contractual, si bien no se puede integrar en ninguna de las categorías

la medida en que no es posible identificar de forma absoluta la delegación de funciones del Consejo y la delegación en el mandato o en la comisión. La razón principal que impide la validez de esta posición doctrinal reside en el hecho de que tanto los Consejeros delegados como los miembros de la Comisión ejecutiva han de ser miembros del Consejo, es decir, administradores, por lo que con la delegación de funciones no se produce una sustitución de personas en el desempeño del cargo sino una modificación en la forma de actuar de las personas. Por la misma razón es difícil considerar la delegación como una atribución de funciones por parte del Consejo a los delegados, ya que estos ya eran titulares de dichas funciones aunque debieran ejercitarlas conjuntamente con los demás miembros del Consejo<sup>520</sup>.

No obstante lo dicho, será posible acudir a las normas que regulan la delegación en el mandato o en la comisión para explicar algunos aspectos de

---

contractuales específicas y propone una nueva categoría: el contrato de administración. En la actualidad, como comentaremos en el apartado siguiente (relativo a la naturaleza del acto de nombramiento) nuestra doctrina tiende mayoritariamente a considerar que el nombramiento de los administradores (incluidos los delegados) constituye un negocio jurídico bilateral que precisa dos declaraciones de voluntad: la designación por el órgano competente y la aceptación del designado. No obstante, aunque existe consenso en nuestra doctrina en cuanto a la calificación de la relación como contractual, no lo hay en lo que se refiere a la tipificación del contrato. En este sentido, TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

Finalmente, decir que hay autores que consideran que la posición jurídica de los administradores sociales en una posición mixta orgánico-contractual. En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, p. 52 y ss. Para el profesor BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 23<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1977, pp. 253 y 254, los administradores “en su aspecto externo constituyen un órgano de la sociedad (la sociedad misma), mientras que en su aspecto interno cada uno de sus miembros está ligado a la sociedad por una relación jurídica que participa del mandato y del arrendamiento de servicios”. Por último, en la misma línea, se ha llegado a afirmar que las dos grandes teorías, la contractual y la orgánica, han llegado a una situación que se puede definir como de coexistencia pacífica. En este sentido, MORILLAS JARILLO, *Las normas de conducta...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>520</sup> V., GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 134. También en contra de la consideración de los delegados como mandatarios o mandatarios sustitutos, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 142 y ss. Tampoco la doctrina italiana admite el concepto de mandato para explicar la naturaleza jurídica del cargo de Consejero delegado. En este sentido, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 121.

la misma dadas las semejanzas que existen en lo que se refiere al contenido de las relaciones entre el Consejo en pleno y los delegados y entre el mandante y su sustituto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, habrá que determinar la naturaleza jurídica de los cargos delegados en base a la naturaleza jurídica del acto de delegación. Por tanto, si, como hemos visto, la delegación consiste en la autorización dada a algunos consejeros para ejercitar las funciones que son propias del Consejo, de forma que se considera que es el propio Consejo el que actúa, los cargos delegados van a participar de la misma naturaleza que el Consejo. De ello se deduce que la Comisión ejecutiva y los Consejeros delegados pueden ser calificados como órganos sociales<sup>521</sup>, dado que ésta es la opinión dominante por lo que se refiere al Consejo y a los administradores en general<sup>522</sup>. No obstante, algún autor duda de la calificación de los delegados como verdaderos órganos<sup>523</sup>.

---

<sup>521</sup> La consideración de la delegación como autorización, sostenida por RODRÍGUEZ ARTIGAS, ha sido objeto de crítica por CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss. Considera el citado autor que la tesis de que la delegación implica la generación de una nueva relación orgánica en la estructura de la sociedad, es decir, la aparición de un nuevo órgano social, conduce a tener que refutar la opinión de aquellos autores que, aun estimando que la Comisión ejecutiva y los Consejeros delegados, deber ser considerados como órganos de la sociedad, ven en la delegación un acto de organización por el que se modifica la estructura originaria del Consejo mediante la creación dentro del mismo de determinados cargos o esferas de competencia, hasta el punto de reducir, como hace RODRÍGUEZ ARTIGAS, la delegación a un acto de autorización para ejercitar funciones propias del Consejo. No es posible, en definitiva, defender que con la delegación nace un nuevo órgano social pero que tal aparición no pasa de ser un cambio en la organización del Consejo de administración. Para CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 149, a través del procedimiento de la delegación se crean verdaderos órganos sociales, en cuanto, ésta supone una organización del funcionamiento del Consejo mediante el establecimiento en su seno y de su seno, de nuevos centros de decisión que ejercitan las funciones propias del mismo, pero sin que ello afecte ni a su competencia ni a su responsabilidad. Es decir, mediante la delegación se crean nuevos órganos sociales mediante la instauración de una nueva relación orgánica entre la sociedad y el delegado que tiene distinta finalidad jurídica que la preexistente y necesaria relación orgánica entre la sociedad y el administrador. Esta afirmación tiene un apoyo legal en el contenido del art. 77 de la LSA de 1951 (actual art. 141).

<sup>522</sup> Consideran a los delegados como órganos de la sociedad, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), pp. 565 y 569; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), pp. 610 y ss;

CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 149; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 136 y 137 y 367 a 369 y 372, quien matiza que sólo las delegaciones permanentes son fuente de relaciones orgánicas; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 93; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2038; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 419 y ss; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 470 y ss.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia, la S.T.S. de 19 de enero de 1980, haciendo suyos los Considerandos de la Sentencia de la Audiencia de Madrid (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1975, establece que “la figura del Consejero-Delegado prevista por el art. 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, plantea en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica serios problemas que la doctrina todavía no ha resuelto de forma definitiva; ello, sin embargo, tal figura ha ido perfilándose al señalar sus diferencias con el mandatario, concretándose la necesidad de su pertenencia previa al Consejo de Administración, el carácter legal de su representación y la inherencia de sus facultades, lo que lleva a la conclusión de que los delegados del Consejo son órganos de la voluntad de la sociedad y de rango idéntico a aquél, del que, en definitiva, constituyen una parte dotada de facultades específicas; es decir, según la doctrina general la delegación de facultades que el Consejo de Administración efectúa en uno de sus miembros, aumentando así las posibilidades de actuación de éste, no hace variar su condición jurídica, lo que supone que (...) debe recibir el mismo tratamiento que quienes no son destinatarios de la mencionada delegación”. La Dirección General de los Registros y del Notariado, por su parte, considera, en la Resolución de la 12 de mayo de 1999, que “aun admitiendo que, en sus diversas modalidades, la delegación del Consejo de administración de las sociedades mercantiles dé lugar a la aparición de un nuevo órgano de administración, no cabe catalogarlo como un quinto género o modalidad de ellos distintos a los cuatro que para las sociedades de responsabilidad limitada enumera el art. 57 de su Ley Reguladora, y ello por cuanto el órgano delegado es subordinado, dado que no puede existir si no es presencia de un Consejo de Administración, ni puede ostentar todas las facultades propias éste, ni las que se le deleguen son exclusivas sino compartidas con el delegante”. También la Resolución de 22 de noviembre de 1999 reconoce que la delegación de facultades da lugar a un órgano social, el órgano delegado, que asume las competencias que le son conferidas al tiempo que el Consejo conserva las suyas y, además, asume las de control del órgano delegado.

También atribuye el carácter de órganos a los delegados la S.T.S. de 9 de mayo de 2001.

Algunos autores, sin embargo, entienden que los administradores no son órganos de la sociedad sino representantes de la misma. Entre otros, MINERVINI, G., *Gli amministratori...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss; “Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche privati”, en *R.T.D.P.C.*, 1953, II, pp. 935 y ss; SUÁREZ LLANOS, “Sobre la distinción...”, *op. cit.*, p. 52. Frente a esta opción, se alega que la representación es insuficiente para explicar la figura de los administradores, ya que algunos de ellos actúan exclusivamente en la esfera interna de la sociedad. V., también, GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 268

<sup>523</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 469 y 470, opina que el art. 9 h) de la LSA afirma la exigencia de un único órgano de administración [a diferencia de lo que ocurría con el art. 11, 3º, h) LSA de 1951 que se refería a la existencia de un órgano u órganos de administración], lo que parece excluir definitivamente la calificación de órganos para los cargos

Esta afirmación de que los cargos delegados son órganos de la sociedad, al margen de su reconocimiento legal y jurisprudencial, encuentra un cierto apoyo en el articulado de la LSA. Por un lado, en la contraposición que contiene el art. 141.1 entre delegación y apoderamiento o, entre Comisión ejecutiva y Consejeros delegados, de una parte, y apoderamientos a cualquier persona, de otra y que permite suponer que los delegados no son simples apoderados de la sociedad<sup>524</sup>. Además, la Ley ha rodeado la facultad de delegar de especiales garantías entre las que destacan la necesidad de que los titulares de los cargos delegados sean obligatoriamente miembros del Consejo; el carácter constitutivo de la inscripción de la creación de los cargos delegados; el quórum reforzado que se exige para la validez del acuerdo de delegación...La justificación de estas garantías radica en la trascendencia que tiene la creación de los cargos delegados en razón de su condición de órganos de la sociedad<sup>525</sup>. Por otro lado, es significativa la distinción que hace el art. 141.2 entre los cargos delegados y los titulares de los mismos (distinción entre el órgano y el titular del mismo), que no resultaría necesaria si los delegados fueran simples mandatarios o representantes.

Por su parte el art. 143 de la LSA se refiere, al tratar de la impugnación de los acuerdos del Consejo, al Consejo de administración o “cualquier otro órgano colegiado de administración”. Finalmente, resulta también destacable

---

delegados. No obstante, la margen de la calificación de estos cargos delegados siguen siendo órgano en cuanto forman parte del Consejo. Y así los denomina el art. 149. 3 RRM.

<sup>524</sup> Opina CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 144 y 145, que el dato de que el delegado no es un simple mandatario resulta claro en la legislación española, ya que de acuerdo con el art. 77 de la LSA (actual art. 141) el Consejo de administración puede designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, “sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”. Se distingue así entre la representación orgánica que es ejercida por el órgano de administración y la representación voluntaria que puede conferirse a cualquier persona. Dentro de la primera se admite que cabe delegarla dentro de ciertos límites a favor de alguno o algunos de los miembros del Consejo, admisión que carecería de sentido si los delegados pasaran a ser simples mandatarios, porque para semejante cometido sería suficiente la facultad genérica de apoderar que concierne al Consejo.

<sup>525</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 421.

el art. 149. 3 RRM que de forma expresa se refiere al “ámbito del poder de representación de los órganos delegados”.

Por su parte, CRISTOBAL MONTES fundamenta la consideración o calificación de los delegados como órganos sociales en dos motivos. Considera, en concreto, que “Consejo de Administración y delegados deben ostentar en la estructura organizativa de la sociedad una misma y sola condición jurídica, no sólo porque el segundo emana del primero, coexiste y colabora con él, sino por la razón más trascendente de que a ambos, con una variable extensión respecto al segundo (...), les está encomendada una misma función y finalidad, la administración del ente social, y, en consecuencia, deben tener una misma conceptualización, porque no se ha cambiado la realidad funcional contemplada, sino que tan sólo se ha procedido a una repartición y ordenación, no excluyente en relación al delegante, de las facultades administradoras”<sup>526</sup>. En esta línea, IGLESIAS PRADA, sostiene que la relación jurídica establecida mediante la delegación no puede ser de diversa naturaleza a la ya existente, porque no son diversas las facultades ejercidas por delegante y delegado<sup>527</sup>. A esta consideración teórica a favor del carácter orgánico de la delegación, el citado autor añade otra que atiende al respeto de los intereses de los accionistas. Así, afirma que “no sería correcto, (...), estimar que la gestión y representación social, confiadas legal y estatutariamente a un órgano, pudieran desempeñarse de modo permanente al margen de la estructura orgánica, y, por otro lado, que pudiera burlarse el mínimo control de los socios sobre la administración social incorporando al desarrollo de dichas funciones a personas que no gozan de la confianza otorgada por la Junta General (...). El hecho de que la titularidad de los órganos delegados sólo pueda recaer en quien previamente ostente la condición de administrador obedece, precisamente, a la identidad sustancial

---

<sup>526</sup> *La administración...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

<sup>527</sup> *Administración...*, *op. cit.*, p. 374.

existente entre unas mismas facultades y funciones antes y después de la delegación”<sup>528</sup>. Estas consideraciones, sin embargo, no deben conducir al error de afirmar que la relación que une al titular de un órgano delegado con la sociedad, aun siendo orgánica, es la misma que existe entre ésta y el administrador designado. Si se admitiese este punto de vista, los delegados deberían ser considerados como unos administradores con mayores poderes que los demás<sup>529</sup>.

En cualquier caso, la calificación de los delegados como órganos de la sociedad supone, de acuerdo con el concepto más generalizado de órgano, que la voluntad de los delegados equivale a la voluntad de la sociedad<sup>530</sup>. La consecuencia más importante que se deriva de esta circunstancia afecta especialmente al ámbito del poder de representación, como comprobaremos en el siguiente Capítulo.

Por otro lado, hay que dejar claro que, aceptada la consideración de los delegados como órganos sociales, nos hallamos ante un órgano de la sociedad, no del Consejo. De ello se deduce que nos hallamos ante un órgano de administración diverso del propio Consejo, sin que ello nos lleve a una concepción dualista de la administración, dado que los integrantes del órgano delegado lo son al mismo tiempo del Consejo y la competencia de ambos es coincidente<sup>531</sup>.

En resumen, la delegación da lugar al nacimiento de un verdadero órgano social. Partiendo de este presupuesto, buena parte de la doctrina

---

<sup>528</sup> *Administración...*, *op. cit.*, p. 375. Además, el requisito de que la designación de delegado haya de recaer sobre quienes ya son administradores, supone una confirmación del carácter orgánico de las relaciones establecidas entre la sociedad y tales personas.

<sup>529</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 375 y 376.

<sup>530</sup> En contra de esta opinión CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

<sup>531</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 472.

considera que el nombramiento del delegado y su aceptación da lugar al nacimiento de una relación jurídica de carácter orgánico<sup>532</sup> entre el delegado y la sociedad que ha de considerarse diversa de la que ya tenía el delegado con la sociedad en virtud de su condición de administrador. Relación orgánica de carácter interno entre la sociedad y el titular del órgano delegado que puede dar lugar a un contrato de empleo en el que se precisen las condiciones en que el delegado va a desarrollar su actividad. Es decir, normalmente la relación jurídica que surge entre el delegado y la sociedad como consecuencia de la delegación se completa con un contrato de empleo en el que se precisan los derechos y obligaciones de las partes, pero cuyo régimen ha de respetar lo dispuesto en las normas que rigen la sociedad anónima<sup>533</sup>. No obstante, no existe en el TRLSA ningún precepto que regule esta cuestión<sup>534</sup>. Sobre esta cuestión de la naturaleza de la relación que une al delegado con la sociedad se volverá en el Capítulo siguiente.

Para concluir, conviene señalar en relación a las características de estos órganos, que son órganos voluntarios y subordinados

Frente a algunos órganos, cuya incorporación a la sociedad viene impuesta legalmente, existen otros que se incorporan a la misma de modo facultativo, conforme a las necesidades de la misma. Dentro de esta categoría se incluyen los órganos delegados cuya creación va a depender de las necesidades concretas de cada sociedad. En definitiva son órganos voluntarios, como resulta del carácter facultativo que tiene la delegación. Considera, no obstante, IGLESIAS PRADA que en los estatutos puede

---

<sup>532</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 172 y ss; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 367 y ss; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 411 y ss; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 497.

<sup>533</sup> GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 135; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 498.

<sup>534</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 498.

elevarse al rango de órganos necesarios a los delegados imponiendo su existencia con carácter obligatorio<sup>535</sup>.

Por otro lado, los órganos delegados pueden considerarse como subordinados al Consejo, es decir, su posición dentro de la estructura de la administración es de subordinación en relación al Consejo<sup>536</sup>. En este sentido, tanto la Comisión ejecutiva como los Consejeros delegados tienen una competencia coincidente en gran parte con la del Consejo que conserva, por otro lado, todas sus facultades, sin que por virtud de la delegación se creen para los delegados unas competencias exclusivas en relación a las del Consejo<sup>537</sup>.

### C. NATURALEZA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO.

Para finalizar, queda por realizar el examen de la naturaleza del acto de nombramiento de los administradores que han de desempeñar los cargos delegados. En este sentido, las opciones predominantes son dos. Por un lado, hay quien considera que el nombramiento de los delegados se configura como un negocio jurídico unitario bilateral, es decir, como un contrato en el que concurren dos voluntades: la de la sociedad, manifestada a través del acuerdo de nombramiento, y la del administrador designado para desempeñar el cargo delegado, que se manifiesta a través de la aceptación del nombramiento<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> *Administración...*, *op. cit.*, p. 379.

<sup>536</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 423. En relación a las características de los órganos delegados, v. SÁNCHEZ CALERO, "Administradores...", *op. cit.*, pp. 470 y 471. En contra BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 122, que considera que entre el Consejero delegado y el Consejo no existe una verdadera relación de subordinación puesto que uno y otro gozan de idénticas o parecidas facultades. El Consejero delegado debe cumplir las instrucciones del delegante pero esto no significa la subordinación absoluta del Consejero delegado al Consejo.

<sup>537</sup> ESTEBAN VELASCO, "Configuración...", *op. cit.*, pp. 371 y 372.

<sup>538</sup> FANELLI, *Delega...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss; FRÈ, *Società...*, *op. cit.*, p. 360; MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, p. 452. En la doctrina española consideran que el acto de nombramiento constituye un negocio jurídico unitario bilateral CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 172 y ss; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 339; IGLESIAS

Otros autores, por el contrario, consideran que el nombramiento de los delegados es un acto jurídico unilateral que no precisa de la aceptación por parte del designado, puesto que este nombramiento no supone una modificación de la posición que este tiene como miembro del Consejo<sup>539</sup>.

Aceptado que el nombramiento de los delegados es un contrato, queda por determinar la naturaleza de este contrato<sup>540</sup>. En este sentido, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que estamos ante un contrato “*sui generis*” al que denomina “*contrato de delegación*”<sup>541</sup>. El contenido del contrato se centra en el propio de la relación entre el administrador de la sociedad y a esta se unen otros elementos propios que se desprenden de la posición que ocupa el cargo dentro de la organización de la administración. En cualquier caso, dada la atipicidad de este contrato, le son aplicables las disposiciones propias de otras figuras tales como el mandato o la comisión, figuras con las que presenta ciertas analogías.

---

PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 404 y ss. Considera el citador autor que el nombramiento de titulares de un órgano delegado puede calificarse como un negocio jurídico bilateral de designación, que a los elementos estructurales propios de todo nombramiento como titular de un órgano administrativo añade los específicos del órgano cuyos titulares se designan. También a favor de la tesis contractualista, ALCOVER GARAU, “La retribución...”, *op. cit.*, pp. 131 a 146; ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), pp. 461 a 463; ESTEBAN VELASCO, G., “Administradores de sociedad anónima”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 342 a 348; LLEBOT MAJÓ, *Los deberes...*, *op. cit.*, p. 45; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 48 a 52; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 423 a 426. No existe, sin embargo, unanimidad en cuanto a la calificación del contrato.

<sup>539</sup> PESCE, *Amministrazione...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

<sup>540</sup> En este sentido, parte de la doctrina sigue a MINERVINI y consideran que se trata de un contrato de administración. Otros, por el contrario, consideran que es un contrato atípico (RODRÍGUEZ ARTIGAS) y, finalmente, algunos autores opinan que nos encontramos ante una relación contractual de carácter *sui generis*, integrada a través de la disciplina del mandato, del arrendamiento de servicios e incluso del contrato de trabajo (POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 51 y 52).

<sup>541</sup> FRÈ, *Società...*, *op. cit.*, p. 360; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 135; MINERVINI, *Amministratori...*, *op. cit.*, p. 452; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 426.

En resumen, la delegación de funciones del Consejo se configura como una institución típica del derecho de sociedades anónimas que presenta una estructura compleja integrada por un acto, calificado como acto de organización, por el que se crean determinados órganos. Estos órganos tienen carácter de órganos facultativos y están dotados de una competencia formada por funciones propias de Consejo de administración, al cual están jerárquicamente sometidos, de forma que, a pesar de la pluralidad de órganos en el seno de la administración de la sociedad, no rompe la unidad que debe presidir todo el proceso de gestión. Los titulares de estos órganos son miembros del Consejo de administración y su nombramiento se configura como un contrato atípico de contenido complejo en relación con el cual habrá que tener en cuenta las disposiciones legales que son contenido del cargo en la Ley, así como las normas sobre administradores en general y las que provienen de otras figuras que, como la delegación en el mandato o en la comisión, guardan ciertas analogías con esta institución<sup>542</sup>.

---

<sup>542</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 427.

## **CAPÍTULO III. LA ACTUACIÓN DE LOS DELEGADOS. LOS EFECTOS DE LA DELEGACIÓN**

Ya hemos analizado en otro punto de este trabajo la forma de actuar de los delegados y las relaciones que se establecen entre ellos como elementos que integran la organización de la administración de la sociedad anónima<sup>543</sup>. Quedan por analizar, sin embargo, en relación con lo anterior, y a ello vamos a dedicar el presente Capítulo, algunos aspectos de las relaciones que se originan en la esfera interna de la sociedad (apartado I) y de las relaciones que se originan en la esfera externa de la misma (apartado II). Dentro del apartado I estudiaremos las relaciones de los delegados con el Consejo, por un lado, y con la sociedad, por otro, además de hacer referencia al problema de la subdelegación. En el apartado II serán objeto de estudio las relaciones de los delegados con terceros, es decir, todas las cuestiones relativas a la representación de la sociedad.

### **I. RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA ESFERA INTERNA DE LA SOCIEDAD.**

#### **A. RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN<sup>544</sup>.**

---

<sup>543</sup> Parte Segunda, Capítulo I, III, A y B.

<sup>544</sup> Esta cuestión, la de las relaciones que en virtud de la delegación surgen entre Consejo y delegados, reviste una especial importancia dada su vinculación con el problema de la responsabilidad de unos y otros. Así se comprobará en el Capítulo siguiente dedicado a la responsabilidad de los delegados.

Cuando el Consejo de administración hace uso de su facultad legal de delegar se desprende de una serie de funciones las cuales pasan, en virtud de tal delegación, a formar parte de la esfera de competencias de los órganos delegados, aunque el titular de las mismas siga siendo el Consejo que las conserva a pesar de la delegación. Además, el hecho de que se produzca la delegación no impide al resto del Consejo ejercitar las mismas facultades que hayan sido objeto de delegación<sup>545</sup>.

La cuestión principal que se plantea a este respecto consiste en determinar si entre los delegados y el Consejo se establece alguna relación y, en caso de ser así, qué relación es y cuál es su contenido, o si, por el contrario, los cargos creados se independizan del Consejo. Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, la LSA no alude de forma expresa a esta cuestión<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> En este sentido, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II *op. cit.*, p. 135; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 367 y 368. Opina IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 283 y ss, que la delegación no opera una transferencia definitiva de facultades puesto que no se produce una desposesión del órgano delegante de sus funciones, sino la creación de unos instrumentos jurídicos que pueden prestarle su colaboración para desarrollarlas de modo más eficaz.

<sup>546</sup> Destaca, en este sentido, el Derecho italiano y, en concreto, la regulación que contienen los párrafos 3º, 5º y 6º del artículo 2381 en los que se regulan los poderes y los deberes del Consejo y de los delegados así como las relaciones, sobre todo a efectos de información, entre uno y otros, cuestiones estas que no eran reguladas antes de la reforma del Derecho societario italiano. El párrafo 3º recoge los poderes del Consejo en relación a la delegación y a los órganos delegados. Así, el Consejo de administración: determina el contenido, los límites y las eventuales modalidades de ejercicio de la delegación; puede, siempre, impartir directivas e instrucciones a los órganos delegados y recuperar para sí operaciones que en principio están delegadas ( con lo que se confirma que el consejo es el órgano de gestión y que las competencias de los delegados son siempre del consejo); sobre la base de la información recibida de los delegados valora la adecuación del orden organizativo, administrativo y contable de la sociedad (esta función, como se dice en el párrafo siguiente está destinada a asegurar la permanente idoneidad de la estructura al servicio de la operatividad administrativa y contable); cuando sean elaborados, examina los planes estratégicos, industriales y financieros de la sociedad; y , por último, valora sobre la base de la relación de los órganos delegados, la marcha general de la gestión. Lógicamente, estos poderes tiene su correlativa responsabilidad, “potendo inoltre evidenziare in caso di conseguenza svantaggiose per la gestione violazioni del generale dovere di professionalità e diligenza (art. 2392)” (SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario...*, *op. cit.*, p. 60.). Análogamente, se han precisado los deberes que pesan sobre los delegados (párrafo 5º). Así, los órganos delegados cuidan que el orden organizativo, administrativo y contable sea adecuado a la naturaleza y a las dimensiones de la empresa y refieren al Consejo y al *collegio sindacale* con la periodicidad

No obstante, como pone de relieve RODRÍGUEZ ARTIGAS es posible fijar las líneas esenciales en base a las notas que caracterizan a la delegación en la Ley<sup>547</sup>. De ahí que sea necesario recordar algunos aspectos de la delegación que ya han sido comentados con anterioridad.

En este sentido, lo primero que hay que dejar claro es que el Consejo de administración es, en la sociedad anónima, el titular del poder de decisión en la medida en que al mismo le corresponde la dirección general de la sociedad, es decir, la actividad de gestión en su conjunto. Ello supone que será el Consejo de administración el que establezca la política general de la sociedad<sup>548</sup>. En relación con ello, la descentralización de funciones que se produce a través de la delegación, por las causas que ya fueran analizadas<sup>549</sup> y que están vinculadas sobre todo con la complejidad que puede llegar a

---

fijada en los estatutos y en todo caso al menos cada ciento ochenta días, sobre la marcha general de la gestión y sobre su previsible evolución, así mismo sobre las operaciones de mayor relevancia, por su dimensión o características, llevadas a cabo por la sociedad. También es ésta una novedad que responde a las exigencias de un correcto gobierno de la sociedad. Las mismas observaciones valen para explicar el deber que pesa sobre los administradores de actuar de manera informada y para el poder que tendrá cada administrador de pedir a los órganos delegados que en Consejo sean provistas informaciones relativas a la gestión de la sociedad (párrafo 6º). Vemos, por tanto, como en relación al contenido del anterior artículo 2381 se ha profundizado un poco más en la regulación de la institución de la delegación. En realidad, se puede decir que se han plasmado en la normativa legal cuestiones surgidas en la práctica y que adornaban la figura cuya regulación anterior era bastante parca. V., Parte Primera, Capítulo I, II, B, b.

<sup>547</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 330.

<sup>548</sup> Destacar las palabras de RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss, puestas de manifiesto también con anterioridad, según las cuales “la función de determinar la política general de la sociedad constituye el núcleo esencial de la gestión, (...), esta política general condiciona toda la actividad de gestión”, por ello, “el órgano social al que, por imperativo de la ley, está encomendada la administración, no podrá delegar la función de determinar la política general de la sociedad ni las tareas que lleva implícita (...). Se establece así una distinción -cuyos límites no siempre resultan claros- entre el núcleo o la esencia del poder de gestión, que es indelegable, y el resto de la actividad, que suele denominarse “gestión diaria”, cuya realización puede encomendarse a otras personas”.

<sup>549</sup> V., fundamentalmente, Parte Primera, Capítulo I, I, B.

alcanzar el proceso de gestión de la sociedad<sup>550</sup>, no supone la creación de centros de decisión totalmente independientes sino que, por obra del principio de unidad que debe informar todo el proceso de gestión, el Consejo debe y puede ejercitar un control sobre toda la actividad de gestión<sup>551</sup>. Este control hace posible, a su vez, la descentralización. Del mismo modo, el principio de unidad de gestión impone configurar el cargo delegado como subordinado jerárquicamente de manera que las competencias no son idénticas e independientes, sino las mismas y corresponden al Consejo. A este respecto ARANGUREN URRIZA opina que no hay dos órganos independientes, sino un órgano que tiene la facultad de crear otro y dotarle de determinada competencia que será actuada por dicho órgano como si fuera el Consejo el que actuara y, por tanto, como si la sociedad actuara. Sin embargo, IGLESIAS PRADA considera que el carácter concurrente de las relaciones internas entre delegado y delegante excluye la estimación de que las facultades de este último tienen la condición de subordinadas puesto que ambos órganos gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones. Añade, además, que la posibilidad de que en cualquier momento el delegante pueda invocar para sí la facultad de realizar un acto comprendido en el círculo de competencias delegadas no es manifestación de una posición subordinada del delegado frente al delegante, sino el efecto de la concurrencia de facultades que se ejercen en un mismo plano<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> Recordar que también integran el proceso de gestión la formulación de la estrategia y los objetivos de la sociedad y la dirección y el control de la organización creada.

<sup>551</sup> En esta misma línea, las Consideraciones del Informe Olivencia (II.1.1 y 1.2) recogen un modelo que cuenta con la delegación de facultades pero que reserva al Consejo en pleno la tarea de: a) Trazar las estrategias generales de la sociedad. b) La designación y revocación de los más altos directivos de la sociedad. c) Y con carácter general la vigilancia de la actividad de gestión (V., Parte Primera, Capítulo I, I C).

<sup>552</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 569; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 286.

En cualquier caso, debe quedar claro que entre las funciones principales que en la actualidad ostentan los Consejos de administración se encuentran tanto la determinación de la política general de la sociedad (al margen de que la administración propiamente dicha o la ejecución de dicha política se lleve a cabo por los delegados), como el ejercicio de un cierto control sobre los cargos creados por la delegación. A su vez, este control se manifiesta:

- Por un lado, en la posibilidad de dar instrucciones a sus componentes con la finalidad de asegurar la correcta aplicación y el mejor desarrollo de la política general de la sociedad que el mismo ha fijado con anterioridad.
- Por otro, en la vigilancia de la actividad de los órganos delegados.

La atribución al Consejo de estas funciones de instrucción y vigilancia<sup>553</sup> sobre los delegados está expresamente prevista en algunos ordenamientos pero no en el español<sup>554</sup>. No obstante, es posible deducirla del art. 141.2 pár. 2º [“En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general (...)”], ya que en virtud de este artículo se hace responsable al Consejo de la marcha general de la gestión y deberá responder ante la Junta, por tanto, de los actos que los delegados lleven a cabo y sean perjudiciales para la sociedad. Es decir, a pesar de la delegación la responsabilidad de la gestión delegada compete a todos los miembros del Consejo. Es necesario, por ello, que el Consejo pueda dar instrucciones y vigilar a los delegados y evitar así que lleven a cabo actos lesivos para la sociedad y que podían hacerle incurrir en responsabilidad.

---

<sup>553</sup> Afirman estas funciones del Consejo, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 131; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 367 y 368; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 331 y ss.

<sup>554</sup> V., Parte Primera, Capítulo I, II, B, b.

Además, los deberes de instrucción y de vigilancia están implícitos en el deber de diligencia que el art. 127.1 de la LSA impone a los administradores. En concreto el art. 127, en su nueva redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, establece en su apartado 1 que “Los administradores desempeñan su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal”<sup>555</sup>. Como podemos comprobar, el art. 127. 1 alude expresamente a la diligencia de los administradores, pero, sin embargo, la Ley no tipifica conductas diligentes y conductas no diligentes. Es decir, la cláusula general contiene una norma jurídica completa de la que se derivan deberes y cuyo incumplimiento es susceptible de sanción, pero esta norma no va acompañada de otras que definen o concreten en supuestos de hecho particulares las condiciones que deben reunir las conductas diligentes o las no diligentes<sup>556</sup>.

Sin entrar en el fondo del asunto, por exceder de nuestro estricto objeto de estudio, las pautas de actuación en el deber de administrar con diligencia se mantienen en la redacción original del precepto y así, se ha de actuar con la diligencia de un “ordenado empresario” (esta pauta no es compatible con la pasividad o la mera conservación del patrimonio gestionado -que es ajeno, ya que es el patrimonio de la sociedad-, pero excluye también la actuación

---

<sup>555</sup> El art. 112 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles se refiere al deber de diligente administración que recae sobre los administradores y acude, también, para definir una actuación como diligente a los criterios de “ordenado comerciante” y “representante leal”.

<sup>556</sup> En este sentido, MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 437 y ss, (y bibliografía allí citada) establece que los estatutos pueden albergar reglas de conducta de los administradores al igual que los Reglamento de Régimen Interior, los cuales pueden integrar el deber de diligencia de los administradores siempre y cuando su contenido se acomode al estándar general de diligencia y buena fe. También es posible que la conducta de los administradores esté influida o conformada por otro tipo de fuentes como, por ejemplo, los distintos pactos relativos al funcionamiento del Consejo que tengan carácter parasocial. Por último, afirma que las prácticas negociales habituales tampoco pueden pasar inadvertidas en la tarea de búsqueda de las fuentes de las reglas de conducta. Su carácter vinculante para las partes de la relación contractual es puesto de manifiesto en el art. 9.1 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y en el art. 1.8 de los “Principios” de UNIDROIT.

imprudente, que se produce sin planificación ni información suficiente, o de forma incompetente o temeraria) y un “representante leal” (al tratarse de gestionar un patrimonio ajeno puede hablarse de un deber fiduciario, en cuanto que hay un actuar en interés ajeno. Existe un interés de la empresa, un interés social que el administrador debe anteponer al suyo propio)<sup>557</sup>.

En opinión de MORILLAS JARILLO, el deber es único, un deber de diligencia, que califica la doble función desempeñada por los administradores (gestión y representación): la diligencia con la que debe cumplir su función de gestión es la propia de un ordenado empresario y la diligencia con la que deben realizar su función de representación es la propia de un representante leal. En este sentido, se pronuncia la S.T.S. de 1 de diciembre de 1993. Además, añade que el modelo del hombre prudente, y también el del ordenado empresario (en cuanto que el grado “ordenado” se considera sinónimo de actitud prudente), no se adapta a las características de las funciones que desarrollan los administradores. Por ello, sería conveniente redefinir el modelo de conducta, de forma que refleje la ajeneidad de la gestión, sustituyendo el término “empresario” por el de “gestor”, “director” u “hombre de negocios”. También creemos necesario añadir, junto al modelo abstracto, algunos ejemplos concretos de conductas diligentes o no diligentes<sup>558</sup>.

En palabras de ESTEBAN VELASCO, la imposición a los administradores de la diligencia del “ordenado empresario” supone establecer “un estándar de diligencia típica y objetiva que se debe valorar no conforme a circunstancias personales del administrador, sino conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por la función atribuida y de acuerdo con el tipo de relación que estamos considerando”<sup>559</sup>. Y, posteriormente,

---

<sup>557</sup> En este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), pp. 467 y 468.

<sup>558</sup> *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 350, 427 y 428.

<sup>559</sup> “Responsabilidad civil de los administradores”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5913. En el mismo sentido, ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *R.D.M.*, n<sup>o</sup> 198,

concreta más la idea al señalar que “la diligencia exigible, de contenido relativo y elástico, deberá medirse en función de las circunstancias de la empresa y de la operación: sector de actividad, dimensión y situación de la empresa, importancia y naturaleza de las operaciones así como circunstancias de tiempo y lugar en que se llevó a cabo o debió ejecutarse, función desempeñada por el administrador en el órgano, etc.”. Sin embargo, se insiste en que “debe tenderse a una interpretación objetiva del deber de diligencia prescindiendo de consideraciones subjetivas sobre la capacidad o pericia personal de cada uno de los administradores a efectos de establecer diferencias sobre la responsabilidad entre los miembros del órgano administrativo”<sup>560</sup>. A tal efecto, se ha indicado que la adecuación del modelo abstracto de diligencia de los administradores referido a la concreta actividad del sujeto “se traduce en una rigurosa valoración de la diligencia necesaria, porque la medida de la normalidad debe tener en cuenta exclusivamente los comportamientos que atañen a la administración social, que requieren una prudencia, cuidados y atenciones superiores a las de un hombre medio, pues nos hallamos ante una mayor exigencia por la profesionalidad que se pide a un ordenado empresario”<sup>561</sup>. En definitiva, para valorar esa diligencia puede usarse como criterio “el que habría usado un administrador normalmente diligente que se hubiera encontrado en aquellas circunstancias”<sup>562</sup>.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO señala que el administrador “ha de estar dominado por la nota del “orden” que se ha de aplicar a aquellos actos que han de conformar “una regular y prudente buena administración”. Con

---

octubre-diciembre, 1990, pp. 667 y 668; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L/ GARCÍA- PITA PEMÁN, D./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, en J&A GARRIGUES ASOCIADOS, *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 17; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>560</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L/ GARCÍA- PITA PEMÁN, D./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 17

<sup>561</sup> BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 43 y 44; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 107.

<sup>562</sup> BONELLI, *La responsabilità...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44

posterioridad, señala algunos supuestos concretos de incumplimiento de este deber. Se habla, así, del deber de vigilancia de los administradores no ejecutivos sobre los ejecutivos que impide, la actitud meramente pasiva de los primeros; asimismo, se considera incumplimiento del deber de diligencia la ausencia injustificada a las reuniones del Consejo de Administración, el no poner remedio en la medida de lo posible a las irregularidades de otros administradores, etc.<sup>563</sup>

Para PÉREZ CARRILLO el sentido de la expresión “ordenado empresario” constituye un deber de prudencia en el ejercicio del cargo y de actuación conforme a los criterios generalmente admitidos en cada sector de actividad. A ello añade que hay ciertas obligaciones como las de investigar, informarse y vigilar, o las de elegir o instruir a sus colaboradores que, aunque no están señaladas en la Ley, están implícitas en el deber de actuar como un ordenado empresario y de su incumplimiento puede derivar responsabilidad. Por otro lado, el deber de los administradores de actuar como un “representante leal”, es uno de los instrumentos establecidos por el legislador para equilibrar el poder sobre patrimonios ajenos ostentado por los administradores. Además, aunque se hable de representantes, este término tiene un significado amplio que abarca toda la actividad genérica de administración y no sólo la de representación<sup>564</sup>. Por otro lado, a propósito del deber de diligencia considera que la expresión diligencia<sup>565</sup> es un término jurídico indeterminado que cumple varias funciones: la diligencia como

---

<sup>563</sup> “Administradores...”, *op. cit.* pp. 104, 108 y 109. En sentido similar, BONELLI, *La responsabilità...*, *op. cit.*, pp. 357 y ss.

<sup>564</sup> PÉREZ CARRILLO, E., “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 312 y 316.

<sup>565</sup> Para MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 345 y 346, la diligencia tiene un significado objetivo como esquema, guía, propuesta de conducta en relación con una actividad debida. Y hace hincapié en esto último, en la prestación debida: por esta razón consideramos que ha, necesariamente, de tenerse en cuenta la función encomendada a la persona para exigirle responsabilidad por el incumplimiento de su deber de diligencia.

fuente autónoma de obligaciones de los administradores, la diligencia como criterio de interpretación e integración de las prestaciones impuestas por otras fuentes de obligaciones de los administradores sociales. Y, finalmente, la diligencia como cuantificación o medida de la atención o cuidado exigible en el ejercicio de la administración. Además, añade que entre los elementos que contribuyen a determinar el grado de diligencia debida<sup>566</sup> está la de cuál sea su posición concreta dentro del Consejo. Y, desde esta perspectiva, comenta cuál es la diligencia exigible a los administradores delegados<sup>567</sup>. En este sentido, los administradores delegados son aquellos administradores que reciben el encargo de desarrollar algunas de las funciones sociales, a través del mecanismo de la delegación. En cualquier caso, como administradores que son la diligencia que deben desplegar conlleva, cuando menos, la misma labor que obliga a todos los demás miembros del Consejo. Es decir, la Ley no establece un tipo específico de diligencia que sea exigible exclusivamente a los administradores delegados, por lo que se les aplica el régimen general de “diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. No obstante, para la valoración de su conducta hay que tener en cuenta las particularidades propias de las funciones que realizan y de las actividades que se les exigen. Por ello, el contenido de la diligencia de los delegados que

---

<sup>566</sup> Respecto a la calificación, dentro de los posibles niveles, graduaciones o intensidades de aplicación del tipo, este grado de diligencia del “ordenado” empresario supone un grado de diligencia media, un nivel intermedio entre lo que sería una diligencia mínima y una elevada. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes...*, op. cit., p. 52; MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, op. cit., p. 370; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid-Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985, p. 200. Esta es también la opinión que se sostiene en las S.S.T.S. de 13 de febrero de 1990 y de 21 de septiembre de 1999, para las que la diligencia del ordenado comerciante es la exigible al comerciante normal, la Ley les está exigiendo la diligencia normal en el desempeño de su cargo.

<sup>567</sup> Dice MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, op. cit., p. 372, sin embargo, que no coinciden los autores en la repercusión que sobre la gestión diligente tiene la delegación de facultades. Como hemos manifestado en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, la diligencia ha de ponerse en relación con las funciones que tiene atribuidas el deudor-administrador.

pretendan ser diligentes es especial, en cuanto se refiere a la ejecución de los acuerdos del Consejo, en cuanto a la rendición de cuentas al Consejo delegante, en cuanto a la traducción de los mandatos genéricos del Consejo, a la vigilancia constante de la marcha de la sociedad, a la adopción de decisiones en los asuntos que tenga delegados. La diferencia con la diligencia debida por los otros administradores no reside tanto en la intensidad como en el ámbito o contenido concreto de las actividades que los delegados despliegan y que exige un tipo adecuado de cuidado y lealtad. Se les exige una dedicación específica, un conocimiento más profundo de la situación en la que se encuentra la sociedad y una atención especial al informar al resto del Consejo y rendir cuentas sobre su actividad. En definitiva, el deber de diligencia de los delegados les obliga a utilizar su especial situación de poder a favor del interés social. Sin embargo, la existencia de delegación no implica que el resto de los Consejeros queden exentos del deber de actuar diligentemente en aquellas funciones delegadas. No obstante, se produce cierta “ruptura” en el régimen uniforme de la administración y alguna diferencia en el contenido de la diligencia que se exige a unos y otros. Los administradores no delegados deben realizar las funciones que por Ley son indelegables, y están encargados de elegir, instruir y vigilar a los delegados. Y todo ellos, deben hacerlo como “un ordenado empresario y un representante leal”<sup>568</sup>.

Además, el eficaz ejercicio de las funciones de instrucción y vigilancia y, en definitiva, el mejor desarrollo del deber de diligencia requiere que el Consejo conozca en todo momento la marcha de la gestión y ello, a su vez, implica que existe por parte de los delegados el deber de informar al Consejo sobre su actuación y, correlativamente, el deber de los consejeros de informarse. En definitiva, existe una clara relación entre los deberes de instrucción y control y el deber de información, deber al que se refiere al apartado 2 del art. 127 en el sentido de que “Cada uno de los administradores

---

<sup>568</sup> “El deber...”, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”. En este sentido, debe quedar claro que los consejeros tienen derecho a recibir información pero también a pedirla. Por lo que se refiere al derecho a recibir información su objeto es que el Consejo reciba, de los ejecutivos o delegados<sup>569</sup> y de los altos directivos, en su caso, con carácter previo a sus reuniones y durante su transcurso, la información necesaria para poder controlar su actuación y adoptar las decisiones de gestión que correspondan con conocimiento de causa y efectividad. El fundamento de este derecho está en las funciones de instrucción y vigilancia que corresponden al Consejo de administración y en la obligación de los delegados de rendir cuentas e informar de su actividad al Consejo como consecuencia de la delegación de facultades, como lo ha puesto de relieve un sector de la doctrina<sup>570</sup>. Además, teniendo en cuenta la fundamentación de este derecho, tendrá también el carácter de deber de los consejeros, tal y como se deduce del art. 127.2 de la Ley. Ello obligará al Consejo a exigir a los cargos delegados la rendición de cuentas y el suministro de la información que sea precisa para el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el derecho a pedir información se dirige a cubrir

---

<sup>569</sup> Para MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> T., “Consideraciones sobre el derecho de información del administrador –y en particular, del Consejero”, *R.d.S.*, nº 12, 1999, pp. 187 y ss, los supuestos de delegación de facultades plantean dos problemas en materia de información sobre la gestión. En primer lugar, determinar el deber de informar al propio Consejo de quienes deban entenderse primariamente obligados a elaborar y garantizar la disponibilidad de información para la reunión. En segundo lugar, dilucidar las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar información y el alcance de la exigible por cada administrador desde un punto de vista individual. Respecto a lo último parece que se impone la exigencia doble de profundizar en el sentido de la colegialidad del Consejo y extraer las adecuadas consecuencias de la individualización de la responsabilidad de cada consejero, a la hora de delimitar la información exigible como presupuesto del adecuado desempeño de la función de vigilancia, y en su caso de control de las decisiones del órgano. En relación a lo primero, existe un núcleo de información necesaria para dar sentido a la asunción por el órgano administrativo de las competencias de gestión no delegadas y de su función de supervisión, que fundamenta un deber de informar ante el Consejo. Por otro lado, están obligados a informar sobre los asuntos a tratar en las sesiones del Consejo los Consejeros delegados.

<sup>570</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Derecho de información del accionista”, en AAVV, coord. por ALONSO UREBA, A., *Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones: Estudios*, Facultades de Derecho de Albacte y Toledo, Civitas, 1994, p. 190; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

los defectos de conocimiento o información que individualmente un consejero puede percibir que tiene para el correcto desempeño de su puesto en el seno del Consejo. El art. 127.2 implica el derecho/obligación de acceder directamente a las fuentes de información siempre que se requiera por el administrador. Es decir, este derecho comprende, no sólo la facultad del consejero de preguntar o pedir informaciones concretas a los obligados a facilitarlas, sino las más amplias de poder examinar por sí mismo y directamente los registros y documentación de la sociedad, etc.<sup>571</sup> Añadir que la información conocida por los consejeros (incluidos los delegados) con ocasión del ejercicio de su cargo, debe emplearse para el mejor ejercicio de sus funciones y para el mejor desarrollo de los intereses de la sociedad. Esto significa que el derecho/deber de información deberá ser ejercitado conforme a la buena fe y sin abuso de derecho, lo cual, por otra parte está implícito en el art. 127 bis al exigir “fidelidad al interés social” en el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos<sup>572</sup>.

Finalmente, en relación al deber de información, hay que advertir, por un lado, que el contenido de la información es la “marcha de la sociedad”, expresión que abarca la información interna (contable o económica) y externa<sup>573</sup>. Por otro lado, que la ausencia hasta hace poco tiempo de regulación en nuestro Derecho del derecho/deber de información que comentamos y necesidad de atender al problema de la información en el seno del órgano administrativo fue puesta de manifiesto tanto por la doctrina<sup>574</sup> como por la jurisprudencia, fundamentalmente, la S.T.S. de 9 de mayo de 1986<sup>575</sup>.

---

<sup>571</sup> VELASCO SAN PEDRO, L., “La información en el Consejo de administración: derechos y deberes del Consejo y de los Consejeros”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 328 y ss.

<sup>572</sup> Al deber de fidelidad al interés social, entendido como interés común de los socios, se refiere el art. 113 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles.

<sup>573</sup> En este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 469.

<sup>574</sup> V., entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.

<sup>575</sup> En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

En cualquier caso, las funciones de instrucción y vigilancia a que nos acabamos de referir se complementan con otros poderes del Consejo. Entre ellos, por ejemplo, encontramos el poder para determinar las facultades delegadas, el poder de modificar y revocar los actos de los delegados<sup>576</sup>, el poder de separar a los delegados en cualquier momento sin necesidad de causa justa<sup>577</sup>. Por su parte, los delegados están obligados a acatar las órdenes que reciban del Consejo. En resumen, como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS “la delegación de funciones en una Comisión ejecutiva o en uno o más Consejeros delegados atribuye a estos cargos una amplia esfera de autonomía y un indudable poder de decisión. Pero (...), a la vista de los poderes del Consejo, los delegados ocupan una posición de subordinación con respecto a

---

<sup>576</sup> En contra de tal posibilidad, por la inseguridad que semejante criterio llevaría al tráfico y que estaría en completa contradicción con el objeto perseguido con las delegaciones, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 287 y 288. En todo caso, Sin embargo, la actividad fiscalizadora del delegante sobre las actuaciones del delegado en ningún caso puede incidir sobre las relaciones jurídicas surgidas en virtud de las manifestaciones de voluntad emanadas de este último. La fiscalización, consecuencia del deber de vigilancia, deberá preceder a la exteriorización de la voluntad social. En definitiva, el órgano delegante ejerce su función fiscalizadora y de control en el ámbito de las relaciones internas.

<sup>577</sup> En el supuesto de que la designación de los delegados se encomiende en los estatutos a un órgano distinto del Consejo, éste no puede proceder libremente a su revocación, sino que deberá convocar al órgano competente para el nombramiento y solicitar la remoción del delegado. Por su parte, en el supuesto de que los estatutos creen con carácter obligatorio uno o más cargos delegados y determinen su esfera de competencia podría pensarse que se quiere sustraer al Consejo no sólo la facultad de decidir libremente la delegación, sino también el poder de modificar o revocar los actos de los delegados y, en definitiva, ejercitar las funciones de instrucción y vigilancia. Sin embargo, del art. 141.1 pár. 2º se deduce que el Consejo es responsable de la totalidad de la gestión incluso cuando la delegación se ha impuesto con carácter obligatorio y, por tanto, conserva el poder de acordar sobre las materias delegadas, sino las funciones de vigilancia y de instrucción necesarias para asumir tal responsabilidad. Del mismo modo, subsiste el deber de los delegados de acatar las órdenes del Consejo y de informarle sobre su actividad. En resumen, la regulación estatutaria de la delegación en sus diversos aspectos no modifica en lo esencial el contenido de las relaciones entre el Consejo y los delegados. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 339.

aquel órgano, cuya manifestación más clara es la facultad ilimitada de revocación que tiene el Consejo”<sup>578</sup>.

Para concluir, es interesante la opinión de CRISTOBAL MONTES para quien “constituida la delegación, coexisten dos funciones: la función administradora ordinaria que corresponde al Consejo y la función administradora delegada que corresponde al delegado. Aunque trabadas y en íntima relación ambas funciones son plenamente diferenciables en cuanto se actúan en forma distinta y separada; el delegado es un administrador y como tal continuará participando en las tareas propias del Consejo respecto a las cuales será un simple miembro más de éste, pero al mismo tiempo tendrá un cometido diferente y propio en cuya realización no podrán intervenir los otros administradores no delegados, lo que nos revela que la delegación entraña una nueva función que no se superpone ni se confunde con la de la administración ordinaria, porque aunque derivada de ésta tiene su propio cometido y justificación”<sup>579</sup>.

Antes de concluir este apartado sobre las relaciones que, en virtud de la delegación, surgen entre Consejo y delegados, es necesario hacer referencia a las consideraciones que, desde el punto de vista del *Corporate Governance*, se han realizado sobre la cuestión. Y ello porque, como afirma el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS uno de los pilares fundamentales en los que descansa, o debería descansar, el movimiento conocido como “Gobierno de las Sociedades” es el relativo a los deberes de los administradores, de ahí la atención que se dedica a este tema en los diversos textos surgidos en distintos

---

<sup>578</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 335. No obstante, un sector de la doctrina italiana, entre ellos FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss, niega que los delegados estén subordinados al Consejo, por considerar que éstos, en virtud de la delegación, gozan de una posición autónoma y están dotados de una competencia que no es subordinada sino concurrente o cumulativa con la del Consejo.

<sup>579</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

países<sup>580</sup>. Prueba de ello son los dos documentos españoles cuyo contenido al respecto vamos a comentar brevemente<sup>581</sup>.

Para el correcto desempeño de las funciones que corresponden al Consejo de administración, los consejeros deben asumir unos deberes de los que el Informe Olivencia se ocupa en su Apartado 8 (“Los deberes de lealtad del Consejero”) y dentro del mismo, el punto 1 (“Los deberes genéricos”), que comienza recordando que “La legislación sustantiva establece que el consejero ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal” aunque “el carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta hace recomendable, en nuestra opinión, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y de lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación”. No obstante, el propio Informe dedica mayor atención al deber de lealtad o de fidelidad (II.8.2 a II.8.6) que al deber de diligencia, al que se hace referencia en el párrafo 2º del Apartado II.8.1. En relación al citado deber el

---

<sup>580</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 419 y ss, cuyas líneas generales se van a seguir para el estudio del tratamiento que, desde el punto de vista del *Corporate Governance*, se da a los deberes de los administradores sobre todo al de diligencia y al de información. En el mismo sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 175 y VELASCO SAN PEDRO, “La información...”, *op. cit.*, p. 320, para quien “la preocupación por este aspecto resulta bastante lógica habida cuenta del papel fundamental que le corresponde a la información no sólo en el ejercicio del poder, (...), sino también en su control o fiscalización”. Por otro lado, opina RODRÍGUEZ ARTIGAS que la regulación del deber de diligencia en la legislación vigente es, en términos generales acertada aunque sería conveniente concretar más el contenido del citado deber, sobre todo en relación con determinados supuestos de organización de la sociedad, como son los supuestos de delegación de facultades. En este sentido, considera que es necesario determinar en qué medida el movimiento del “Gobierno de las Sociedades” contribuye a mejorar el tratamiento que recibe ese deber en la actualidad y en qué medida sus recomendaciones son compatibles con la vigente regulación. Ese el objetivo del trabajo citado.

<sup>581</sup> No obstante lo dicho, los problemas relativos, o que suscitan, los deberes de los administradores no han recibido un tratamiento adecuado por parte de nuestra doctrina. En este sentido, LLEBOT MAJÓ, *Los deberes...*, *op. cit.*, pp. 29 a 31.

Informe se limita a “recordar las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia que incluyen, entre otras, las de informarse y preparar adecuadamente las reuniones del consejo y de los órganos delegados a que pertenezca el consejero; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones, a fin de que su criterio contribuya efectivamente a la toma de decisiones; realizar cualquier cometido específico que, dentro de su compromiso de dedicación, le encomiende el Consejo; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo que se puedan presentar, promoviendo al efecto la convocatoria de una reunión extraordinaria o la inclusión de los extremos convenientes en el orden del día de la primera que haya de celebrarse”. Como puede comprobarse, esas obligaciones se concretan en las clásicas de informarse, participar y vigilar.

Al margen de esta concreta referencia, en apartados anteriores, y en relación con el “Funcionamiento del Consejo de Administración”, el Informe Olivencia se ocupa de algunas de estas manifestaciones del deber de diligencia, referidas al Consejo en general. Sumariamente, en el Apartado II.4.1 al tratar de la “Organización de las reuniones del Consejo” se recomienda que el Consejo se reúna “con cierta periodicidad a fin de mantener una presencia constante en la vida de la compañía”. En el Apartado II. 4. 2., sobre “Preparación de las sesiones” se hace referencia a la importancia de la información, pero no tanto como deber de los consejeros sino como derecho. En este sentido se recomienda “la adopción de las medidas necesarias para asegurar que los consejeros tengan acceso antes de las reuniones a la información relevante y que dicha información les llega con la antelación precisa”, a cuyos efectos “ha de atenderse a la cantidad de la información y a su calidad. Respecto a la cantidad, debe evitarse tanto la escasez de información como el exceso de documentación. La información remitida debe estar convenientemente elaborada y orientada hacia los aspectos relevantes,

hacia el núcleo del asunto. Respecto a la calidad de la información, es importante que los consejeros no reciban sólo -como frecuentemente sucede- información histórica o financiera, sino también información tanto de carácter cualitativo como provisional”. El Informe añade que la política de información constituye una responsabilidad primaria del Presidente, asistido por el Secretario. No obstante, en el Apartado II.6 se abordan las “Facultades de información del consejero”, para reconocer, además de la responsabilidad que el Presidente y el Secretario tienen en el desarrollo de una buena política de información hacia los consejeros “la facultad y el deber que tiene individualmente cada consejero de recabar y obtener toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones de supervisión”. Por ello, se recomienda que “la normativa interna de la sociedad reconozca formalmente el derecho de todo consejero a examinar los libros, registros y documentos de cualquier clase, a contactar con los responsables de los distintos departamentos y divisiones y a visitar las instalaciones y dependencias de la compañía”. En relación con este derecho de información, el Informe señala, además, que “con el fin de no perturbar la gestión ordinaria de la compañía, será necesario en la generalidad de los casos establecer cauces dentro de la estructura del Consejo para asegurar un cierto orden en la petición, producción y canalización de la información”. Por lo que se refiere a esos cauces, se considera que lo normal será que las solicitudes de información se cursen a través del Presidente o del Secretario y que éstos las atiendan, aunque la Comisión recomienda que “se arbitren medidas para dirimir los conflictos que puedan suscitarse cuando las peticiones de información sean denegadas, retrasadas o defectuosamente atendidas. Una medida adecuada pudiera ser la de encomendar la decisión de eventuales conflictos a una de las Comisiones de control”. Finalmente, por lo que se refiere a las facultades de información del consejero, la Comisión estima que “la sociedad, al objeto de facilitar la labor de los consejeros, debe garantizar su acceso a los servicios de los expertos internos y, cuando circunstancias especiales lo hagan necesario, contratar

expertos externos que puedan asesorarles en relación con los problemas que se plantean en el ejercicio del cargo”, si bien en este último caso se contempla la posibilidad de establecer límites al ejercicio de este derecho (II. 6.2).

En el Apartado II.4.3, al tratar del “Desarrollo de las sesiones”, del Consejo, la Comisión en relación con el deber de participación reitera “la conveniencia de presencia, participación e independencia de criterio de todos los miembros”.

Finalmente, las consideraciones que sobre el deber de diligencia se realizan por la Comisión en el Informe, se concretan en cuatro Recomendaciones. A la información se refieren las Recomendaciones 9 y 14. En la 9 se recomienda “que se adopten las medidas necesarias para asegurar que los consejeros dispongan con la antelación precisa de la información suficiente, específicamente elaborada y orientada para preparar las sesiones del Consejo, sin que pueda eximir de su aplicación, salvo en circunstancias excepcionales, la importancia o naturaleza reservada de la información”. Por su parte, en la 14 se recomienda “que se reconozca formalmente el derecho de todo consejero a recabar y obtener la información y el asesoramiento necesarios para el cumplimiento de sus funciones de supervisión, y se establezcan los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, incluso acudiendo a expertos externos en circunstancias especiales”. En la número 10 se recomienda a las sociedades, entre otras cosas, que en las reuniones del Consejo, entre otras cosas, “se fomente por el Presidente la intervención y libre toma de posición de todos los consejeros”. Finalmente, en la Recomendación 16 se sugiere “que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales”.

Para terminar decir que las aportaciones que se hacen al deber de diligencia de los administradores en el Código Olivencia<sup>582</sup> están, implícitas o explícitas en el art. 127 de la Ley cuando exige que los administradores desempeñen su cargo “con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal” y cuando hace del incumplimiento de estos deberes uno de los presupuestos de su responsabilidad (v. art. 133.1 LSA).

El Informe Aldama, insistiendo en medidas anteriormente recomendadas pero que no han sido objeto de seguimiento por las empresas, por un lado, propone el establecimiento de una obligación legal a cargo de las sociedades cotizadas para la publicación anual de un informe sobre el gobierno corporativo. Y, por otro, señala la necesidad de desarrollar legalmente los deberes de lealtad y diligencia de los directivos y consejeros. En este sentido, dice el Informe que en los mercados la información es la base sobre la que descansa todo el sistema de ahí la importancia de este principio en virtud del cual: se transmite al mercado de toda la información relevante para los inversores, la información que se transmita debe ser correcta y veraz, y debe hacerse de forma simétrica y equitativa y en tiempo útil (Sección II.1). Es recomendación de la Comisión en este punto que los deberes de información se extiendan sobre las estructuras y prácticas de gobierno de cada sociedad (Sección II.1). Información que deberá referirse a los siguientes aspectos: a. Estructura de la propiedad de la sociedad; b. Estructura de la administración de la sociedad; c. Operaciones vinculadas y operaciones intragrupo; d. Sistema de control del riesgo; e. Funcionamiento de la Junta General.

---

<sup>582</sup> V., como comentario al Informe o Código Olivencia, VELASCO SAN PEDRO, L., “La información...”, *op. cit.*, pp. 305 y ss y bibliografía allí citada.

Los instrumentos de información para hacer públicos los puntos mencionados pueden ser muy variados. No obstante, la Comisión recomienda que el conjunto de disposiciones sobre gobierno corporativo de cada sociedad se refundan en un texto único que se publique para general conocimiento del público. En todo caso, la información relevante sobre esta materia se debería recoger periódicamente en un documento especial denominado “informe anual sobre gobierno corporativo” (donde deberán constar los aspectos a los que nos acabamos de referir), y actualizarse mediante las tecnologías de Internet para facilitar la difusión de la información (Sección II.2). Del mismo modo se deben utilizar adecuadamente los mecanismos que la sociedad de la información pone a disposición de las empresas. En este sentido, las empresas que cotizan en bolsa deberán tener una página *web* a través de la cual puedan informar a sus accionistas, inversores y al mercado en general de los hechos económicos y de todos aquellos de carácter significativo que se produzcan en relación con la sociedad. Corresponderá, en todo caso, al Consejo de Administración establecer el contenido típico de la información facilitada.

En la misma línea que estudiamos y al objeto de asegurar la mejor calidad de la información deben establecerse también algunas medidas dirigidas a motivar y explicar las reglas de gobierno elegidas y de su grado de efectivo cumplimiento. Se trata de introducir en nuestra práctica el principio conocido como “cumplir o explicar”.

Este régimen de transparencia de los mercados y de las sociedades cotizadas incrementa, a su vez, su seguridad. Sin embargo, el ámbito del principio de seguridad es diverso y más amplio ya que, aunque la seguridad en un mercado financiero y en las sociedades cotizadas se produce principalmente a través de la transparencia, “es necesario el reconocimiento de determinados deberes y responsabilidades que refuercen la seguridad en aquellas situaciones en las que la gravedad de los conflictos de intereses de quienes han de tomar o ejecutar las decisiones hace que la transparencia sea

insuficiente para proteger a los inversores” (Sección III, 1). Ello implica una especial responsabilidad de los administradores, con la consiguiente redefinición de los deberes de lealtad y diligencia, que en nuestro ordenamiento se ha operado a través de la reforma de los correspondientes artículos de la Ley de Sociedades Anónimas. Centrándonos en el deber de diligencia “la Comisión ha analizado la situación actual de la aplicación jurídica del deber de diligencia y propone por ello la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del Consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas otras que se toman por los consejeros en razón de un interés personal, o en conflicto con los de la sociedad (...). En todo caso, la Comisión desea destacar la importancia de que todos los miembros del Consejo de Administración, sean o no ejecutivos, desempeñen su cargo de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales; actuación que debe estar orientada hacia la participación efectiva del administrador en las reuniones del Consejo, así como en las de las Comisiones de las que forme parte. Se estima esencial el abandono de concepciones pasivas del cargo de administrador, incompatibles con las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad. En cualquier caso los deberes de diligencia deberían incluir: i. Dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello y la colaboración o asistencia que considere oportuna. ii. Participar activamente en el órgano de administración y en sus Comisiones o tareas asignadas, informándose, expresando su opinión, e instando de los restantes consejeros su concurrencia a la decisión que se entienda más favorable para la defensa del interés social. De no poder asistir, por causa justificada, a las sesiones a las que haya sido convocado, procurará instruir de su criterio al consejero que, en su caso, le represente. iii. Oponerse a los acuerdos contrarios a la Ley, a los Estatutos o al interés social, y solicitar la constancia en acta de su posición

cuando lo considere más conveniente para la tutela del interés social. iv. Instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime pertinente, o la inclusión en el orden del día de aquellos extremos que considere convenientes, de acuerdo con la Ley y con los Estatutos Sociales. v. Solicitar la información que estime necesaria para completar la que se le haya suministrado, de forma que pueda ejercer un juicio objetivo y con toda independencia sobre el funcionamiento general de la administración de la sociedad. Cada uno de los miembros del Consejo de Administración tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano y podrá exigir además, por medio del Presidente, cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de su misión. Por último, la Comisión quiere destacar la importante responsabilidad que de una u otra forma recae sobre los administradores y, por ende, la obligación de una correcta selección de los mismos y la definición de sus deberes, derechos y obligaciones en relación con el interés general de la sociedad y de los accionistas” (Sección III. 2.4).

Al margen de otras cuestiones tratadas en el Informe, nos interesa tener en cuenta que éste concluye afirmando que si bien las empresas pueden, en virtud del poder de autorregulación de que disponen dentro del marco legal existente, incorporar a su régimen de gobierno corporativo las recomendaciones que consideren oportunas y en la forma que estimen más conveniente, algunas de estas recomendaciones que formula tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada (Sección VI, 2). Por ello, sobre la base del Informe Aldama se recogen en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas, aquellas recomendaciones del mismo cuyo soporte más adecuado es, como decimos, una regulación normativa. En

concreto, se ha recogido en esta Ley las recomendaciones relativas a: a) Los deberes de información y transparencia; b) La definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses, y c) La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan, entre otros, un reglamento del Consejo de administración, así como de la junta general.

Centrándonos en el aspecto que nos interesa, con esta Ley se ha producido la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas en diversos aspectos. Uno de ellos es el relativo a los deberes de los administradores. En este sentido, se da nueva redacción al art. 127 donde se redefine el deber de diligencia de los administradores (como ya hemos puesto de manifiesto al comentar su contenido) y se introducen los arts. 127 *bis a quarter*, relativos a los deberes de fidelidad, lealtad y secreto<sup>583</sup>. Por otro lado, aunque en relación con los deberes de los administradores se da nueva redacción a los arts. 112 (“Derecho de información”)<sup>584</sup> y art. 133, que regula la responsabilidad de los administradores.

También se han introducido modificaciones en la Ley del Mercado de Valores. Así, se añaden los párrafos a) bis), b) bis) y m) bis al art. 100; b. Se añade un título X denominado “De las sociedades cotizadas”, dentro del cual destacan los arts. 114 (relativo a los “Deberes de los administradores”), 116 - “Del informe anual de gobierno corporativo”- y 117 - “De los instrumentos de información”-. Estos dos últimos artículos han sido objeto de desarrollo por la Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual del

---

<sup>583</sup> Al deber de lealtad se refieren los arts. 114 (“Prohibición de aprovechar los bienes sociales en beneficio propio”), 116 (“Prohibición de intervenir en caso de conflicto de intereses”), 117 (“Deber de comunicación de participación y de cargos en sociedad competidora y prohibición de competencia) del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles. Al deber de secreto, el art. 118 (“Deber de secreto”).

<sup>584</sup> Este artículo se refiere al derecho de información que tienen los accionistas para solicitar de los administradores la información o aclaración o, en su caso, formular por escrito preguntas, que consideren necesarias sobre los asuntos que se van a tratar en la Junta general correspondiente. Los administradores están obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la misma.

gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, de acuerdo con los objetivos de reforzar la transparencia en el funcionamiento y la información del sistema financiero y empresarial español. Esta Orden desarrolla, en definitiva, la obligación impuesta por la Ley (de transparencia), y que deriva del Informe Aldama, de transmitir información al mercado acerca de las prácticas de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cuyas acciones coticen en un mercado oficial de valores. El contenido de esta Orden fue analizado en otro lugar, de forma que nos remitimos a lo dicho entonces<sup>585</sup>.

#### **B. RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON LA SOCIEDAD.**

Una vez estudiada la relación que, en virtud de la delegación, surge entre Consejo de administración y órganos delegados, podemos plantearnos a continuación la siguiente cuestión: ¿cuál es la relación jurídica que une al delegado con la sociedad?. La respuesta a este interrogante pasa por cuestiones ya estudiadas con anterioridad<sup>586</sup> por lo que, sin entrar en el fondo de las mismas, vamos a poner de relieve aquellos aspectos que resulten necesarios para, como decimos, resolver el interrogante planteado.

La delegación es un acto en virtud del cual se crean determinados cargos -Comisión ejecutiva o Consejero delegado- y se les dota de una esfera de competencias integrada por funciones del propio Consejo de administración, pero sin que ello suponga la pérdida por el Consejo de su competencia sobre las mismas ni la liberación de su responsabilidad por la gestión social. Entre el Consejo en pleno y los delegados se establece una relación cuyas características han sido objeto de estudio en las líneas inmediatamente anteriores. Considerada de este modo la delegación, se hacía necesario abordar la cuestión de la naturaleza de los cargos que se crean en virtud de ese acto. En concreto, el problema central decíamos que consiste en

---

<sup>585</sup> V. Parte Primera Capítulo I, I, C.

<sup>586</sup> Parte Segunda, Capítulo II, IV.

determinar si dichos cargos pueden ser considerados como órganos de la sociedad o si, por el contrario, los administradores en quienes se delegan las funciones del Consejo deben ser considerados como mandatarios o representantes de este órgano<sup>587</sup>. A este propósito, como advertimos en su momento, un sector de la doctrina estima que los delegados son mandatarios del Consejo de administración e, incluso, mandatarios sustitutos. De hecho, para el codificador español la naturaleza jurídica de los administradores de las sociedades anónimas era la de mandatarios. A esta consideración contribuyó la influencia que otros ordenamientos próximos, como el francés y el italiano, ejercieron en el Código de Comercio de 1885<sup>588</sup>. No obstante, como también pusimos de manifiesto, esta tesis no resulta plenamente válida en la medida en que no es posible identificar de forma absoluta la delegación de funciones del Consejo y la delegación en el mandato o en la comisión. La razón principal que impide la validez de esta posición doctrinal reside en el hecho de que tanto los Consejeros delegados como los miembros de la Comisión ejecutiva han de ser miembros del Consejo, es decir, administradores, por lo que con la delegación de funciones no se produce una sustitución de personas en el desempeño del cargo sino una modificación en la forma de actuar de las mismas. Por idéntica razón es difícil considerar la delegación como una atribución de funciones por parte del Consejo a los delegados, ya que estos ya eran titulares de dichas funciones aunque debieran ejercitarlas conjuntamente con los demás miembros del Consejo<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> En estos términos plantea la cuestión CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>588</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 461; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 440, en relación a los administradores en general; LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación...*, *op. cit.*, p. 17; TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>589</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 134. También en contra de la consideración de los delegados como mandatarios o mandatarios sustitutos, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 142 y ss. Tampoco la doctrina italiana admite el concepto de mandato para explicar la naturaleza jurídica del cargo de Consejero delegado. En este sentido, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 121.

Con la promulgación de la LSA de 1951 se suprime toda referencia a la calificación de los administradores como mandatarios y se configura a los administradores como órganos [art. 11. 3º, h)]. Con ello, se produce la implantación en nuestro país de la denominada teoría organicista. Esta teoría, sin embargo, está actualmente en declive puesto que la corriente doctrinal hoy dominante en nuestra doctrina es la contractualista<sup>590</sup>. De gran importancia resulta, en este sentido, la obra de MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, porque en ella, tras reconocer que las tesis que califican a los administradores como mandatarios están superadas por la teorías orgánicas, rechaza estas últimas afirmando que la relación del administrador con la sociedad tiene naturaleza contractual, si bien no se puede integrar en ninguna de las categorías contractuales específicas y propone una nueva categoría: el contrato de administración.

De acuerdo con lo dicho, en la actualidad nuestra doctrina tiende mayoritariamente a considerar que el nombramiento de los administradores, incluidos los delegados, constituye un negocio jurídico bilateral que precisa dos declaraciones de voluntad: la designación por el órgano competente y la aceptación del designado<sup>591</sup>. Además, el contrato surte una dualidad de efectos jurídicos: por un lado, constituye una relación jurídica entre la sociedad y el designado y, por otro, genera efectos obligatorios para la

---

<sup>590</sup> Sostiene MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, p. 73, que la doctrina ha mantenido, tradicionalmente, que la relación que unía al administrador con la sociedad era una relación contractual, aunque discrepan los autores al calificar en concreto el contrato, basculando las posturas en torno a dos grupos, básicamente: contratos de mediación o gestión (mandato, comisión, representación, administrador como factor mercantil), o contratos de arrendamiento (arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra, contrato de empleo). Sobre la delimitación de los conceptos de mandato y arrendamiento de servicios, v. LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>591</sup> El hecho de que sea necesaria la aceptación pone de manifiesto la existencia de una relación contractual. En este sentido, ARANGUREN URRIZA, en relación a los administradores en general, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 461; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 441.

sociedad<sup>592</sup>. No obstante, aunque existe consenso en nuestra doctrina en cuanto a la calificación de esta relación como contractual, no lo hay en lo que se refiere a la tipificación del contrato<sup>593</sup>. Es decir, aceptado que en la relación que une al delegado con la sociedad hay un componente contractual queda por determinar la naturaleza de este contrato. En este sentido, hay autores que consideran que estamos ante un contrato de preposición orgánica o de designación<sup>594</sup>. Otra parte de la doctrina sigue a MINERVINI y consideran que se trata de un contrato de administración<sup>595</sup>. Otros autores consideran que estamos ante un contrato *sui generis* al que denomina “*contrato de delegación*”<sup>596</sup>.

---

<sup>592</sup> Así se expresa CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 175 y ss. A ello añade que no importa el que “el delegado deba ostentar previamente la condición de administrador, porque aunque exista ya una relación contractual entre el administrador ordinario y la sociedad, tal circunstancia no constituye un obstáculo para que venga a establecerse una segunda entre las mismas partes en cuanto se da entre ambas diferencias de objeto y función”.

<sup>593</sup> En este sentido, TUSQUETS TRIAS DE BES, *La remuneración...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>594</sup> Entre ellos, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 403 y ss.

<sup>595</sup> En este sentido, en relación a los administradores en general, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 461; “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 441, para quien, además, este contrato no se asimila a ninguno de los contratos típicos, si bien tiene aspectos del contrato de mandato y del de arrendamiento de servicios, de ahí la posible aplicación analógica de las normas reguladoras de los mismos. También siguen en este punto a MINERVINI, LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación...*, *op. cit.*, p. 297 y ESTEBAN VELASCO, G., en AA.VV., coord. por PAU PADRÓN, A., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 207 y 208.

<sup>596</sup> Entre ellos, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 135. V., también, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 426 y bibliografía allí citada. Dice RODRÍGUEZ ARTIGAS, que el contenido del contrato se centra en el propio de la relación entre el administrador de la sociedad y a esta se unen otros elementos propios que se desprenden de la posición que ocupa el cargo dentro de la organización de la administración. En cualquier caso, dada la atipicidad de este contrato le son aplicables las disposiciones propias de otras figuras tales como el mandato o la comisión, figuras con las que presenta ciertas analogías. Frente a esta opinión de RODRÍGUEZ ARTIGAS, que considera que este contrato es atípico, CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 175-186 y FANELLI, *La delega...*, *op. cit.*, p. 48 y ss y 96 opinan que estamos ante una figura contractual típica y característica y que su tipicidad deriva de su causa típica: dar vida a un elemento de la estructura de la sociedad para el ejercicio de una función orgánica.

Finalmente, hay quien considera que estamos ante una relación contractual de carácter *sui generis*, integrada a través de la disciplina del mandato, del arrendamiento de servicios e incluso del contrato de trabajo<sup>597</sup>.

En cualquier caso, la indeterminación que produce la calificación del contrato, conduce al intento de precisar el régimen que le es aplicable por referencia a la disciplina de contratos típicos. De esta forma, se dice que la relación jurídica que se entabla entre los administradores y la sociedad participa de varios contratos simultáneamente. Para GIRÓN TENA, el nombramiento de los administradores es un “*negocio bilateral de designación*”, respecto del cual habrá que utilizar ideas combinadas procedentes de supuestos legales de mandato, representación voluntaria y de representación legal<sup>598</sup>. En igual sentido, en el caso de la delegación de facultades, IGLESIAS PRADA, para quien “la relación jurídica existente entre los titulares del órgano de administración y la sociedad ha de construirse partiendo de la idea de un negocio jurídico complejo, integrado por elementos peculiares de la relación orgánica y otros propios del mandato”<sup>599</sup>. Y RODRÍGUEZ ARTIGAS, que define la delegación como “contrato de contenido complejo en relación con el cual habrá de tener en cuenta las disposiciones legales que son contenido del cargo en la Ley, así como las normas sobre administradores en general y las que provienen de otras figuras que, como la delegación en el mandato o en la comisión, guardan ciertas analogías con esta institución”<sup>600</sup>.

Para POLO SÁNCHEZ, como ya hemos puesto de relieve líneas antes, la relación *sui generis* que une al administrador y a la sociedad está integrada

---

<sup>597</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 51 y 52. En el mismo sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 2ª ed., Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 172 y 173.

<sup>598</sup> *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 335 y 339.

<sup>599</sup> *Administración...*, *op. cit.*, p. 112,

<sup>600</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 426 y 427.

por matices de mandato, arrendamiento de servicios o incluso de trabajo<sup>601</sup>. Del mismo modo, para DÍAZ ECHEGARAY, la relación sui generis, sin ser un contrato de mandato, ni un arrendamiento de servicios, ni un contrato de trabajo, tiene elementos de todos ellos. Así, en el aspecto externo deben tenerse en cuenta como supletorias las reglas del mandato; en el interno, las del arrendamiento de servicios o del contrato de trabajo<sup>602</sup>.

Por último, para BÉRGAMO, el mandato se descubre en la revocabilidad *ad nutum* y en la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal; el arrendamiento de servicios, en la actividad constante que desarrolla el administrador para cumplir la función técnica que le ha sido confiada<sup>603</sup>.

En definitiva, en la tarea de integración de su especial régimen, ninguno de los contratos a los que tradicionalmente se ha recurrido para explicar la naturaleza del vínculo del administrador puede ser, en principio, rechazado<sup>604</sup>.

Finalmente, hay que advertir que existe otra tendencia doctrinal que tiende a considerar que la posición jurídica de los administradores sociales en una posición mixta orgánico-contractual<sup>605</sup>. Así, para el profesor BROSETA PONT los administradores “en su aspecto externo constituyen un órgano de la sociedad (la sociedad misma), mientras que en su aspecto interno cada uno de sus miembros está ligado a la sociedad por una relación jurídica que participa del mandato y del arrendamiento de servicios”<sup>606</sup>. En la misma línea, se ha

---

<sup>601</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 50 a 52.

<sup>602</sup> *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

<sup>603</sup> *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>604</sup> MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>605</sup> En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, p. 52 y ss.

<sup>606</sup> *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

llegado a afirmar que las dos grandes teorías, la contractual y la orgánica, han llegado a una situación que se puede definir como de coexistencia pacífica<sup>607</sup>.

Por otro lado, partiendo del presupuesto de que la delegación da lugar al nacimiento de un verdadero órgano social, buena parte de la doctrina considera que el nombramiento del delegado y su aceptación da lugar al nacimiento de una relación jurídica de carácter orgánico<sup>608</sup> entre el delegado y la sociedad que ha de considerarse diversa de la que ya tenía el delegado con la sociedad en virtud de su condición de administrador. Relación orgánica de carácter interno entre la sociedad y el titular del órgano delegado que puede dar lugar a un contrato de empleo en el que se precisen las condiciones en que el delegado va a desarrollar su actividad. Es decir, para este sector doctrinal, normalmente la relación jurídica que surge entre el delegado y la sociedad como consecuencia de la delegación se completa con un contrato de empleo en el que se precisan los derechos y obligaciones de las partes, pero cuyo régimen ha de respetar lo dispuesto en las normas que rigen la sociedad anónima<sup>609</sup>. No obstante, no existe en el TRLSA ningún precepto que regule esta cuestión. En este sentido, considera SÁNCHEZ CALERO que quizá fuera conveniente establecer, con carácter general, el deber de suscribir tal contrato entre la sociedad y el titular del órgano delegado con el fin de clarificar y precisar el régimen de esa relación jurídica y determinar las obligaciones y los deberes de

---

<sup>607</sup> MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, p. 129, que afirma que en el plano externo, los administradores son el órgano, término que hace referencia a la estructura de la organización en que la sociedad consiste. Desde el punto de vista interno, el vínculo que une al administrador y a la sociedad es contractual: contrato de mandato, de trabajo, de arrendamiento de servicios o de agencia. También insiste en ello QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 184, para quien la relación orgánica no impide apreciar la concurrencia de elementos complementarios procedentes de figuras contractuales como el mandato representativo o el arrendamiento de servicios.

<sup>608</sup> CRISTOBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 172 y ss; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 367 y ss; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 411 y ss SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 497 y 498.

<sup>609</sup> GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 108 y 135; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 498.

las partes y evitar, también, la práctica que surge en la vida de las sociedades de que los titulares de los órganos delegados, una vez delegados, suscriben entre sí tales contratos o, incluso, antes de su designación, lo suscribe con los socios que representan el grupo de control. Cuando en realidad la aprobación de tal contrato debe ser competencia del Consejo de administración en pleno, que no puede delegar tal facultad por tratarse de un acto de organización de la sociedad y no de gestión<sup>610</sup>.

Lo que hay que subrayar es que, en ningún caso, dicha relación pueda ser considerada de carácter laboral de alta dirección, sino que se ha de regir por la normativa mercantil societaria, según ha declarado el TS en diversas Sentencias<sup>611</sup>. Es doctrina jurisprudencial que “si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitaban directamente o mediante delegación interna, la relación no era laboral, sino mercantil, lo que conllevaba a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia no calificables de alta dirección, sino como de trabajo común, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral”. En este sentido, entre otras, las S.S.T.S. 21 de enero de 1991, 13 de mayo de 1991, de 3 de junio de 1991, de 18 de junio de 1991 y de 27 de enero de 1992.

A lo dicho, añade el TS que, partiendo de que la relación de colaboración con una determinada sociedad mercantil tiene, en principio, naturaleza mercantil, cuando se desempeñen simultáneamente actividades de administración de la Sociedad y de alta dirección o gerencia de la Empresa de la que se es titular, y de que no existe en la legislación española, a diferencia

---

<sup>610</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 498 y 499.

<sup>611</sup> V., SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 499. En este sentido, la S.T.S. de 29 de septiembre de 1988 pone de manifiesto que “la relación del consejero, como miembro de uno de los órganos de la Sociedad, con ésta, es de carácter interno. No concurre ninguna de las características de la relación laboral (...)”.

de lo que ocurre en otros ordenamientos, distinciones entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administración de las sociedades (art. 1.3 ET<sup>612</sup>) y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, que es lo que caracteriza al trabajo de alta dirección (art. 1.2 RD 1382/1985<sup>613</sup>), podemos deducir que lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo. En concreto, se refieren a la naturaleza del vínculo, como elemento que determina la calificación de la relación las S.S.T.S. de 29 de septiembre de 1988, de 21 de enero, de 13 de mayo, de 3 de junio, de 18 de junio de 1991, de 27 de enero de 1992, de 30 de diciembre de 1992 y la S.T.S. de 9 de mayo de 2001. En un primer momento, la jurisprudencia se centró en el análisis de las funciones, pero ante la identidad funcional apreciada a partir de la S.T.S. de 29 de septiembre de 1988, se opta por el criterio de la forma del vínculo: si existe una integración orgánica, la relación no es laboral. Por ello, requiere una mención especial la citada Sentencia, cuyo fundamento segundo dice que “La relación del consejero, como miembro de uno de los órganos de la sociedad, con ésta es de carácter interno. No concurre ninguna de las características de la relación laboral, tal como la define el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (...) sino la propia y específica de la existente entre las personas jurídicas y las individualmente integrantes de sus órganos, mediante las cuales necesariamente ha de realizar el cumplimiento de sus fines, objeto de atención por el derecho mercantil (...). No altera este planteamiento, sino que, por el contrario, le confirma, lo que dispone el art. 77 de la citada Ley de Sociedades Anónimas pues distingue tres supuestos en que

---

<sup>612</sup> El art. 1.3 c) ET declara la exclusión del ordenamiento laboral de “la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembros de los órganos de administración en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad”, condicionando la exclusión a que la actividad sólo comporte “la realización de cometidos inherentes al cargo”.

<sup>613</sup> Este artículo define el trabajo de alta dirección como el ejercicio de “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad”.

puede delegar sus funciones: en una Comisión Ejecutiva, de su propio seno; uno o más Consejeros Delegados; o apoderamientos a cualquier persona. En los dos primeros casos los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que le son propias y en el tercero, en cambio, se recurre a una persona ajena al Consejo con quien, efectivamente, se establecería una relación que hoy, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/ 1985 hay que reputar como laboral de carácter especial. Hay que insistir, por tanto, que el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza (...)”<sup>614</sup>. En resumen, la Sentencia desestima la relación laboral por considerar que la relación que le unía a la sociedad al incorporarse a su Consejo de administración, no era de naturaleza laboral sino orgánica, y por tanto, mercantil, que ejerce una *vis atractiva* sobre aquélla a quién absorbe. Esta resolución es confirmada en casación por la Sentencia de 30 de diciembre de 1992<sup>615</sup>. En estos supuestos, y como consecuencia de la fuerza atractiva que ejerce la relación mercantil sobre la laboral, en caso de existir un contrato de alta dirección con el administrador, nombrado posteriormente Consejero delegado, dicho contrato quedará en suspenso o se transformará en un contrato de gestión que no tendrá carácter laboral<sup>616</sup>.

En relación con lo anterior, la S.T.S. de 13 de mayo de 1991 establece que nada impide “que las normas que regulan la administración social puedan configurar puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, (...), en los que la Dirección General se establece

---

<sup>614</sup> En sentido similar, la S.T.S. de 21 de enero de 1991.

<sup>615</sup> Así, si el órgano de administración confiere facultades representativas mediante apoderamiento a favor de persona ajena al órgano de administración, la relación entre el designado y la sociedad será la especial de alta dirección, mientras que si el órgano, mediante delegación, atribuye determinadas competencias o facultades en favor de persona perteneciente al órgano, la relación mantendría carácter mercantil sin que el plus de actividad lo desvirtúe.

<sup>616</sup> Sobre el particular, v., LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, op. cit., p. 94.

como órgano distinto del Consejo de Administración y subordinado a éste, sin que ninguna regla de incompatibilidad impida la designación para este puesto de un miembro del Consejo. De ahí que las actuaciones del actor como Consejero Delegado y Director general puedan aquí diferenciarse y aplicarse a la segunda la calificación de alta dirección efectos de su inclusión en la relación laboral especial que contempla el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, posibilidad que admiten las sentencias de 25 de julio de 1989 (...) y 25 de octubre de 1990 (...). En sentido similar se pronuncian las S.T.S. de 21 de enero de 1991.

Finalmente, por lo que se refiere a la compatibilidad de la relación laboral de alta dirección con el cargo de delegado, la S.T.S. de 27 de enero de 1992, señala que la relación laboral de alta dirección no es compatible con el cargo de delegado, pero sí con la relación laboral común, sin perjuicio del conflicto de interés que pudiera existir; en este supuesto, el contrato de empleo especificará los derechos y obligaciones de las partes, y respetará, en todo caso, la normativa que rige las sociedades anónimas. En el contrato de alta dirección, subsisten las características de ajeneidad y dependencia o subordinación, aunque atenuadas -propias de la relación laboral común, que no se dan en la actuación societaria-, de los Consejeros delegados. En relación a la compatibilidad de la relación mercantil de administración resulta interesante la opinión de ALCOVER GARAU<sup>617</sup>, Considera el citado autor que aunque la generalidad de los autores mercantilistas<sup>618</sup> y laboristas defienden que los administradores o algunos de ellos, que están unidos a la sociedad por una relación mercantil de administración, pueden estarlo también por la laboral de alta dirección, hay suficientes razones para no admitir tal compatibilidad de relaciones. Es decir, no es posible que una misma persona esté unida a la sociedad por una relación de administración y por una relación laboral

---

<sup>617</sup> “La retribución...”, *op. cit.*, p. 134 y ss

<sup>618</sup> Entre ellos, ARAGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, p. 465.

especial de alta dirección. Y ofrece, para fundamentar su opinión, varias razones. En primer lugar, considera que de admitirse tal compatibilidad sería como “si la sociedad adquiriese dos veces los mismo”, porque una misma prestación a cargo de una misma persona sería objeto a la vez de dos relaciones jurídicas distintas. En segundo lugar, la misma interpretación literal del art. 1.2 RDAD revela una clara distinción entre el personal de alta dirección y los administradores, incluyendo en el ámbito de los primeros a los Directores Generales como apoderados generales. Lo que si es posible es que a los administradores les una a la sociedad una relación laboral común por la efectiva prestación de una específica actividad, pero lo que no es posible es que les una a la sociedad la relación de trabajo especial de alta dirección por ofrecer ésta una actividad que es la misma que realiza en cuanto administrador. Finalmente, afirma que tampoco es compatible la relación mercantil de administración con una relación privada de prestación de obra o de servicios.

Al Consejero delegado no se le puede incluir en el ámbito de la relación laboral especial porque es un administrador y la actividad de administración está excluida del ámbito laboral. La distinción entre el alto cargo y el administrador no puede basarse en las funciones que realizan, que coinciden en lo básico, sino en el carácter interno o externo de la relación. En el supuesto del alto cargo la relación es externa y laboral especial y en el del administrador es interna y mercantil.

Finalmente, requiere mención especial la S.T.S. de 9 de mayo de 2001, en cuanto en ella el TS establece un tratamiento relativamente novedoso a la cuestión porque, por un lado, admite la acumulación de relaciones jurídicas diferenciadas y negando, por otro, la naturaleza laboral del vínculo de alta dirección<sup>619</sup>. El criterio del TS hasta ese momento había sido el de mantener la

---

<sup>619</sup> V. el comentario a esta Sentencia de SÁNCHEZ JIMENO, S., “Los contratos -civiles o laborales- de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades”, *R.D.M.*, nº 245, julio-septiembre, 2002, pp. 1461 y ss.

incompatibilidad de la relación de administración y la laboral de alta dirección, partiendo de la premisa de que las tareas directivas ya están comprendidas entre las funciones inherentes al cargo orgánico, sin que quepa el establecimiento entre sociedad y administrador de una relación jurídica diferente relativa al desempeño de la función gerencial<sup>620</sup>.

### C. SUBDELEGACIÓN.

Nada ha previsto la Ley de Sociedades Anónimas sobre esta cuestión, ya que el art. 141 se limita exclusivamente a regular la delegación de facultades del Consejo en una Comisión o en uno o más Consejeros delegados. En opinión de RODRÍGUEZ ARTIGAS, esta ausencia de autorización expresa unida a la voluntad del Consejo de administración de que las funciones delegadas se ejerciten en régimen colegiado, cuando estamos en presencia de una Comisión ejecutiva, hacen inadmisibles la subdelegación de funciones. A ello añade que los poderes de los delegados son poderes que la Ley ha confiado al Consejo y que, por tanto, sólo éste puede delegar en virtud de la facultad que le reconoce el legislador en el art. 141 LSA<sup>621</sup>.

Por su parte, IGLESIAS PRADA, que ha dedicado más atención a la cuestión, sostiene que, en principio, y dado que la LSA no contiene referencia alguna a la posibilidad de que los órganos delegados puedan, a su vez, proceder a delegar sus funciones a un segundo órgano o a favor de cualquier persona, nada parece impedir la subdelegación cuando esté prevista en los estatutos. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina citada estima que esta

---

<sup>620</sup> V., entre otras, las S.S.T.S. de 3 de junio de 1991, de 18 de junio de 1991, de 16 de diciembre de 1991, de 27 de enero de 1992, de 22 de diciembre de 1994, de 11 de junio de 1996 y de 18 de junio de 1996. La compatibilidad de la relación laboral común y la relación de administración, es admitida, entre otras, por la S.T.S. de 20 de octubre de 1998 [V. el comentario a esta Sentencia de FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> S., “En torno a la concurrencia de relaciones laborales y societarias (Orientaciones de la jurisprudencia laboral), *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 429 y ss.].

<sup>621</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 328 y 329. También rechazan la subdelegación, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 565 y GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 112.

hipótesis, la de la subdelegación, es inadmisibile. Y para explicar tal afirmación da una serie de razones. Y así, pone de relieve “que la facultad de delegar no integra el ordinario poder de administración del delegante (...). Semejante decisión, (...), comporta el otorgamiento de una facultad extraordinaria que nunca integra el círculo de las correspondientes al delegante en el ejercicio ordinario de su función”. Y hasta tal punto es así, que llega a cuestionarse si “¿no parece que el silencio legal debe interpretarse como expresivo de una absoluta imposibilidad de subdelegar?”. Sin embargo, añade que “no debe entenderse que la razón de una radical imposibilidad de delegar las facultades delegadas ha de buscarse en el carácter “intransferible y personal” de las facultades de los administradores delegados (...). La fundamentación para una negativa a la posibilidad de subdelegar ha de partir de (...) considerar las facultades de los órganos sociales desde una perspectiva más amplia, no circunscrita exclusivamente a los delegados. A partir de esta última resulta más oportuna la afirmación de que ningún órgano social puede proceder a decidir una transferencia de sus propias facultades sino media una expresa previsión legal que se pronuncie en otro sentido. La facultad de delegar, en definitiva, no es connatural a ningún órgano determinado de la sociedad, sino que tiene origen legal y carácter intransferible (...). En nuestro ordenamiento vigente, por fin, no cabe subdelegación de facultades administrativas ni siquiera por disposición estatutaria. Esta última, de existir, sería nula, por ser contraria a los principios legales”<sup>622</sup>.

Finalmente, para terminar con esta cuestión, advertir que no es posible confundir la subdelegación con la posibilidad de nombrar mandatarios para asuntos determinados que se puede reconocer a los órganos delegados<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 317 y ss.

<sup>623</sup> En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 320 y 321, quien concluye afirmando que la admisión del recurso al mandato por parte de los delegados puede considerarse como la compensación a la imposibilidad de subdelegar y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

## II. RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA ESFERA EXTERNA.

Como pusimos de manifiesto en la Primera Parte de este trabajo<sup>624</sup>, se suele afirmar que al Consejo de administración le corresponde la administración de la sociedad, entendida como “el conjunto de actos, (...), que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido”<sup>625</sup>. Y, en relación al contenido de la administración se suele diferenciar dentro de la misma entre gestión, actos que no rebasan la esfera interna de la sociedad, y representación, actos que ponen en relación a la sociedad con terceros<sup>626</sup>. A su vez, dentro de los actos de gestión, cabría hacer una nueva distinción entre actos relativos a la organización de la sociedad y actos relativos al ejercicio de la empresa social<sup>627</sup> o, en otra terminología, “gestión societaria de tipo interno” o “gestión propiamente empresarial”<sup>628</sup>.

Esta orientación doctrinal de separar gestión y representación no es unánimemente aceptada por toda la doctrina por considerarse que administración y representación no son actividades totalmente diferenciadas. Así, por ejemplo, el profesor SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, entiende que la administración llevaría “normal y naturalmente” la representación. Añade el citado autor que es necesaria una revisión de la distinción entre administración y representación ya que si bien tiene cierto valor, no debe plantearse como una separación sustancial. Además, en todo caso, el administrador “no representante” debería ser considerado como un administrador con facultades mermadas porque el estado natural del administrador es el que no tiene

---

<sup>624</sup> Capítulo I, I B.

<sup>625</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>626</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación”, en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 306 y 307; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 23 y ss; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 357; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 99. Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 348, define la representación como “manifestación de la voluntad de la sociedad frente a terceros con efectos vinculantes para aquella”.

<sup>627</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 76 y “La delegación...”, *op. cit.*, p. 101

<sup>628</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 478

restringida tal facultad de representación al ser ésta una parte de la función de administrar<sup>629</sup>.

Por tanto, es opinión de parte de la doctrina<sup>630</sup> el que “la única función del órgano de administración es la función de administrar, entendida en el sentido más amplio que incluye las funciones de dirección de la política general, de gestión, de representación (...)”. Y el objetivo de la función de administrar así considerada, sería la consecución del objeto social. “Aceptando esta premisa, la representación consiste en uno de los elementos integrantes de la administración”.

Del mismo modo, conviene también recordar que, como principio general, son facultades delegables las facultades de gestión (no de organización<sup>631</sup>, en cuanto que éstas deben ser desarrolladas necesariamente por el órgano de administración social), las de representación<sup>632</sup>, y aquellas otras que la Ley o los estatutos no hayan atribuido a otros órganos sociales<sup>633</sup>. En la práctica, lo normal es que los delegados tengan conferidas facultades de representación y de gestión, sea con limitaciones, sea con carácter general, teniendo atribuidas en este segundo caso “todas las facultades legal y estatutariamente delegables” (art. 149.3 RRM). En estos casos, hablamos de representación orgánica. Sin embargo, los órganos legales de representación

---

<sup>629</sup> “Sobre la distinción...”, *op. cit.*, p. 48

<sup>630</sup> En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss y bibliografía allí citada.

<sup>631</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 82; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.* 1763; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 102; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 102; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 480 y 481.

<sup>632</sup> IGLESIAS PRADA, *La administración...*, *op. cit.*, p. 195; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 81; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1761; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 478 y ss.; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1827; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 248; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 481.

<sup>633</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 480 y 483.

social, dentro de los cuales incluimos a los delegados<sup>634</sup>, no agotan las posibles

---

<sup>634</sup> La posibilidad de confiar a los delegados la representación de la sociedad se admite por la doctrina española sin discusión. Así, entre otras, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 92 y 109 y ss; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 369 y ss. En el ámbito del Derecho comparado también ocurre así. Por ejemplo, en el Derecho italiano de sociedades, corresponde al órgano de administración, independientemente de la modalidad que se adopte, 1º. Lo que la doctrina denomina “*potere gestorio*” y que, como sabemos, se ejerce en exclusiva por los administradores (art. 2380 *bis*, 1º). En este sentido, CAMPOBASSO, *Manuale...op. cit.*, p. 230 y PESCATORE, “*L’impresa capitalistica...*”, *op. cit.*, p.322). Por tanto, los administradores tendrán la exclusiva competencia y responsabilidad por la gestión de la sociedad. 2º. La otra de las funciones de las que están investidos por ley los administradores es la de la representación de la sociedad frente a terceros, *potere di rappresentanza*, que implica el poder de manifestar la voluntad social –determinada en la asamblea o en el mismo órgano administrativo- al exterior. En todo caso, el poder de representación atribuido a los administradores por los estatutos o por la deliberación de nombramiento es general. Las limitaciones al mismo que resulten de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no son oponibles a terceros, aunque hayan sido publicadas, salvo que se pruebe que estos han actuado intencionadamente para causar un daño a la sociedad (art. 2384). V. Parte Primera, Capítulo I, II, B, b. En el caso del Derecho francés, si se opta por el sistema de administración consistente en la existencia de un Consejo de administración y de una dirección general (arts. L. 225-17 a 225- 56 *Code de Commerce*), será el Director general quien tendrá los más amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad, teniendo como lógicos límites el objeto social y los poderes que la ley atribuye expresamente a la Junta y al Consejo. Si se opta por el otro sistema de administración social, Directorio y Consejo de supervisión (arts. L. 225- 57 a 225-93), el Directorio está investido de amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, aunque con los límites ya conocidos del objeto social y de las atribuciones que la ley conceda al Consejo de supervisión o a la asamblea de accionistas. La representación de la sociedad, en estos casos, corresponderá al presidente del directorio o, en su caso, al director general único. No obstante, los estatutos podrán habilitar al Consejo de supervisión para que atribuya el poder de representación a uno o varios de los demás miembros del Directorio, que entonces ostentarán el título de Director General. V. Parte Primera, Capítulo I, II, C d. En el caso del Derecho alemán de sociedades la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde al *Vorstand* o Dirección, sin que sean eficaces frente a terceros las limitaciones que puedan establecerse a este poder. No obstante, en la práctica es frecuente que los estatutos contengan fórmulas de representación individual o conjunta por dos personas, derogando el principio de la representación colegial (arts. 78 y 82 *AktG*). El *Vorstand* se encarga de la gestión y representación de la sociedad bajo su propia responsabilidad (representación que, en principio, se ejercerá de manera mancomunada aunque los estatutos pueden prever que la asuman uno o varios de sus miembros). V. Parte Primera, Capítulo I, II, D. Finalmente, por lo que se refiere al Derecho portugués, también habrá que estar a los dos sistemas de organización de la administración previstos en el *Código das Sociedades Comerciais*, para determinar a quién corresponde la representación de la sociedad. En uno de ellos, constituido por un Consejo de administración y un Consejo fiscal (Sección 1ª y 2ª -arts. 390 a 423 A), corresponde al Consejo de administración, por un lado, dirigir las actividades de la sociedad debiendo subordinarse a las deliberaciones de los accionistas o a las intervenciones del Consejo fiscal en los casos en que la Ley o el contrato de sociedad lo determinen. Y, por otro, la

fórmulas de exteriorización de la voluntad de la persona jurídica sociedad, sino que la representación voluntaria complementa la actividad representativa externa de la sociedad<sup>635</sup>. Por ello, dentro del estudio de la representación de la sociedad vamos a diferenciar, y a estudiar por separado, la representación orgánica, de un lado, y, de otro, la representación voluntaria. Como tendremos ocasión de comprobar con posterioridad la representación orgánica se caracteriza frente a la voluntaria, por razón de la falta de alteridad entre representante y representado, por tener carácter necesario frente al carácter potestativo del apoderamiento, y por un contenido típico de facultades, indisponible y sólo limitable con efectos internos.

Por otro lado, hay que advertir que, entre las principales diferencias que existen entre delegación (delegados) y apoderamiento (apoderados), destaca el carácter orgánico que reviste la representación conferida al Consejero delegado, pues, como ya hemos visto, se configura como un órgano social, en

---

representación de la sociedad (art. 405). Los poderes de representación del Consejo de administración son ejercidos conjuntamente por los administradores, quedando la sociedad vinculada por los negocios jurídicos concluidos por la mayoría de los administradores o por ellos ratificados, o por un número menor de éstos fijado en el contrato de sociedad. No obstante, el contrato de sociedad puede disponer que ésta quede también vinculada por los negocios celebrados por uno o más administradores delegados dentro de los límites de la delegación (art. 408). Los actos realizados por los administradores, en nombre de la sociedad y dentro de los poderes que la ley les confiere, la vinculan para con terceros, no obstante las limitaciones constantes en el contrato o resultantes de deliberaciones de los accionistas, lo mismo que si tales limitaciones están publicadas. La sociedad puede, en tanto, oponer a terceros las limitaciones de poderes resultantes de su objeto social, si prueba que el tercero sabía o no podía ignorar que el acto practicado no respetaba esa cláusula y si, entre tanto, la sociedad no lo asume, por deliberación expresa o tácita de los accionistas (art. 409). En el otro, formado por una Dirección, un Consejo general y un Revisor de cuentas (Sección 3ª, 4ª y 5ª – arts. 424 a 446-) corresponde a la Dirección dirigir las actividades de la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 442. 1. Del mismo modo, la Dirección tiene amplios poderes de representación de la sociedad frente a terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 441, línea c). A los poderes de gestión y de representación de los Directores resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 406 a 409, con las modificaciones impuestas por la competencia atribuida en la ley al Consejo general. V. Parte Primera, Capítulo I, II, E.

<sup>635</sup> En este sentido, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp 144 y 145 e IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 335. V. también ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 611.

contraposición a la representación meramente voluntaria del apoderado. En cualquier caso, ambos supuestos se recogen (indirectamente) el art. 141. 1 LSA ya que se refiere a la posibilidad que tiene la sociedad de nombrar representantes voluntarios junto a la facultad de delegación. Desde un punto de vista sistemático, sin embargo, algún sector doctrinal no considera muy acertada esta circunstancia, no solo por la diferencia que existe entre la delegación y la representación, sino también porque el delegado es un órgano social que vincula a la sociedad en cuanto que manifiesta su voluntad (por lo que se dice que es un representante orgánico), mientras que el apoderado, que carece de la condición de órgano social, al manifestar su propia voluntad vincula a la sociedad dentro del ámbito querido por ésta<sup>636</sup>.

También la jurisprudencia pone de manifiesto la distinción que existe entre uno y otro tipo de representación. Entre otras, la S.S.T.S. de 22 de junio de 1979, de 19 de enero de 2000 y de 14 de marzo de 2002 y la Resoluciones de 4 de marzo de 1985 y de 26 y 28 de febrero de 1991, entre otras.

No obstante, a propósito de la distinción entre la representación orgánica y la voluntaria, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1979, 16 de julio de 1984 y 9 de junio de 1986 ponen de manifiesto que “aunque la distinción es evidente en el plano teórico y conceptual, no aparece reflejada con la nitidez debida en la realidad cotidiana, e incluso en las propias normas legales, en donde con diferentes denominaciones, introducidas por la práctica, se entremezclan una y otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo que hay que tratar de evitar, para que resulten claramente delimitada ambas figuras, y puedan aplicarse a

---

<sup>636</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op.cit.*, p. 502. No obstante, el TS, en las Sentencia de 30 de mayo de 1995 establece que, cuando el cargo de Director gerente está previsto y regulado en los estatutos, el mismo es considerado como un órgano de administración. También se refiere a la condición del Director general como órgano en la Sentencia de 20 de octubre de 1998.

una y a otra las normas legales que le son propias -las especiales de la Ley de Sociedades Anónimas para los administradores y las propias de la representación para quienes actúen como apoderados-”.

Para terminar con esta introducción, debemos dejar claro que el órgano de administración es el único órgano externo de la sociedad<sup>637</sup>, a través del cual ésta actúa, distinguiéndose así de los posibles representantes voluntarios, que no son órgano social.

#### **A. REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: TITULARIDAD Y ÁMBITO.**

Como acabamos de decir, entre las principales diferencias que existen entre la delegación de facultades (órganos delegados) y el apoderamiento a cualquier persona (apoderados), destaca el carácter orgánico que reviste la representación conferida al delegado, pues, como ya hemos visto, se configura como un órgano social, en contraposición a la representación meramente voluntaria del apoderado.

El delegado ostenta la representación orgánica en virtud de su condición de miembro del Consejo y, por tanto, del órgano de administración. La representación orgánica “constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación <<alieno nomine>>, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del

---

<sup>637</sup> En este sentido se pronuncia reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. V., la Resolución de 6 de diciembre de 1954.

órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social”. En este sentido se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1994, de 30 de diciembre de 1996, y de 24 de noviembre de 1998. A todas ellas se refiere, también, la Resolución de 27 de febrero de 2003. En resumen, lo que estas Resoluciones nos vienen a decir con esta definición de la representación orgánica es que en la representación orgánica es la sociedad misma la que actúa y queda obligada, si bien, debe hacerlo mediante representantes investidos de tal poder por el cargo que ostentan en la sociedad. En este caso, el delegado es un órgano social que vincula a la sociedad en cuanto que manifiesta su voluntad, por lo que se dice que es un representante orgánico de la misma con un ámbito de poder frente a terceros determinado por la Ley.

No obstante, la representación de la sociedad, también en el caso de que se atribuya a los delegados, plantea fundamentalmente dos problemas:

- 1º. El relativo a la titularidad del poder de representación.
- 2º. El relativo al ámbito del poder de representación.

Por lo que se refiere a la titularidad del poder de representación, el art. 128 del TRLSA dispone que la representación de la sociedad en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos<sup>638</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 h)

---

<sup>638</sup> La LSA de 1951 establecía en el párrafo primero del art. 76 que existiendo Consejo de administración se le atribuía necesariamente la representación de la sociedad. Para las sociedades con una estructura de administración diferente la representación se regiría por lo dispuesto en los estatutos y en los acuerdos de la Junta General. Con la Ley 19/1989, de 25 de julio se produce una importante reforma en nuestro derecho societario (con miras a su adaptación al Derecho comunitario) y, en este sentido, se suprime la atribución legal expresa de la representación al

TRLSA<sup>639</sup> y art. 124.2 RRM<sup>640</sup>, en los estatutos se hará constar a qué administradores se confiere el poder de representación. Centrándonos en el contenido del apartado 2 del art. 124 la letra d) dispone que en el supuesto de Consejo de administración “el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación, además, a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.

Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación”<sup>641</sup>.

---

Consejo de administración. En el Reglamento de la SE se atribuye la gestión, para el sistema monista al “órgano de administración”, y para el sistema dualista al “órgano de dirección”. En los dos casos, el respectivo órgano asumirá íntegramente la gestión de la SE, si bien “todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más Consejeros delegados” (arts. 39. 1 y 43.1). Se trataría, a pesar del término delegación de la atribución estatutaria de la representación, de forma que no correspondería al órgano de gestión la iniciativa.

Según el art. 110 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores. Con posterioridad, establece las reglas por las que ha de regirse la atribución a los administradores del poder de representación. En el caso de Consejo de administración, el poder de representación corresponderá al propio Consejo que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos o el propio Consejo podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. La delegación permanente de facultades comprenderá necesariamente el poder de representación. Si son varios los delegados, se indicará el régimen de su actuación.

<sup>639</sup> En concreto, el art. 9 establece que “En los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar: h) La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación así como su régimen de actuación (...)”.

<sup>640</sup> Desaparece de este artículo del Reglamento la letra e) que preveía otra modalidad de atribución del poder de representación consistente en la denominada delegación obligatoria.

<sup>641</sup> En relación a este segundo párrafo, las combinaciones que pueden hacerse y la forma de estructurar el Consejo de administración son varias: pueden coexistir las figuras de Consejero delegado representante de la sociedad, y/o un miembro o miembros del Consejo con facultades representativas y/o una Comisión ejecutiva que tenga también facultades representativas o solamente las que tenga su titular, pudiendo actuar a título individual o conjunto. En este sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 99. También sobre este particular, *v.*, entre otros, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1765;

Por tanto, de acuerdo con el contenido del precepto que comentamos, en caso de que exista Consejo de administración y de que éste haya delegado sus facultades de representación en un órgano delegado se presume que éste, el Consejo, seguirá siendo titular del poder de representación, sin que pierda esas atribuciones al disponer de una competencia concurrente. En definitiva, eso quiere decir que el Consejo de administración, en ningún caso, quedará privado del poder de representación<sup>642</sup>.

No obstante, este precepto, en su redacción de 1989, planteaba problemas de interpretación, pues, tras afirmar que “el poder de representación corresponde al propio Consejo que actuará colegiadamente” reconocía que, “no obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios de sus miembros del Consejo a título individual o conjunto”. El problema que se planteaba era si esa redacción permitía disociar los poderes de gestión y de representación del Consejo, en el sentido de que la atribución estatutaria del poder de representación a determinados administradores comportaba la sustracción de la representación atribuida al Consejo, colegiadamente, por la misma norma, limitando así las funciones del Consejo

---

RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 356 y ss; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 486 y 487.

<sup>642</sup> V., en este sentido, conforme al Reglamento anterior con base en la expresión “no obstante”, ARANGUREN URRIZA F. J., /FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: poder orgánico y apoderamiento”, *A.A.M.N.*, t. XXX, vol. II, 1991, p. 296; CACHÓN BLANCO, J. E., “Notas sobre los sistemas de administración y representación de la sociedad anónima”, *La hoja Mercantil*, nº 1, 1992, p. 4; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 103. Bajo el nuevo RRM, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 611 (nota 445), quien opina que “la delegación no priva al Consejo del poder mismo que delega, por ser este atribuido legalmente, sin que se lo pueda enajenar. Conserva por tanto el poder de representación el Consejo de Administración, en igual extensión y en concurrencia con el delegado”; ESTEBAN VELASCO, “Modalidades de atribución...”, *op. cit.*, pp. 320 y 321, que, sin embargo añade que no atenta contra la posición orgánica del delegante que, en el ámbito de la representación se establezca la competencia de actuación representativa exclusiva de los delegados; LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 94 y *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 98; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1765; RUANO BORELLA, J.P., “Esquema del órgano de administración de las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996”, *R.C.D.I.*, nº 638, enero-febrero, 1997, p. 1824.

al ejercicio de las facultades de gestión. El problema ha sido resuelto introduciendo el adverbio “además”, en el sentido de que a pesar de corresponder el poder de representación al Consejo, los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto<sup>643</sup>. De esta manera, el art. 124.2 d) permite una atribución subjetiva y estatutaria del poder de representación orgánica conferido legalmente a los administradores (en este caso Consejo de administración) en el art. 128 TRLSA<sup>644</sup>.

Respecto al ámbito de la representación orgánica que corresponde al Consejo y en concreto al Consejero delegado, el principal problema que se plantea se centra en la eficacia frente a terceros de la limitación de dichas facultades de representación.

El art. 149. 3 RRM dispone que “el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores”<sup>645</sup>. De este modo, para conocer el ámbito de representación que ostenta el Consejero delegado debemos partir del análisis del art. 129 TRLSA que dicta, en materia de poder de representación de los administradores, una disciplina más amplia

---

<sup>643</sup> V., sobre este punto, CASERO MEJÍAS, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 80.

<sup>644</sup> POLO SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, pp. 9121 y ss. Sostiene, en concreto, el citado autor que en su opinión el poder de representación recae tanto en el órgano, como en aquellos miembros del mismo designados en los estatutos, ya que lo que el artículo 124.2 d) del RRM permite es una atribución subjetiva y estatutaria del poder de representación, pero no una sustracción, asimismo estatutaria del poder de representación orgánica conferido legalmente a los administradores en el art. 128 de la LSA. En el mismo sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.* p. 94; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento de apoderado...”, *op. cit.*, p. 2039.

<sup>645</sup> Como pone de relieve RUANO BORRELLA, “Esquema del órgano...”, *op. cit.*, p. 126, “la determinación de las facultades que se delegan a que se refiere este mismo art. 149, en sus párrafos anteriores, no hay que entenderlo aplicable al poder de representación sino a las facultades de gestión”.

que la que contenía el derogado art. 76 LSA de 1951<sup>646</sup>. Este artículo, el 76, en su párrafo 2 configuró para los administradores un sistema de representación cuyo contenido se extendía “en todo caso, a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”. Ello fue interpretado por la doctrina<sup>647</sup> y la jurisprudencia<sup>648</sup> en el sentido de identificar el giro o tráfico de la empresa con el objeto social fijado en los estatutos. Por tanto, el objeto social constituía el ámbito fijado para la actuación representativa de los administradores constituyendo un límite externo oponible frente a terceros<sup>649</sup>.

---

<sup>646</sup> Ello es consecuencia de la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento al Derecho comunitario de sociedades y, en concreto, al art. 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE. Como ponen de relieve RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ, “Jornadas...”, *op. cit.*, p. 129, el tema de la representación social, al margen de ser bastante complejo y debatido, es de obligada armonización, ya que fue objeto de regulación en el art. 9 de la Primera Directiva 69/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, dirigida a coordinar las garantías que se exigen a las sociedades de los Estados miembros a fin de proteger los intereses de los socios y de terceros.

En relación con el primer inciso del art. 76, PUIG SALELLAS, J. M., “El ámbito representativo del órgano de administración de las S.A”, *R.D.N.*, 1983, pp. 207 y ss, considera que el primer mismo atribuiría la representación al Consejo de administración sin ninguna clase de límite, mientras que el segundo párrafo determinaría el ámbito representativo en aquellos supuestos, previstos en el inciso segundo del párrafo anterior, en los que la organización estatutaria del sistema de representación fuera distinta de la colegiada. En contra de esta interpretación, POLO SÁNCHEZ, “Ámbito de representación...”, *op. cit.*, p. 849 (nota 4).

Por otro lado, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación sociedades anónimas”, *R.C.D.I.*, n° 598, mayo-junio, 1990, pp. 1074 y ss, critica la modificación el contenido del anterior artículo 76, por cuanto que considera que, aunque se pretende dar mayor seguridad al tráfico mercantil respecto a terceros que contraten con la sociedad, la redacción no ha sido excesivamente afortunada.

<sup>647</sup> Con alguna excepción, como la de BERGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 111, que identificaba esta expresión con el área puramente administrativa, sin que comprendiera actos de disposición, los cuales, para ser inscritos debían ser objeto de un previo juicio calificador.

<sup>648</sup> V. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17, 25 y 26 de abril de 1972, de 13 de abril de 1981, de 6 de septiembre de 1982 y de 31 de marzo de 1986 y S.T.S. de 24 de noviembre de 1989, entre otras. Por su parte, la S.T.S. de 2 de diciembre de 1970 pone de relieve que, ya bajo la vigencia de la Ley anterior, no era necesario que en la escritura de constitución o en los Estatutos se especificasen las distintas facultades representativas que se la conferían al órgano social, bastando la fórmula general de otorgársele la representación de la sociedad. En el mismo sentido, la Resolución de 4 de marzo de 1985.

<sup>649</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Representación de sociedades Mercantiles”, *R.D.N.*, 1967, pp. 236 y ss, considera que los actos complementarios o auxiliares tendentes a hacer posible o a facilitar el cumplimiento del objeto social, no son, en rigor, actos pertenecientes al

En cuanto a la eficacia frente a terceros de las limitaciones de las facultades de representación hay que decir que fue una cuestión ampliamente debatida bajo la vigencia de la anterior Ley de Sociedades Anónimas. Un sector de la doctrina<sup>650</sup> consideraba que los poderes de los delegados eran ilimitables y, por tanto, la sociedad quedaba vinculada por todos aquellos actos que no rebasaran el giro o tráfico de la empresa. Otro sector, sin embargo, estimó que eran válidamente oponibles frente a terceros las limitaciones a las facultades de representación delegadas basándose en el carácter constitutivo de la inscripción de la delegación y en el juego del principio de publicidad material<sup>651</sup>.

Estos problemas se han resuelto actualmente dada la redacción del art. 129 TRLSA.

---

giro o tráfico de la empresa, y, por tanto, están fuera del ámbito acotado por la Ley al poder representativo de los administradores. Sin embargo, nada se opone a que los estatutos o cláusulas sociales faculten a los administradores para el otorgamiento de actos de esta especie, siempre que guarden relación con el objeto social y sirvan para facilitar su ejecución. El poder de representación que la ley atribuye a los administradores sociales incluye un mínimo de facultades representativas pero no un máximo.

<sup>650</sup> CRISTÓBAL MONTES, *La administración...*, *op. cit.*, p. 171; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 137 y 138; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 353 y ss. V. también la S.T.S. de 24 de noviembre de 1989, según la cual, existe “un círculo mínimo de facultades que corresponden al órgano de administración (...) con la consecuencia de que cualquier limitación de tales facultades que se establezca en los estatutos o fuera de ellos será ineficaz respecto a tercero que contrate con los referidos órganos ya que tales limitaciones, caso de establecerse, solo tienen virtualidad en el ámbito de las relaciones internas entre administrador y sociedad, pero tal contenido mínimo e inderogable en las funciones representativas del órgano de administración, es eso, mínimo, y no obstaculiza, por lo tanto, que la sociedad lo amplíe a otras actividades o asuntos, en cuyo caso, tales facultades tendrán como fuente legitimadora los estatutos o acuerdos sociales y no el referido art. 76.2 de la ley (v. Resoluciones de 30 de enero de 1985, de 11 de octubre de 1983 y 14 de mayo de 1984) (...)”. ESTEBAN VELASCO, G., “La representación de la sociedad frente a terceros”, en *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la CEE*, dirigidos por GIRÓN TENA, Universidad, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1978, pp. 319 y ss; PUIG SALELLAS, “El ámbito representativo...”, *op. cit.*, pp. 220 y ss;

<sup>651</sup> GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 370.

El apartado 1 del citado artículo establece que “La representación de la sociedad se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos (...)”. El objeto social constituye, por tanto un ámbito mínimo e inderogable frente a terceros del poder de representación<sup>652</sup>. Así lo ha interpretado la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas Resoluciones<sup>653</sup>. Por otro lado, esta importancia del objeto social en la determinación del ámbito de la representación atribuida a los delegados, impone el análisis de qué actos están comprendidos en el objeto

<sup>652</sup> Pese a la valoración favorable que mereció la acotación del poder de representación en función del objeto social estatutario (en este sentido, POLO SÁNCHEZ, E., “Ámbito del poder de representación de los administradores de S.A y S.R.L. en el Proyecto de Ley de Reforma”, *R.J.C.*, nº 4, 1988, p. 869, resalta que se recoge el criterio mayoritario de la doctrina que, aunque no pacífico, resulta más objetivo que el del giro o tráfico de la empresa) se abre paso en un amplio sector de la doctrina la idea de eliminar toda referencia al objeto social en materia de poder de representación. Así, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., “Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital”, en AA.VV., coord. por ALONSO UREBA, A./ CHICO ORTÍZ, J.M./LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, p. 34; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 317.

En el ámbito del Derecho italiano se ha producido un cambio en este sentido, de forma que, con anterioridad a la reforma del derecho societario, los administradores que ostentaban la representación de la sociedad podían ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social, salvo las limitaciones que estableciesen la ley o el acto constitutivo. Éstas últimas así como las limitaciones establecidas en los estatutos no eran oponibles a terceros salvo que se probase que éstos intencionadamente habían causado un daño a la sociedad (art. 2384). Los actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad que excediesen del objeto social no eran tampoco oponibles a terceros de buena fe (art. 2384 bis). En la actualidad, se ha eliminado la referencia al objeto social como límite de la actuación de los administradores. La innovación se explica en cuanto se considera más propio que los administradores estén vinculados por todos los actos que entran dentro de la gestión de la empresa. De esta manera, los actos llevados a cabo por los administradores obligan a la sociedad con respecto a terceros, a menos que excedan los poderes de gestión que la ley les confiere. V. SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto...*, *op. cit.*, p. 59. V. Parte Primera, Capítulo I, II, B, b.

<sup>653</sup> V., por todas, la Resolución de 25 de abril de 1997, que sostiene que “la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo del ámbito de facultades representativas del órgano gestor”. En el mismo sentido, ARANGUREN URRIZA, F./FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, A., “La representación de la Sociedad Anónima”, en AA.VV. dir. por GARRIDO DE PALMA, V. M., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 176 y 177. Según estos autores, el objeto social se constituye en límite máximo y mínimo de la actuación de los administradores, que responderán frente a la sociedad de los límites internos transgredidos.

social, qué actos son ajenos o contrarios al mismo y los llamados actos neutros.

Por lo que se refiere a los actos comprendidos en el objeto social, el art. 117 RRM incluye como mención estatutaria mínima la de las actividades que se integran en el objeto social, añadiendo el apartado 2 que “no podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él”, y en el apartado 3 que no podrán incluirse como parte del objeto “la realización de cualesquiera actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado”. En cualquier caso, una vez determinada la actividad principal, se pueden añadir, como objeto social, otras actividades complementarias (incluso con fórmulas genéricas), relacionadas con la anterior. En este sentido, la R.D.G.R.N. de 1 de diciembre de 1982 admite la inclusión en el objeto social de actividades subordinadas a la actividad principal. Por otro lado, las actividades constitutivas del objeto no requieren una relación entre sí de conexión o complementariedad, estando admitidas y siendo frecuentes las listas de actividades heterogéneas.

En relación a los actos neutros o polivalentes, las actividades incluidas en el objeto requieren la realización de actos y contratos por parte del órgano de administración. El acto o contrato será polivalente, es decir, podrá servir a una pluralidad de fines o propósitos, de forma que el propósito o fin real del mismo, sólo se pondrá de manifiesto cuando el acto o contrato produzca un determinado resultado. En este sentido, se dice que el acto es neutro. La Resolución de 3 octubre de 1994 estima procedente la inscripción no sólo de actos de desarrollo o ejecución del objeto social y de los complementarios o auxiliares<sup>654</sup>, sino también de los llamados “neutros” o “polivalentes”. Es decir, en el ámbito del poder de representación de los administradores están

---

<sup>654</sup> A este tipo de actividades se refieren, en concreto, las Resoluciones de 16 de marzo de 1990 (citada, en el mismo sentido por las Resoluciones de 11 de diciembre de 2000 y de 19 de abril de 2000) y 20 de diciembre de 1990.

incluidos “los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo sino los claramente contradictorios o denegatorios del mismo”. En el mismo sentido, las S.S.T.S. de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, de 12 de mayo de 1989 (cuyo texto se reitera por la Resolución de 16 de mayo de 1989) y de 10 de mayo de 1999. Y ello, por entender (continúa la Resolución de 3 de octubre de 1984) que “es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en ese ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos -sólo conocidos por el administrador- participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto social) hasta el punto de que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante”. Tal doctrina coincide con la de la Resolución de 11 de noviembre de 1991.

Por el contrario, la S.T.S. de 10 de julio de 1987, sienta una doctrina restrictiva en las facultades de los administradores que no coincide con la posición normalmente aceptada y que consiste en afirmar que los administradores sólo están facultados para realizar las operaciones propias del giro o tráfico de la empresa (objeto social) y las que con ella se relacionan, pero no para realizar operaciones cuyo interés es ajeno a la sociedad. No obstante, sostiene CARRERA GIRAL, que ellos se debe a que el supuesto de

hecho de la Sentencia se refiere a una sociedad anónima muy específica como es una Compañía de Seguros<sup>655</sup>.

Finalmente, la DGRN se refiere a actos inequívocamente contradictorios (Resolución de 3 de octubre de 1994) o “claramente contrarios” (Resolución de 2 de octubre de 1981), cuando estamos en presencia de actos que evidentemente carecen de cualquier “instrumentalizador potencial” al objeto social.

En resumen, es doctrina consagrada en la Jurisprudencia del TS y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo de los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también de los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos a dicho objeto, sino los claramente contrarios a él esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo; y ello, sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente, si su actuación estuviese desconectada del objeto social, o incluso la anulación de sus actos si concurrían los requisitos necesarios. (v. Resoluciones de 11 de marzo de 1992 y de 8 de junio de 1992. También se refiere a la posibilidad de exigir responsabilidades para el caso de extralimitación en su actuación por lo administradores la STS de 27 de junio de 1996, que cita la mayoría de las Resoluciones y Sentencias que hemos comentado en este lugar).

Continuando con el análisis del art. 129 LSA, el apartado 2 del mismo, se refiere a la vinculación de la sociedad frente a terceros no sólo por los actos

---

<sup>655</sup> *La Ley de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, p. 1009.

comprendidos en el objeto social sino frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave por los actos extraños al mismo. En concreto, afirma que “La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”<sup>656</sup>. Es decir, frente a terceros de buena fe la sociedad quedará vinculada por los actos de los administradores, incluso si son actos ajenos al objeto social.

Sin embargo, hay autores que niegan la vinculación de la sociedad respecto de actos que claramente están fuera del objeto social<sup>657</sup>.

Por lo que se refiere a las limitaciones de la facultad de representación se impone la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación a la misma, que no sea una limitación legal, aunque esté inscrita en el Registro Mercantil. Así, el mismo art. 129.1 dispone que “Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”. Es decir, es posible imponer limitaciones al poder de representación de los administradores, e incluso éstas pueden figurar inscritas, pero únicamente van a afectar a la esfera interna o de actuación lícita de los administradores. En ningún caso podrán se opuestas a

---

<sup>656</sup> La aportación fundamental en este punto de la Ley de reforma de nuestro derecho societario (y que procede directamente del contenido del art. 9. 2 de la Primera Directiva, en virtud del cual “las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad que resultaren de los Estatutos o de una decisión de los órganos competentes son siempre inoponibles a terceros, incluso si son publicados”) fue, o ha sido, la ampliación de la tutela del tercero de buena fe, por cuanto frente a él la sociedad no podrá oponer el acto ajeno al objeto social, quedando vinculada por cualquier acto de su órgano de administración, tanto si se incluye dentro del objeto social como si se da fuera del mismo.

<sup>657</sup> Así ÁVILA NAVARRO, P., “La Sociedad ante El Registro de la Propiedad”, *R.C.D.I.*, nº 599, julio-agosto, 1990, p. 108 (el mismo artículo ha sido objeto de publicación en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Tomo II, Madrid, 1991, pp. 271 y ss) y “El ámbito del poder de los administradores en la sociedad anónima”, *R.C.D.I.*, nº 606, septiembre-octubre, 1991, pp. 1918 a 1925.

terceros. Conviene advertir, sin embargo, que en este punto la Primera Directiva comunitaria no es tan rígida como la LSA en cuanto que excluye expresamente del principio de no oponibilidad los llamados límites legales. El silencio de nuestra Ley al respecto podría hacer pensar que en Derecho español no serán oponibles ni siquiera los límites derivados de la Ley<sup>658</sup>.

En todo caso, conviene dejar claro que el objeto social funciona como límite externo del poder, de forma que fuera del objeto social el administrador actúa “sin poder”, y el acto es ineficaz, por exceder del acto de la competencia del órgano, sin perjuicio de la obligación *ex lege* impuesta por la norma de protección de terceros de buena fe<sup>659</sup>. Cualquier acto no comprendido en el objeto social debería ser autorizado por la Junta General<sup>660</sup>.

En definitiva, de los arts. 129 TRLSA y 149.3 RRM se deduce que el ámbito de representación<sup>661</sup> de los delegados se configura con un contenido legal típico e inderogable, que no puede ser modificado ni por los estatutos ni por el Consejo de administración, de manera que cualquier limitación de las facultades de representación entre los cargos delegados tendrá eficacia meramente interna y no serán oponibles frente a terceros, quienes podrán

---

<sup>658</sup> En este sentido, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 181, lamenta que no se haya formulado en nuestra Ley la salvedad de la norma comunitaria sobre los límites legales del poder. V., también, POLO SÁNCHEZ, “Ámbito del poder...”, *op. cit.*, pp. 874 a 876.

<sup>659</sup> SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, p. 235.

<sup>660</sup> En este sentido, ÁVILA NAVARRO, “El ámbito del poder...”, *op. cit.*, p. 1920. Por su parte, el TS ha admitido, desde la Sentencia de 5 de noviembre de 1959 la posibilidad de actuación de las sociedades fuera del objeto social.

<sup>661</sup> En relación al ámbito del poder de representación, el art. 111 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles establece que los actos realizados por los administradores con poder de representación, estén o no incluidos en el objeto social, obligan a la sociedad frente a terceros, a menos que el propio Código atribuya tales actos a la competencia de otros órganos. Cualquier delimitación al poder de representación de los administradores aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. En ningún caso quedará obligada la sociedad con los terceros que hubieran actuado en fraude o mala fe en perjuicio de la sociedad.

desconocerlas<sup>662</sup> aunque las mismas hayan trascendido al Registro. Por ello, podemos concluir afirmando que el poder de representación se delega en su integridad. Sin embargo, es posible ampliar estatutariamente las facultades de representación del administrador. Estas facultades, tendrán como fuente legitimadora los estatutos o los acuerdos sociales y no el art. 129 (en este sentido, v. R.D.G.R.N. de 30 de enero de 1985 y las S.S.T.S. de 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989).

## **B. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: TITULARIDAD Y ÁMBITO.**

El art. 141.1 *in fine* reconoce al Consejo de administración la facultad de conferir apoderamientos a cualquier persona<sup>663</sup>, facultad, por otro lado, reconocida a todo comerciante por el art. 281 Ccom para “constituir apoderados o mandatarios generales o singulares”. No obstante, los apoderados ni tienen la naturaleza de órganos sociales ni son parte del mismo<sup>664</sup>. Representan a la sociedad en virtud de los poderes conferidos por ésta, de ahí su consideración como representantes voluntarios de la misma. La representación voluntaria, a diferencia de la representación orgánica, “se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para con éste último (heteroeficacia), por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera: Su utilización, de carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se

---

<sup>662</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 497; ESTEBAN VELASCO, “Modalidades...”, *op. cit.*, p. 320; LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 94; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1765; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 481 y 482; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, pp. 104 y 105; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1834; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 486.

<sup>663</sup> Conviene recordar en este punto la crítica del profesor SÁNCHEZ CALERO al contenido del art. 141.1 TRLSA a que ya nos hemos referido en otro lugar de este trabajo (Parte Segunda, Capítulo III, II, A).

<sup>664</sup> Sobre este punto, v., la Resolución de 26 de febrero de 1991.

somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto”. En este sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1994, de 30 de diciembre de 1996 y de 24 de noviembre de 1998. A todas ellas se refiere, también, la Resolución de 27 de febrero de 2003.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, las diferencias entre la representación orgánica y la representación voluntaria son evidentes (v., entre otras, las Resoluciones de 31 de marzo de 1979, 16 de julio de 1984, 4 de octubre de 1985, 9 de junio de 1986 y la S.S.T.S. de 22 de junio de 1979 y de 14 de marzo de 2002) y, por ello, dan pie a algunos autores a considerar admisible la acumulación o concurrencia de ambos cargos, delegado y apoderado<sup>665</sup>. Sin embargo, no es posible admitir la validez de una disposición de los estatutos que atribuye el carácter de apoderamiento a cualquier delegación que se realice en el seno del Consejo. En este sentido se pronuncia la R.D.G.R.N. de 5 de marzo de 1997.

Centrándonos en la representación voluntaria y, en concreto, en el apoderamiento como fuente de la misma, éste tiene la función de autorizar al apoderado legitimándolo para llevar a cabo frente a terceros y en nombre del poderdante una actuación cuyos efectos son asumidos por éste en razón del mismo apoderamiento. Por tanto, podemos decir que los apoderamientos constituyen un nuevo instrumento en el ámbito de la representación de la sociedad.

Como ya hemos comentado, el Consejo de administración puede conferir apoderamientos a cualquier persona, facultad reconocida a todo

---

<sup>665</sup> Nos remitimos, en este punto, al último Capítulo de esta Segunda Parte.

comerciante por el art. 281 Ccom para “constituir apoderados o mandatarios generales o singulares”<sup>666</sup>. Los apoderados pueden ser singulares o generales (“factor”), recibiendo en la práctica denominaciones muy diversas (Gerente<sup>667</sup>, Director General, Director Gerente, etc.) que aluden a sus respectivos ámbitos de actuación y competencia<sup>668</sup>. El hecho de que a estos cargos se les confiera la representación, amplia o con limitaciones, de la sociedad, determinará su configuración como factor<sup>669</sup>. Por su parte, la S.T.S. de 29 de octubre de 2001 sostiene que “el apoderado general o factor, también es designado como “gerente” en el art. 283 del Código de Comercio y cuando viene referido a entes societarios, recibe también la denominación de “director general”, sustituye al empresario, ya que realiza cuantas operaciones afectan a tal giro o tráfico de la empresa”.

No obstante lo dicho, opina POLO SÁNCHEZ no hay que confundir a los apoderados con los cargos de Director General, Director Gerente etc., aunque sea muy frecuente en la práctica que estos cargos sumen a su propio

---

<sup>666</sup> Así, entre otros, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 116; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2041; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1768; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 489; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 119; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 112; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 502.

<sup>667</sup> A la designación de Gerentes para los apoderados de la sociedad se refiere la R.D.G.R.N. de 13 de noviembre de 1995.

<sup>668</sup> En este sentido, sostiene SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 112 a 114, que normalmente se confía al director general la ejecución de las políticas aprobadas por el Consejo de administración y la realización de una serie de tareas técnicas como son la llevanza de la contabilidad y balances, la propuesta de mejoras o la vigilancia del desarrollo de los trabajos y servicios en la empresa a fin de corregir la desviación que se observe sobre lo planificado. Se trata, por tanto, de un poder general que faculta para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la empresa, sin perjuicio de su eventual limitación y con independencia del funcionamiento colegial del Consejo. Además del director general, pueden ser nombrados también uno o varios Directores técnicos. A estos corresponde la adopción de decisiones en materia de gestión ordinaria de la empresa en el marco de la política establecida por el Consejo de administración y el director general. Por último, el Consejo puede también conferir un apoderamiento a terceros para la realización de determinados negocios o actividades, siempre que no suponga una abdicación de sus funciones.

<sup>669</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 146.

cometido un apoderamiento general o singular de la sociedad para determinadas funciones<sup>670</sup>.

Respecto a los apoderados singulares, se admite sin dificultad que son los términos del poder los que configuran la amplitud y extensión de sus facultades. El problema se plantea en relación a los apoderados generales. En este sentido, son fundamentalmente dos las cuestiones debatidas:

1º. De un lado, cuál es la extensión de su poder

2º. De otro lado, la eficacia o ineficacia de las limitaciones del poder frente a terceros.

La primera de las cuestiones planteadas -la extensión del poder- ha sido resuelta en el sentido de entender que el poder de representación del factor se extiende sólo al giro o tráfico de la empresa. El factor, apoderado general, deberá estar dotado de un poder general para actuar en el giro o tráfico de la empresa<sup>671</sup>, pero no necesariamente de un poder general para desarrollar todas las actividades mercantiles (así se deduce de los arts. 281 y 283 Ccom). Resulta destacable, en este punto, la R.D.G.R.N. de 24 de octubre de 1986 que considera que debe tenerse en cuenta el carácter civil o mercantil de los poderes, ya que mientras que “el apoderamiento civil concebido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio, que deben ser normativamente indicados en el correspondiente instrumento (artículo 1713 del Código Civil)”, un poder general conferido en el ámbito mercantil incluye “toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento (artículos 281, 283, 284 y

---

<sup>670</sup> En este sentido se expresa POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 491. Añade, además, que en estos casos estamos ante una superposición de cargos –y, por tanto, de funciones- que puede darse también en los administradores singulares o miembros del Consejo de administración y en los cargos delegados.

<sup>671</sup> V. sobre el particular, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 133. También, la Resolución de 15 de mayo de 1990.

286 del Código de Comercio)”. Y ello es así aunque no se haya realizado una enumeración particularizada de cada uno de ellos, siempre y cuando no exista duda de que el acto en cuestión está incluido dentro del giro o tráfico normal de la empresa (v. Resolución de 14 de marzo de 1996).

En esta misma línea, la Resolución de 31 de marzo de 1979 señala que el gerente o factor de una empresa está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, dos han sido las opiniones mantenidas al respecto. No obstante, antes de entrar en el estudio de las mismas vamos a realizar unas breves consideraciones sobre la diferencia que existe entre el factor notorio y el factor con poderes inscritos, ya que ello nos facilitará el entendimiento de cada una de las posturas citadas.

La distinción entre esos dos factores (factor notorio y factor con poderes inscritos) era admitida por la doctrina mercantil clásica, que sostenía que la representación del factor podía traer su origen de un acto expreso o publicado (en este caso el factor sólo obligaba al principal en los términos del poder) o de un consentimiento tácito del principal apoyado en la notoriedad o fama pública adquirida por el factor como consecuencia de venir éste rigiendo el establecimiento a “ciencia y paciencia del señor sin el lo contradecir” (en estos casos el factor obligaba al principal en todos los asuntos propios del giro o tráfico de la empresa). Esta misma distinción se mantiene en el Código de Comercio. Así, el art. 286 se refiere al factor notorio<sup>672</sup>, y nos dice que “Los contratos celebrados por el factor de una establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o Sociedad

---

<sup>672</sup> Dice la S.T.S. de 22 de noviembre de 1994, que “es errónea la identificación entre la figura de Consejero-delegado de una sociedad anónima y la de factor notorio; éste es un colaborador del empresario, ligado a él por vínculos jurídicos de dependencia, mientras que aquél es un miembro integrante de un órgano de la persona jurídica, no hay tal dependencia entonces como la del factor”.

conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o Sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, trasgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que se aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos”. Por su parte, el art. 283 se refiere al factor con poderes inscritos, y establece que “El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección”.

Las dos posturas que existen en relación a la cuestión planteada son:

a. La ineficacia frente a terceros de las limitaciones establecidas al poder aun cuando se hallen inscritas en el Registro Mercantil. El fundamento para llegar a esta conclusión se encuentra en el art. 286 Ccom, dotando, pues, al art. 283 Ccom tan sólo de eficacia interna<sup>673</sup>.

b. La eficacia de las limitaciones. En este caso, el argumento para llegar a esta conclusión se encuentra igualmente en el art. 286 Ccom porque este precepto se refiere sólo y exclusivamente al factor notorio y no al factor con poderes inscritos. Por el contrario, el art. 283 permite la concesión al factor de más o menos facultades, sin que sea de aplicación a las sociedades mercantiles la rigidez e ilimitabilidad del poder contempladas para el factor notorio, en cuanto la inscripción de los poderes es obligatoria a tenor del art. 94.5 RRM<sup>674</sup>

---

<sup>673</sup> En este sentido, GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

<sup>674</sup> Opina AVILA NAVARRO, P., “La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad”, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1991, p. 289, que la inscripción de poderes en el Registro Mercantil no es constitutiva pero sí obligatoria y necesaria

y el art. 9.1 RRM permite oponer a terceros de buena fe desde su publicación en el BORME los actos sujetos a inscripción.

De esta manera, los apoderamientos que confiera el órgano de administración de la sociedad no pueden conformarse sobre la base de una configuración ilimitable de los mismos, sino que, siempre que estén inscritos en el Registro Mercantil (a lo que obliga el art. 94 RRM) habrá de estarse a las facultades conferidas en cada caso<sup>675</sup>. En consecuencia, en caso de apoderado general con poderes inscritos, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que al factor notorio, la ley le ha conferido un poder general comprensivo de todas las operaciones relativas al giro o tráfico de la empresa en defensa de los terceros que no pueden conocer el ámbito real de su poder<sup>676</sup>.

Es decir, la postura mantenida actualmente por la doctrina es la que distingue entre los casos en que las limitaciones constan en el Registro Mercantil y aquellos otros en los que, por no existir inscripción, vendría a

---

para la inscripción en el Registro Mercantil de los actos otorgados por el apoderado. En el mismo sentido, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1768 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 113 y ss. Por otro lado, como pone de manifiesto la R.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1992 “así como el nombramiento y separación de Administrador -representante orgánico de la sociedad- exige, según los arts. 141 y 147 del RRM, la aceptación del nombrado en el primer caso y notificación fehaciente en el segundo para que tales actos ingresen en el RM, cuando se trata de un supuesto de representación voluntaria las normas mercantiles no prevén tales formalidades -véase el art. 94.5º del mismo texto legal- y basta, en el caso de concesión de poder, con el mero acto unilateral de nombramiento para su inscripción, como pone de manifiesto la reiterada práctica mercantil”.

<sup>675</sup> Así, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 128; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2043; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 490 y 491; URÍA, *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 323. También consideran oponibles frente a terceros las limitaciones a los poderes de representación inscritos en el RM, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1769 y SALINAS ADELANTADO, “La problemática...”, *op. cit.*, p. 4990.

<sup>676</sup> Conforme con todas las ideas expuestas, ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, en AA.VV., coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, 8ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 280; ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), pp. 611 y 612; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 353.

aplicarse la conocida doctrina del “factor notorio” (art. 286 CCom), con la consiguiente ilimitación del poder frente a terceros<sup>677</sup>.

En definitiva, es posible establecer limitaciones al poder general porque poder general no significa poder ilimitado “sino poder extensivo a la generalidad de las operaciones propias del ejercicio de la empresa”<sup>678</sup>. Dice en este sentido la R.D.G.R.N. de 6 de septiembre de 1982 que “(...) el hecho de que el acto realizado por el apoderado se encuentre dentro de los comprendidos en el objeto social no supone en sí que se encuentre legalmente autorizado para poderlo hacer”.

---

<sup>677</sup> En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1351 y ss. Considera este autor que si se parte de una absoluta oponibilidad del RM, destructora de toda apariencia de distinta naturaleza, la solución ha de ser la indicada por nuestra doctrina mayoritaria actual. En consecuencia, se inclina esta interpretación por entender que, en el tráfico mercantil existe la presunción de que el factor goza del poder de representación adecuado a la función que ejerce en el seno de la empresa, si bien resulta posible, con la adecuada publicidad registral, destruir esa apariencia frente a quienes contratan con el factor. Junto con esta apreciación, se admite que las limitaciones susceptibles de ser eficazmente publicadas en el RM no pueden resultar de una tal envergadura que transformen el poder general en un apoderamiento singular. En suma, pues, parece que el efecto de oponibilidad de las limitaciones se producirá, en principio, en virtud de su inscripción en el Registro. El problema, entonces, deberá ceñirse a la posibilidad de si, frente a esa publicidad pueden destacarse algunos supuestos de apariencia extrarregistral en los que, a pesar de la finalidad del Registro, pueda confiar un tercero que no deje por ello de ser calificado de buena fe. Si aceptamos que las limitaciones al poder, en cuanto inscritas, resultan oponibles a los terceros de buena fe, la única posibilidad de que tales limitaciones no les perjudiquen pasa por defender que existan hechos de apariencia extrarregistrales en los que puedan ampararse, sin dejar de ser considerados de buena fe y, por tanto, dignos de protección frente al principal. En otras palabras, que pueda celebrar un negocio, por cuenta del principal, un sujeto no habilitado para ello y que aquél quede vinculado a pesar de que los términos reales del poder hayan sido hechos públicos, mediante la inscripción señalada en el apartado anterior. Finalmente añade que, aun cuando sean nítidas las diferencias conceptuales entre quienes defienden el carácter ilimitable del poder del factor y los que distinguen en función de la publicidad registral de las limitaciones, los resultados prácticos, siempre en caso de evidente pertenencia al giro o tráfico, no difieren excesivamente.

<sup>678</sup> URÍA, *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p.50. En sentido similar, ARANGUREN URRIZA/FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, “El poder de representación...”, *op. cit.*, p. 346.

Por tanto, al ser el apoderado un representante voluntario, su ámbito de representación no viene establecido imperativamente por la Ley (arts. 129 TRLSA y 149.3 RRM), sino que habrá que estar a los términos del poder que se le ha conferido (v., entre otras, la R.D.G.R.N. de 24 de abril de 1980). Y, en este sentido, es doctrina reiterada de la D.G.R.N. la de que “todo poder debe ser interpretado restrictivamente y con cuidado a fin de impedir que por averiguaciones más o menos aventuradas tenga lugar por parte del apoderado una extralimitación en las facultades que se le han confiado que ocasionen perjuicios a la Sociedad; y por eso, los funcionarios encargados de autorizar esta clase de escrituras deberán poner la máxima atención en la redacción de sus cláusulas para que aparezcan con indudable claridad y se reflejen bien los actos que puedan realizar, y los límites que en el apoderamiento han querido, en su caso, establecerse”. Así se pronuncian, entre otras, las Resoluciones de 29 de septiembre de 1983 y de 11 de octubre de 1983. En sentido parecido debemos citar también la Resolución de 14 de marzo de 1996, que añade que el hecho de que “el poder no pueda ser objeto de una interpretación extensiva por la cual se incluyan en él supuestos que no estuvieran previstos en sus propios términos (...) no significa que deba ser interpretado de forma restrictiva (dándole una amplitud menor de la prevenida en su texto), sino estricta; es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin limitaciones constituye su verdadero contenido (...)”.

En conclusión, mientras que el Consejero delegado es miembro del Consejo y ostenta la representación orgánica, siendo su poder de representación ilimitable frente a terceros en los términos del art. 129 TRLSA, el apoderado general es un auxiliar nombrado por el Consejo de administración, pero no ostenta la cualidad de administrador ni es representante necesario de la sociedad, sino voluntario, estando su poder de representación limitado frente a terceros a las facultades expresamente contenidas en el poder. En palabras de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, la

representación voluntaria, como resulta de su propia denominación, se confiere únicamente si quiere conferirse, en tanto que la representación orgánica constituye el único medio de expresión frente a terceros de la voluntad social. De aquí que mientras para la última sea muy conveniente la fijación de un mínimo, al menos, de facultades en el órgano, y al propio tiempo resulta aconsejable, por las razones antes expuestas, que la extensión de estas facultades se regule de un modo uniforme, la extensión de la representación voluntaria cuya existencia obedece solamente a razones ocasionales y transitorias, distintas en cada caso, deba dejarse a la discreción de quien quiera valerse de ella. No obstante, como el mismo autor pone de relieve, ello produce ciertos inconvenientes prácticos<sup>679</sup>.

Para terminar con esta cuestión, queda por hacer una brevísima referencia al tratamiento de esta cuestión en el Derecho comparado. Y nos limitaremos a comentar que, así como en el Derecho italiano<sup>680</sup> la figura del

---

<sup>679</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Representación...”, *op. cit.*, p. 246.

<sup>680</sup> En el ámbito del Derecho italiano, al igual que ocurre en el Derecho español admitida la delegación ésta está sometida a dos limitaciones. De las dos limitaciones nos interesa la primera que consiste en la exigencia de que la delegación recaiga sobre miembros del Consejo. En esta circunstancia radica la principal diferencia entre los delegados y los Directores generales, figura que se sigue regulando en el *Codice* de 1942, y a la que se equipara con los administradores en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, ya que según el art. 2396. Por el contrario, en cuanto a las facultades que se pueden conferir a los Directores existe una clara diferencia con las que se delegan a los administradores, necesariamente miembros del Consejo, ya que sólo a estos últimos es posible atribuirles funciones de administración en razón de esa posición de administradores. El cometido de los Directores, en cuanto dirigentes que desarrollan actividades de alta gestión (BORGIOI, A., *I direttori...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.), se circunscribe a lo que PESCE denomina “parte ejecutiva de las operaciones sociales” (*Amministrazione...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss). A ello, habría que añadir el poder de representación que corresponde a los Directores generales, poder de representación que es inherente a la naturaleza misma de los cometidos que se les atribuyen y que, por tanto, se ha de adaptar a la medida de aquellos (BORGIOI, *I direttori generali...*, *op. cit.*, pp 110 y ss.). En cualquier caso, los Directores generales se sitúan en el vértice de la jerarquía de trabajadores subordinados o dependientes de la sociedad (sus poderes son derivados -derivan de un contrato de trabajo- y no originarios) y operan en relación directa con los administradores, pero sin formar parte del órgano de administración. Por otro lado, nada impide que sea investido director general un administrador, un administrador delegado o, incluso el presidente del consejo de administración. Las dos relaciones pueden coexistir sin

Director general presenta unos contornos similares al derecho español, en el sentido de que no es considerado un órgano social, no ocurre lo mismo en otros de los ordenamientos estudiados. Este segundo sería el caso del Derecho francés<sup>681</sup> y del Derecho portugués<sup>682</sup>, donde la figura aparece como un órgano de la sociedad que puede asumir la administración de la misma. La principal

---

interferencia. La acumulación no es posible, por el contrario, en el caso del administrador único. Por otro lado, los Directores generales pueden formar un órgano colegial denominado “*direzione generale*” o “*comitato di direzione*” (En este sentido, BORGIOI, *I direttori generali...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss ).

<sup>681</sup> En el caso del Derecho francés, si se opta por el sistema de administración que consiste en un Consejo de administración y una a dirección general, ésta podrá ser asumida bien por el presidente del Consejo de administración, bien por otra persona física nombrada por el Consejo y que ostentará el título de director general. Además, a propuesta del director general, el Consejo podrá nombrar a una o varias personas físicas encargadas de asistir al director general, con el título de director general delegado. El director general tendrá los más amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad, teniendo como lógicos límites el objeto social y los poderes que la ley atribuye expresamente a la Junta y al Consejo. Por su parte, en el otro sistema de administración posible para las sociedades anónimas francesas, existe un Directorio y un Consejo de supervisión. Si se opta por este sistema, la dirección de la sociedad estará encomendada al Directorio, compuesto por un máximo de 5 miembros, o de 7 si se trata de una sociedad cotizada, (órgano que puede ser unipersonal en el caso de sociedades con capital inferior a 150000 euros). Cuando una sola persona ejerza las funciones destinadas al directorio, adoptará el título de director general único. Como en el caso anterior, el Directorio está investido de amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, aunque con los límites ya conocidos del objeto social y de las atribuciones que la ley conceda al Consejo de supervisión o a la asamblea de accionistas. La representación de la sociedad, en estos casos, corresponderá al presidente del directorio o, en su caso, al director general único. No obstante, los estatutos podrán habilitar al Consejo de supervisión para que atribuya el poder de representación a uno o varios de los demás miembros del Directorio, que entonces ostentarán el título de Director General

<sup>682</sup> El art. 278 del *Código das Sociedades Comerciais* establece que la administración y la fiscalización de las sociedades anónimas portuguesas pueden ser estructuradas según una de estas dos modalidades: a) Consejo de administración y Consejo fiscal (regulados en la Sección 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> - arts. 390 a 423 A-). b) Dirección, Consejo general y Revisor de cuentas (Regulados en la Sección 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> y 5 - arts. 424 a 446-). Centrándonos en el segundo de los mismos, la Dirección (Sección III, arts. 424 a 445) se compone por un número impar de Directores, no superior a 5, los cuales serán designados en el contrato de sociedad o por el Consejo general. Los directores pueden no ser accionistas (arts. 424 y 425). La destitución compete igualmente al Consejo general (art. 430). Corresponde a la Dirección dirigir las actividades de la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 442. 1. Del mismo modo, la Dirección tiene amplios poderes de representación de la sociedad frente a terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 441, línea c). A los poderes de gestión y de representación de los Directores resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 406 a 409, con las modificaciones impuestas por la competencia atribuida en la ley al Consejo general.

diferencia entre estos dos grupos de ordenamientos (el italiano-español y el francés-portugués) reside en que en el primero el Director general no asume poderes de administración, pero sí de representación, mientras que en el segundo sí asume la administración. De hecho, es el órgano de gestión o administración si es que se opta por ese modo de organización de la administración social<sup>683</sup>.

---

<sup>683</sup> Para más detalle, nos remitimos a la Primera Parte de este trabajo, Capítulo I, II.

## **CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DELEGADOS**

### **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.**

Entre las distintas cuestiones que se plantean entorno a la administración de las sociedades anónimas, el tema de la responsabilidad es uno de los que suscitan mayor interés, mayor preocupación y, también, mayor complejidad<sup>684</sup>. Además, la cuestión se complica aún más en el que caso de que se haya hecho uso de la facultad de delegar prevista en el art. 141 TRLSA. En un intento por aclarar el objeto de nuestro estudio en este Capítulo, vamos a comentar, en primer lugar, el régimen legal de responsabilidad de los administradores en general (arts. 133 y ss). Y, en segundo lugar, las conexiones que pueden existir entre la delegación de facultades y la responsabilidad, intentando determinar la incidencia de la delegación en dicho régimen de responsabilidad, pero teniendo presente una dificultad inicial que radica en que la LSA, al establecer el régimen de responsabilidad de los administradores, no ha atendido a las incidencias que sobre la responsabilidad puedan tener las distintas formas de organizar la administración social. La solución pasa, como en su día puso de manifiesto el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS, por intentar adaptar el régimen general de responsabilidad a los supuestos indicados<sup>685</sup>. Por ello dedicamos la líneas que siguen a la exposición del régimen general de responsabilidad de los administradores, advirtiendo

---

<sup>684</sup>Nos vamos a centrar en este capítulo en el estudio de la responsabilidad civil por daño, es decir, de la responsabilidad en que pueden incurrir los administradores cuando causan un daño en el patrimonio de la sociedad y de los socios. No se tratarán, por tanto, la responsabilidad penal, las sanciones civiles y las sanciones administrativas.

<sup>685</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 372 y 373.

que los hacemos sin ánimo de exhaustividad y utilizando para ello las construcciones doctrinales ya elaboradas.

## II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Como ha puesto de relieve la doctrina, la tradicional benevolencia con la que el régimen de responsabilidad de los administradores había sido regulada en nuestro Derecho fue sustituida por un régimen más riguroso, como es el contenido en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989<sup>686</sup>. De hecho esta materia, la de la responsabilidad de los administradores, fue una de las centrales en la reforma operada en el Derecho de sociedades anónimas en 1989, y con ella se pretendió solventar las carencias de la Ley anterior: a) excluyendo el requisito de la culpa grave; b) estableciendo la solidaridad entre todos los administradores; c) excluyendo la exoneración de responsabilidad por la Junta, fuera de los supuestos de renuncia o transacción al ejercicio de la acción<sup>687</sup>.

---

<sup>686</sup> LOJENDIO OSBORNE, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 348; URÍA, *Derecho Mercantil*, 25ª ed., *op. cit.*, p. 338, para quien con la nueva Ley se trata de lograr “un sistema más enérgico y completo que el anterior”. El mismo autor, en *Derecho Mercantil*, 27ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 342. En el mismo sentido ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 567; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 167. Para RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ, “Jornadas...”, *op. cit.*, p. 139, la reforma del sistema de responsabilidad era necesaria porque durante los años de vigencia de Ley apenas si se hizo uso de los mecanismos de responsabilidad contenidos en la misma, pero no porque fuera una reforma obligada por la adaptación a las Directivas Comunitarias. A la diferencia entre estos regímenes se refiere, entre otras, la S.T.S. de 7 de junio de 2002.

<sup>687</sup> A las deficiencias de la anterior regulación del régimen de responsabilidad de los administradores se refieren ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 493; FRAILE BARTOLOMÉ, G., “Los administradores en las sociedades anónimas”, en *Consideraciones sobre la Ley de Sociedades Anónimas*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1990, p. 245; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

En principio, la Ley actual impone a los administradores una serie de deberes en el ejercicio de su cargo<sup>688</sup>, que son los recogidos en los arts. 127 y 127 bis a 127 *quater*, artículos que, como comentamos en su momento, han sido objeto de nueva redacción en el caso del primero de ellos, el 127, y de nueva incorporación a la LSA en el caso de los demás, todo ello en virtud de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de reforma de la LMV y de la LSA. Posteriormente, la LSA regula en los arts. 133 (con nueva redacción, dada también por la Ley 26/2003, de 17 de julio<sup>689</sup>), 134 y 135 el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas.

En definitiva, para el estudio del régimen de responsabilidad de los administradores sociales y, en consecuencia, de los delegados, hay que estar a la primera reforma operada en la LSA para la adaptación de nuestro Ordenamiento a la legislación comunitaria y a la segunda reforma de la materia como consecuencia del desarrollo e implantación del movimiento de “buen gobierno”. En todo caso, hay que dejar claro que este régimen se considera materia de orden público que los estatutos no pueden modificar. Son

---

<sup>688</sup> El tema de los deberes de los administradores ha sido habitualmente considerado desde la perspectiva de la responsabilidad. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los Consejeros”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 559, citando a BISBAL MÉNDEZ, J., “El gobierno de las compañías mercantiles: teoría práctica y materiales”, *R.D.M.*, n° 226, octubre-diciembre, 1997, pp. 1673 y ss.

<sup>689</sup> Como se pone de relieve en el propio Informe Aldama, “El régimen de responsabilidad de los administradores debe tratar con el debido rigor la infracción de los deberes de lealtad y (...) diligencia” (3.2.1). Con ello se pone de relieve la especial relación que existe entre los deberes de los administradores y el régimen de responsabilidad de los mismos. Estas dos cuestiones o materias, han sido, por lo demás y como ya sabemos, objeto de especial tratamiento en el Informe Olivencia (que se centra en los deberes de los administradores) y, fundamentalmente, en el Informe Aldama. En la actualidad, la regulación que contiene la LSA de los deberes de los administradores ha sido objeto de reforma a través de la Ley de reforma de la LMV y de la LSA y también lo ha sido, consecuentemente, el art. 133, en el sentido de que la anterior referencia a la falta de diligencia como fuente de responsabilidad se sustituye por la referencia al incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo. Es decir, en relación con la nueva regulación de los deberes de los administradores, se da nueva redacción al art. 133 de la Ley. Para un tratamiento más extenso de los deberes de los administradores y su vinculación el régimen de responsabilidad que les es exigible nos remitimos a lo expuesto en otro lugar de este trabajo. V., Parte Segunda, Capítulo III, I, A.

normas de carácter sancionador que protegen del cumplimiento de otras normas legales y de la ley social, trascendiendo el interés tutelado del puro interés social, por lo que son *ius cogens*<sup>690</sup>. Cualquier alteración del régimen legal sería contraria al orden público<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> En este sentido, la S.T.S. de 30 de diciembre de 1997. Para la doctrina, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 372; GARRIGUES, *Curso...*, t. I, *op. cit.*, p. 488. También sobre el carácter imperativo de las normas reguladoras de la responsabilidad de los administradores, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, p. 339. Opina QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 538 y ss, que dado que la disciplina de la responsabilidad está orientada por principios de legalidad, necesidad e indeformabilidad, su régimen jurídico es esencialmente indisponible, imperativo, de Derecho necesario o de orden público. Partiendo de esta base, resulta evidente que las recomendaciones de buen gobierno y la disciplina de la responsabilidad se mueven en dos planos distintos con pocas posibilidades de contacto formal: aquéllas pertenecen al mundo de lo voluntario y, por tanto, de lo disponible en el marco de la autorregulación; ésta se ubica en el territorio jurídico de lo necesario, directamente, conectado a la ley imperativa. En el caso del documento sobre “El gobierno de sociedades cotizadas” (el conocido como Informe Olivencia de 1998), sin embargo, se atisban algunas menciones de interés para la materia (y, sobre todo, añadimos nosotros, en el Informa Aldama). A juicio del citado autor, las repercusiones de estos “Códigos de buen gobierno”, tal como están planteados actualmente, se producen de manera apreciable en los que he considerado aspectos sustantivos del régimen general, de manera prácticamente nula en los aspectos de exigibilidad (acciones), y no es descartable alguna influencia en los supuestos especiales, a la hora de valorar el comportamiento de los administradores que suponga incumplir obligaciones tasadas de las que deriva alguna sanción en forma de responsabilidad por deudas. En cualquier caso, en la medida en que las propuestas recomendadas por los “Códigos de buen gobierno” se integren en los estatutos sociales o en los reglamentos de régimen interno del Consejo de Administración, o incluso adquieran forma de acuerdo válido de la Junta General, pasará a constituir “fuente de obligación de administrar” y, por tanto, fuente de responsabilidad en el sentido del art. 133.1 de la LSA. Por otro lado, los administradores de sociedades dispondrán de mayor espacio de confianza y de eficacia en el desempeño de sus funciones si se les ofrecen criterios de comportamiento y hasta listados concretos de deberes como, los que algunos de los Códigos de conducta recogen. En este sentido, su pretensión es saber de antemano, con el máximo de certeza posible, de qué y cuándo responderán y qué deben hacer para escapar al juicio de responsabilidad. En cualquier caso, existe una tendencia, cada vez más extendida en los países de nuestro entorno, a considerar necesario que los Consejos de administración designen de su seno una Comisión a la que se atribuye específicamente el control y vigilancia de los cargos ejecutivos de la sociedad. Esta Comisión de Vigilancia suele actuar en coordinación con los auditores externos de la sociedad y presenta periódicamente sus informes al pleno del Consejo. De esta forma se hace posible una tarea de vigilancia y control que resulta difícil de llevar a cabo en el seno de Consejos de administración muy numerosos o de periodicidad escasa en cuanto a sus reuniones. En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., /GARCÍA-PITA PEMÁN, D., /FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 45. Para el caso español, v. lo ya dicho sobre el tratamiento que a

## A. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

### a. Supuestos.

Los supuestos en que los administradores incurren en responsabilidad están determinados en el art. 133.1 de la Ley que establece que los administradores “responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”<sup>692</sup>. Es decir, el art. 133.1 distingue dos supuestos:

- El primero, es el de la responsabilidad de los administradores por los actos u omisiones contrarios a la Ley<sup>693</sup> o a los Estatutos. Sostiene para este supuesto

---

este tipo de Comisiones se realiza en los dos textos fundamentales sobre gobierno corporativo que existen en nuestro país en otros lugares de este trabajo, principalmente v., Parte Segunda, Capítulo I, III, C, c. No obstante la aplicación del contenido de los Códigos de conducta en el sentido indicado, se plantea una cuestión central: determinar en qué medida la aplicación de este instrumento es eficaz a la hora de prevenir e imponer a los administradores normas específicas de responsabilidad. En concreto, el principal problema consiste en verificar la posibilidad técnica y los límites dentro de los cuales se puede introducir un sistema cautelar a través del cual quede constancia de que quienes desempeñan el cargo de administradores han actuado de conformidad con los deberes inherentes a su cargo. El interés de los Códigos de conducta, en la línea que comentamos, radica en que el cumplimiento de las exigencias en ellos establecidas podría considerarse como prueba de la observancia del deber que les afecta. El establecimiento de tales reglas deberá ir acompañado de la creación, dentro de la propia organización de Comisiones de control destinadas a supervisar el cumplimiento de las normas y procedimientos mencionados. Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “Códigos de conducta...”, *op. cit.*, pp. 324,325 y 330.

<sup>691</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *R.D.M.*, nº 248, abril-junio, 2003, p. 717, considera, sin embargo, que la inderogabilidad convencional del régimen que sobre la responsabilidad de los administradores se establece en la LSA no está suficientemente justificada desde el punto de tipológico ni claramente establecida desde el punto de vista positivo.

<sup>692</sup> El art. 119.1 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles elude, sin embargo la referencia a los daños causados por los actos contrarios a la ley y a los estatutos, limitándose a decir que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios (en vez de accionistas, como establece el art. 133. 1 LSA) y frente a los acreedores sociales del daño que causen por los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

<sup>693</sup> La mayoría de la doctrina entiende que este artículo se refiere a la Ley en sentido amplio, es decir, a normas jurídicas con independencia de su rango. Así, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 676; DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 302

LOJENDIO OSBORNE que “parece que la Ley, si interpretamos estrictamente su tenor literal, establece una responsabilidad profesional del administrador que no requiere culpa pero es preferible una interpretación más benévola que no permita la responsabilidad sin culpa, aunque ésta se presuma en los casos indicados (v., S.T.S. de 6 de octubre de 2000)”<sup>694</sup>.

En estos casos, cuando el daño es ocasionado por actos u omisiones contrarios a las Leyes o a los estatutos, se produce una inversión de la carga de la prueba del elemento de la culpa, debiendo ser los administradores quienes acrediten y destruyan, por la prueba en contrario, la ausencia de tal presupuesto o elemento culpabilístico de la responsabilidad. En este sentido, la S.A.P. de Pontevedra de 8 de enero de 1998.

Los actos contrarios a acuerdos de Junta General y los actos contrarios a los acuerdos del Consejo, también se pueden considerar como fuente de la obligación de resarcir. En este sentido se manifiestan QUIJANO GONZÁLEZ

---

a 304; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, /GARCÍA-PITA PEMÁN /FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 13 y 14; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: Supuestos, Principios y Problemas”, *B.I.C.A.M.*, nº 5, junio, 1997, p. 19; MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, p. 256; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 289 y 290; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 170. En contra, SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 912 y 913, que considera que la norma sólo se refiere a normas con rango de ley. Esta posición ha sido matizada por el propio autor en “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 250 y 251, donde expone que la responsabilidad se reduce a la violación de una obligación impuesta por la LSA o alguna disposición que, por mandato de la propia LSA, integre su contenido. También en contra de la interpretación amplia del concepto “Ley” ARANGUREN URRIZA, F., “Régimen general de responsabilidad civil de los administradores en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en AA.VV., dirigidos por BOLÁS ALFONSO, J. *Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 32.

<sup>694</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 349. También sobre la responsabilidad profesional del administrador, v. URÍA, *Derecho Mercantil*, 25ª ed., *op. cit.*, p. 338 y *Derecho Mercantil*, 27ª ed., *op. cit.*, p. 342.

y PÉREZ CARRILLO<sup>695</sup>. No obstante, frente a lo que ocurre en otros ordenamientos, nuestra LSA no dice nada sobre otras posibles fuentes de obligaciones infringidas por los administradores aunque será posible considerarlas como tal, en virtud del art. 1258 CC que permite integrar el contenido del contrato, al considerar obligadas a las partes “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, del art. 57 C. Com y del régimen de los contratos de gestión o colaboración [art. 1719 CC, art. 254 C. Com. Art. 9.2 c) LCAG]

- El segundo supuesto es el de incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, que son aquellos a que se refiere los arts. 127 y 127 bis a 127 quater, a que antes hemos hecho referencia. El incumplimiento de deberes, sin embargo, sólo es presupuesto de responsabilidad si produce daño en el patrimonio social o individual de socio o tercero, en función de las acciones previstas en los arts. 134 y 135<sup>696</sup>.

En estos casos, a diferencia del supuesto anterior, serán los demandantes quienes deberán acreditar la falta u omisión de medios como elemento causal del daño producido. Podemos decir, por tanto, que de acuerdo con el contenido del art. 133.1, basta la simple negligencia para la aparición de la responsabilidad del administrador (V. S.T.S. de 13 de febrero de 1990).

En cualquier caso, si comparamos la redacción actual del precepto que comentamos con la que tenía antes de la reforma del año 2003<sup>697</sup>, vemos que

---

<sup>695</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 172 a 183; PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss. En el mismo sentido, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 714 a 716; DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 223 y 224; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 20 y 21; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 291, 304 y 305.

<sup>696</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 571.

<sup>697</sup> Con anterioridad a la citada reforma el art. 133.1 tenía el siguiente contenido: “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores

son dos las modificaciones introducidas. Así, por un lado, se añade la referencia a las “omisiones”<sup>698</sup> -referencia que, sin embargo, falta en el art. 133.3, que se limita a transcribir el antiguo art. 133.2-. Y, por otro, se sustituye la referencia a la falta de diligencia por la referencia al incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo. No obstante estas modificaciones, no parece que el precepto cambie sustancialmente.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación a la regulación del régimen de responsabilidad de los administradores en la LSA de 1951 ya que, como advertimos al iniciar al estudio de la materia, el régimen vigente desde 1989 es bastante más severo que el anterior. Se limitaba a decir el art. 79 de la anterior LSA que “Los administradores (...) responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (...)”. A propósito del contenido del art. 79 de la LSA de 1951, el TS en Sentencia de 11 de octubre de 1990 se pronuncia a favor del mismo con las siguientes palabras: “al exigir, la acción indemnizatoria contra los administradores, un daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (art. 79), o sea, que se excluye cualquier género de culpa más leve -criterio tradicional en nuestro derecho a partir del C. de Comercio de 1829, inspirador del art. 144 del C. de Comercio de 1885,

---

sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”.

<sup>698</sup> No obstante, antes de la reforma se consideraba que el concepto “acto” debía interpretarse como comportamiento, incluyendo dentro, del mismo, acciones y omisiones. En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración... op. cit.*, pp. 124 y 125. No se ha incluido, sin embargo, referencia alguna a las decisiones. No obstante, haciendo uso de una interpretación extensiva de los términos de la Ley podemos afirmar que la conducta determinante de la responsabilidad puede ser diversa: una decisión o un acuerdo, un acto o una omisión. Así, MORILLAS JARILLO, *Las normas... op. cit.*, pp. 252 y 253. Sobre el mismo tema, v. también, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 678; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 298 y 299; MARTÍNEZ PEREDA y RODRÍGUEZ, J. M., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en la nueva normativa”, *R.C.D.I.*, nº 603, marzo-abril, 1991, p. 513; NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, EDERSA, Madrid, 1995, p. 64; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

en que se utiliza una formulación idéntica-, estableciéndose así un sistema regulador de la específica responsabilidad de los administradores sociales que permita a éstos un normal desenvolvimiento de sus actividades, sin verse interferida por eventuales responsabilidades en casos -culpa leve o levísima- de difícil valoración en las operaciones mercantiles”.

Parte de nuestra doctrina considera que después de la reforma de 1989 existe una doble fuente de la responsabilidad: por un lado, la responsabilidad típica<sup>699</sup>, derivada del incumplimiento de la ley y los estatutos y, de otro, la derivada de culpa<sup>700</sup>. Otra línea doctrinal parece favorecer la consideración de que el tercer supuesto del art. 133.1, es decir, el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, engloba o recoge los dos anteriores (la ley y los estatutos)<sup>701</sup>. Por su parte, PÉREZ CARILLO, se inclina por establecer una

<sup>699</sup> V., POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 288.

<sup>700</sup> V., POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 290, que cita, a favor de la responsabilidad tipificada a URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 17<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1990, p. 323. Y, en contra, a SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones del Derecho Mercantil*, 14<sup>a</sup> ed. EDESA, Madrid, 1990, p. 248.

<sup>701</sup> POLO SÁNCHEZ, cuya postura parece bastante cercana a la responsabilidad objetiva, o quizás una presunción de culpa, cuando se produce un resultado determinado. Según esta posición el incumplimiento determina la culpa. Otros autores, sin embargo, consideran la culpa como presupuesto necesario para la existencia de responsabilidad Así, DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 300 y ss., para quien se trata de una responsabilidad por culpa. También se manifiesta en contra de la tendencia objetivadora, SÁNCHEZ CALERO, “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 910 y 911. Dice MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 268 y 269, que del régimen de la LSA de 1951 se criticó el criterio excesivamente benevolente respecto a los administradores al exigir un grado elevado de culpa (“malicia, abuso de facultades o negligencia grave”) citando a URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 28<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 342; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 238; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 374; GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 62; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 285; FONT GALÁN, J. I., “La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: sistema, presupuestos y alcance”, en AA.VV., *Responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 300). La nueva Ley instaura, en todo o en parte, un sistema de responsabilidad objetiva (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La administración de la sociedad anónima”, *R.J.N.*, nº 4, octubre-diciembre, 1992, p. 139; FONT RIBAS, A., “La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades”, en AA.VV., coord.

distinción entre “fuente directa que es la ley, puesto que el deber de resarcir los daños causados deriva de esta, y fuentes indirectas que son los actos de incumplimiento de prestaciones debidas en el marco de la relación jurídica de administrar que concurren con el resto de la obligación de resarcir (daño, causalidad)”<sup>702</sup>.

En definitiva, no sólo el incumplimiento de las Leyes o de los Estatutos hace nacer la responsabilidad en los administradores y, consecuentemente la obligación de indemnizar; también la forma de realizar las funciones puede entrañar responsabilidad. De ello se deduce que el régimen de responsabilidad civil de los administradores cumple, por un lado, una función preventiva y reparadora del daño y, por otro lado, una función de control de la gestión<sup>703</sup>.

### **b. Presupuestos.**

Son presupuestos para que surja la responsabilidad de los administradores:

---

por GALÁN CORONA E, y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J. A, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 113; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 281 y 288 a 293; RIVERA, S. E., “A vueltas con la limitación de responsabilidad de los administradores”, *R.G.D.*, nº 642, marzo, 1998, p. 1858; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 28ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 342). Como dice la S.T.S. de 29 de abril de 1999 “en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del Administrador o el Consejero, será inevitable”. Reiteran esta afirmación las S.S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 y la de 30 de enero de 2001. Para MORILLAS JARILLO, sin embargo, la tesis de la responsabilidad objetiva no resulta admisible por distintas razones.

<sup>702</sup> *La administración...*, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

<sup>703</sup> En relación a esta función del régimen de responsabilidad como medio de control de la actividad de los administradores, v., ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 652; DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 275 y 276; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en AA.VV., coord. por IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, p. 1681; ESTEBAN VELASCO, “Supuestos...”, *op. cit.*, p. 906; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 27 a 36 y 156 a 189; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

1º. En primer lugar, ser administrador en el ejercicio o desempeño del cargo y realizar una actos u omisiones contrarios a la Ley, a los estatutos o incumpliendo los deberes inherentes a su cargo.

2º. En segundo lugar, la existencia de un daño consecuencia de dicho incumplimiento. El daño es el presupuesto principal para que surja la obligación de resarcir, ya que del mero incumplimiento sin daño no nace esta obligación<sup>704</sup>. En relación al daño, la doctrina considera que existe la obligación de responder tanto por el “daño emergente” (dentro del que se puede distinguir entre daño directo y el indirecto) como por el “lucro cesante” (que consiste en la falta de crecimiento del patrimonio social o del patrimonio de los terceros perjudicados producida como consecuencia de la no ejecución de las prestaciones que componen la relación jurídica de administrar)<sup>705</sup>, si bien dada la difícil concreción del daño se recomienda una especial cautela, por la propia naturaleza de la actividad empresarial que lleva consigo unos riesgos de necesaria asunción, dentro de una administración diligente<sup>706</sup>. En relación a la acreditación del daño real causado, v. las S.S.T.S. de 25 de mayo de 1993 y de 1 de diciembre de 1993.

A propósito del daño, dice la S.A.P. de Vizcaya de 15 de octubre de 2002 que el art. 133 de la LSA impone la responsabilidad de los administradores por actos propios cuando causen un daño. Se trata de una responsabilidad personal de los administradores la cual no deriva simplemente de actos que sean lesivos para la sociedad, ya que pueden producirse pérdidas importantes en el patrimonio social debidas a la gestión de los administradores y de la que no serán responsables, puesto que “una cosa es el riesgo de

---

<sup>704</sup> PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>705</sup> Al daño emergente y al lucro cesante se unen los daños inmateriales o morales causados a la sociedad, a socios o a terceros, que son resarcibles siempre que sean evaluables económica o patrimonialmente. En este sentido, v., PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 143 y 144 y bibliografía allí citada.

<sup>706</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 684 y ss; ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 582; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 259.

empresa, el cual ha de ser asumido por la sociedad, aun cuando como resultado se expresen pérdidas cuantiosas y otra, el riesgo de una gestión negligente de los administradores derivada de un incumplimiento de sus obligaciones legales o estatutarias con resultado dañoso a la sociedad de la cual sí responden

3º. Y, por último, el nexo causal entre la actuación o actitud del administrador y el daño, (v. S.T.S. de 24 de diciembre de 2002). Es decir, la acción u omisión de los administradores y el daño han de estar causalmente relacionados, como señalan, entre otras, las S.S.T.S. de 3 de abril de 1990, de 13 de febrero de 1990 y 28 de junio de 2000. Sobre el nexo causal v. también las S.S.T.S. de 27 de noviembre de 1999, 11 de enero de 2000, 18 de enero de 2000, de 16 de febrero de 2000, de 20 de julio de 2001 y de 6 de marzo de 2003.

A todas ellas, hay que añadir la S.T.S. de 26 de octubre de 2001 en la que se establece “que la responsabilidad incardinada en el art. 133 TRLSA no nace hasta que no se haya probado el daño directo a acreedores y socios por la conducta de los administradores” y que esta responsabilidad es diferente a la responsabilidad solidaria que se impone en el art. 262.5 del vigente TRLSA de 1989 (y en la DT 3ª del mismo texto legal) pues esta responsabilidad no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal, es una responsabilidad «ex lege»<sup>707</sup>. En el

---

<sup>707</sup> El art. 262. 5º establece que “Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución del concurso”. Por su parte, la DT 3ª de la Ley se refiere a la obligación de adaptación de los estatutos de las sociedades anónimas a lo dispuesto en la Ley, si está en contradicción con sus preceptos, antes del 30 de enero de 1992. En ese mismo plazo las sociedades con capital inferior a diez millones de pesetas deberán haber aumentado su capital o haberse transformado en otro tipo social (sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada). Transcurridos los

mismo sentido se cita la Sentencia de 3 de abril de 1998. También sobre la distinción entre estas acciones, la S.S.T.S. de 22 de diciembre de 1999, 29 de diciembre de 2000, de 20 de julio de 2001, de 26 de octubre de 2001, de 23 de febrero de 2004, de 26 de marzo de 2004, la S.A.P. de Málaga de 31 de julio de 2000, la S.A.P. de Castellón de 27 de noviembre de 2003, la S.A.P. de Madrid de 16 de enero de 2004, y la S.A.P. de Murcia de 29 de abril de 2004. Destaca, sin embargo, sobre todas ellas, la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 en la que se hace una amplia exposición sobre el régimen de responsabilidad de los administradores recogido en la LSA (Fundamento de Derecho 4º). Partiendo de la distinción entre responsabilidad por daño y responsabilidad por deudas, realiza un análisis de los arts. 133, 134 y 135 de la LSA, por un lado, y, por otro, del art. 262.5º del mismo texto legal. El contenido de esta Sentencia es reproducido, con posterioridad, en la S.T.S. de 30 de enero de 2001.

La relación causa-efecto, o nexo causal -como presupuesto de la responsabilidad de los administradores- puede romperse por causas externas, como son el caso fortuito y la fuerza mayor, la acción de un tercero y la acción del propio perjudicado. Por otro lado, esta relación de causalidad puede presentar, como comprobaremos en el siguiente apartado, alguna dificultad cuando la actuación no haya sido propiamente de los administradores, sino de apoderados suyos o delegados. En tal caso, podrán aplicarse los criterios de

---

plazos anteriores, sin haber adoptado las medidas citadas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad por las deudas sociales. Sobre la distinta naturaleza de los supuestos de responsabilidad de los administradores previstos en la LSA v. MUÑOZ GARCÍA, A./ SACRISTÁN BERGIA, F., “La responsabilidad de los administradores y la competencia del orden jurisdiccional de lo social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *R.d.S.*, nº 12, 1999, pp. 320 y ss. También sobre la distinta naturaleza de estas acciones AURIOLES MARTÍN, A., “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y limitadas: presupuestos normativos y aplicación jurisprudencial”, en *Jornadas de Derecho de Sociedades (Málaga 14, 15 y 16 de mayo de 1997)*, coord. por AURIOLES MARTÍN, A. y MARTÍN ROMERO, J. C., Ilustre Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998, p. 38.

culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*, pues tanto en el apoderamiento como en la delegación corresponde la elección y un deber de control a los administradores. No obstante, en el caso de la delegación, el nombrado ya es administrador<sup>708</sup>. Sin embargo, si partimos de la posibilidad de exoneración de responsabilidad por falta de culpa, se debe excluir la total irresponsabilidad del órgano delegante: no sólo hay de principio una responsabilidad solidaria, sino que no cabe alegar desconocimiento de los hechos por el delegado<sup>709</sup>.

En resumen, de lo expuesto se deduce que, cuando el cumplimiento de las prestaciones debidas en virtud de la relación de administrar ha devenido imposible, se han producido daños, y existe una relación causal entre éstos y el incumplimiento antijurídico, culpable e imputable a los titulares del órgano de administrar, surge por imperio de la ley la obligación jurídica de resarcir<sup>710</sup>, cuyo fundamento es la garantía en el tráfico de reintegración patrimonial de los daños producidos a la sociedad, a los socios o a los terceros. Indirectamente, tiene una función de garantía de la misma actividad de administrar y de control sobre los titulares del órgano de administración<sup>711</sup>.

También para la jurisprudencia los requisitos para que sea efectiva la responsabilidad de los administradores, según el art. 133, son: “a) la conducta ilícita, esto es una acción u omisión que sea contraria a la Ley, a los estatutos o se desarrolle con falta de diligencia, b) la producción del daño, y c) el nexo causal entre las conducta y el daño, que habrá de acreditarse”. Así se manifiestan, otras las S.S.T.S. de 30 de enero de 2001 y de 11 de junio de 2001, la S.A.P. de Navarra de de 12 de abril de 1996 y la S.A.P. de Vizcaya de

---

<sup>708</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 310 y ss.

<sup>709</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 583.

<sup>710</sup> Sobre los requisitos para que surja la responsabilidad por daño, del art. 133 LSA, v., también, la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000, la S.A.P. de Murcia de 20 de enero de 1999 y la S.A.P. de Murcia de 29 de abril de 2004.

<sup>711</sup> PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

18 de octubre de 2000. También sobre los requisitos para que surja la responsabilidad de los administradores la S.T.S. de 29 de marzo de 2004.

**c. Administradores responsables. La regla de la solidaridad. Los administradores de hecho. Causas de exoneración.**

Por lo que se refiere a los administradores responsables la Ley establece la regla de la solidaridad<sup>712</sup>. En concreto el art. 133.3, que se limita reproducir el

---

<sup>712</sup> Como pone de manifiesto MORILLAS JARILLO, *Las normas de conducta...*, *op. cit.*, p. 234, los autores no coinciden en la explicación del fundamento de la solidaridad de los administradores orgánicos. Para SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 254 y ss, y QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 249 y ss, el fundamento está en la concurrencia en la gestión que se produce en el órgano colegiado. Para ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 694 y ss, se fundamenta en la dificultad de prueba de la culpa y no en la estructura o funcionamiento del órgano. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 22; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 30 y 31; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2º ed., Bosch, Barcelona, 1998, p. 22 y SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p.121. Cada una de estas posiciones se conecta con un concreto ámbito de aplicación de la regla de la solidaridad. Para QUIJANO GONZÁLEZ la solidaridad se da sólo en el interior del Consejo de administración y desaparece por la existencia de delegaciones (como ocurre en el art. 2392, 1º *Cod. Civ.*), y cuando se trate de obligaciones personales de cumplimiento individual. En opinión de SÁNCHEZ CALERO, solidaridad en el seno del Consejo, de la Comisión ejecutiva y también entre los dos administradores mancomunados, pero con división de la responsabilidad de los administradores delegados respecto de los no delegados. A juicio de ALONSO UREBA, solidaridad ampliamente considerada, al margen del concepto de *collegium*, solidaridad que pervive pese al mecanismo de la delegación. Y, en consecuencia, determina también la extensión de la presunción de culpa. SÁNCHEZ CALERO, reduce la presunción a los miembros del Consejo de administración o al supuesto de dos administradores mancomunados, mientras que ALONSO UREBA considera que la culpa presunta rige incluso respecto del administrador único. Para FONT GALÁN, “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 322 y 323, la presunción de culpa afecta a todos los posibles responsables que son los miembros del órgano. En su opinión, además, el fundamento de la solidaridad estriba tanto en la concurrencia en la gestión como en la facilidad de la prueba. DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 330 a 337, por su parte, diferencia entre solidaridad en la culpa, que fundamenta en la dificultad de prueba de la culpa individual de cada uno de los miembros, y solidaridad en el resarcimiento del daño de los que resulten responsables, cuya razón de ser está en la actuación colegiada del órgano. Finalmente, para ARANGUREN URRIZA, “Régimen general...”, *op. cit.*, pp. 50 y 51, sólo rige en caso de administradores mancomunados.

anterior apartado 2<sup>713</sup>, establece que “Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo”<sup>714</sup>, y sólo se exoneran aquellos que “prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”<sup>715</sup> (v., S.S.T.S. de 24 de septiembre de 1996

---

Además, dice QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 568, la diferencia entre deberes individuales y colectivos tiene particular interés porque con frecuencia el tratamiento de la responsabilidad se hace pensando en el conjunto de miembros del órgano administrativo causante del daño, a partir de considerar la hipótesis de la responsabilidad solidaria del art. 133. 2 (hoy 133.3) como supuesto general. Pero su función está relacionada con la realización de un acto o la adopción de un acuerdo por el órgano colegiado. Si éste no existe o si, existiendo, el acto lesivo deriva de la infracción de un deber individual por un administrador en concreto, nada impide exigirle a él responsabilidad en exclusiva con base en la cláusula del art. 133.1, que es donde están los presupuestos de la responsabilidad y, entre ellos, “los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo” (hoy incumpliendo los deberes inherentes a su cargo). Aquéllos, operan más en el ámbito del deber de diligencia en sentido estricto, incidiendo en el juego entre responsabilidad solidaria de los miembros del órgano y exoneración individual, mientras que éstos operan más en el ámbito del deber de fidelidad de cada consejero, cuya infracción dará lugar a responsabilidad personal sin perjuicio de que la actuación del Consejo, en su conjunto o a través de Comisiones especializadas, permita retornar a la responsabilidad solidaria. Esto ocurrirá precisamente si el propio Consejo ejerció incorrectamente sus facultades de autorización o control, facilitando o tolerando la infracción individual, o si incluso no la ejerció, ocultando o encubriendo el incumplimiento del consejero. En estos casos pudiera ocurrir que la infracción de los propios deberes del Consejo configurara un supuesto de responsabilidad colectiva y solidaria del conjunto, en sustitución de la responsabilidad individual del consejero o añadida a ésta. Al renacer entonces la responsabilidad solidaria, reaparecería también la posibilidad de exoneración personal de los miembros del Consejo que consigan acogerse válidamente a alguna de las causas del art. 133.2 (hoy art. 133.3).

<sup>713</sup> En el mismo sentido, el art. 120 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles.

<sup>714</sup> Dice el TS, en Sentencia de 18 de mayo de 1999 que “los administradores sociales responden en forma solidaria, al no poderse individualizar sus propias responsabilidades” y cita las S.S.T.S. de 20 de marzo de 1975, de 15 de octubre de 1976, 23 de octubre de 1978, 4 de enero de 1989, 13 de febrero de 1990, de 22 de abril de 1994 y de 22 de junio de 1996.

<sup>715</sup> A propósito de este apartado del art. 133 v. el trabajo de GARCÍA VILLAVERDE, R., “Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1321 y ss. Según el citado autor, que en la obra comentada realiza una crítica sobre la regulación legal de la exoneración de responsabilidad por falta de culpa, en el art. 133.2 (actual art. 133.3) encontramos un elemento común consistente en que el administrador no intervenga en la realización del acto o en la adopción del acuerdo lesivo para la sociedad y, sobre este elemento

y de 18 de enero de 2000. Sobre esta causa de exoneración, v., también, la S.A.P. de Álava de 1 de octubre de 1993). De lo dicho se deduce que, si la administración se ha organizado en forma de Consejo de administración, este sistema de responsabilidad se entiende aplicable tanto a los miembros de dicho órgano colegiado, que responderán solidariamente, como a los órganos delegados<sup>716</sup>. Es decir, en el caso de la delegación de funciones, todos los consejeros responden de la manera indicada, salvo que hagan la misma demostración, que correspondería a cualquier administrador para exonerarse de la responsabilidad. No obstante, sobre esta cuestión volveremos en el siguiente apartado.

En ningún caso, añade el apartado 4<sup>717</sup> (que reproduce el anterior art. 133.3), “exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o

---

común, el legislador establece tres supuestos específicos que contienen requisitos complementarios para que pueda darse la exoneración: que desconozca su existencia, que, conociéndola haga todo lo conveniente para evitar el daño o que, al menos, se oponga expresamente a aquél (p.1342). Por otro lado, la posición dominante en nuestra doctrina es que el sistema de exoneración previsto en la Ley implica una presunción de culpabilidad de los miembros del Consejo en el caso de acuerdos o actos lesivos, que sólo se puede destruir mediante la prueba de las circunstancias que prevé expresamente el precepto mencionado. En este sentido, entre otros, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 495; ARROYO MARTÍNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, AA.VV. coord., por ARROYO MARTÍNEZ y EMBID IRUJO, J. M., Madrid, 1997, p. 728; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 317 y 330 y ss; ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (El Proyecto modificado de Quinta Directiva)”, en *C.D.C.*, nº 5, 1989, p. 271, “La estructura...”, *op. cit.*, pp. 137 y ss. y en “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 5914; GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 84; LOJENDIO OSBORNE, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 350; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. /ESTEBAN VELASCO, G., “Los órganos de la sociedad anónima”, en *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1991, p. 136; RODRÍGUEZ ARTIGAS/QUIJANO GONZÁLEZ, “Jornadas...”, *op. cit.*, p. 145; URÍA, *Derecho Mercantil*, 2000, *op. cit.*, pp. 342, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, Bosch, Barcelona, 1991, p. 654. También SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 264, parece haber desechado las reticencias que manifestaba en “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 923 y 924.

<sup>716</sup> Así, entre otros, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 291; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 287; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 271.

<sup>717</sup> En el mismo sentido, el art. 119.2 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles.

acuerdo lesivo haya sido aceptado, autorizado o ratificado por la Junta general<sup>718</sup>. Y ello porque los administradores tienen su propia esfera de competencias de cuyo ejercicio responden.

Por lo que se refiere a la LSA de 1951, ésta omitía toda referencia al carácter mancomunado o solidario de la responsabilidad, de forma que correspondía a la culpa estrictamente personal una responsabilidad meramente individual. Además, la propia Ley de 1951 (art. 79 *in fine*) eximía de responsabilidad sólo a los administradores que hubieran salvado su voto en los acuerdos que hubieran causado daño, lo que parecía presuponer una responsabilidad colectiva de los miembros del órgano colegiado<sup>719</sup>. Además, en la Ley de 1951 no se hacía referencia (como si se hace en el art. 133.4 actual) a la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta, con lo cual se podía entender que tal exoneración era posible.

La solidaridad en la responsabilidad, por tanto, es otra de las novedades que se introduce con la reforma de 1989, que no ha sido, sin embargo, bien acogida por toda nuestra doctrina<sup>720</sup>.

---

<sup>718</sup> Señala GARCÍA VILLAVERDE, “Exoneración de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 1324 que, aunque el art. 133.3 (hoy art. 133.4) establece que “en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”. Sin embargo, añade, que el legislador nos dice que se exonerarán de responsabilidad, pero quien puede exigirla no lo hace. Este supuesto se da en todo los casos de transacción o renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 134. 2).

<sup>719</sup> V. ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 495; “Los órganos...”, *op. cit.*, p. 583 y bibliografía allí citada.

<sup>720</sup> En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., “Diez años -y algo más- de reforma de la legislación societaria en España”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw Hill, Madrid, 2002, p.271, para quien esta regla resulta excesiva y contradictoria. No basta una regla general sino que es necesario un cierto casuismo a la anglosajona mediante el que se indiquen las principales conductas determinantes de responsabilidad, sin perjuicio de la formulación adicional de la cláusula general de responsabilidad por culpa sin distinción.

Por otro lado, al tratarse de una responsabilidad personal y orgánica no afecta a quienes ejerciendo funciones de administración carecen de la cualidad de órgano. Este sería el caso de los Directores Generales, Gerentes, apoderados, etc.<sup>721</sup>. Este es, en opinión de MORILLAS JARILLO, uno de los principales inconvenientes o defectos del régimen legal español porque introduce una dicotomía injustificada, un diverso tratamiento de funciones materialmente idénticas<sup>722</sup>. Diversidad de regímenes que oscurece la solución de los supuestos de acumulación de cargos o de superposición de relación orgánica y no orgánica<sup>723</sup>. En esta línea, afirma QUIJANO GONZÁLEZ que, dada la “nueva distribución del poder”, se debería proceder a una revisión de los mecanismos de control de la gestión<sup>724</sup>. En todo caso, sería conveniente, según MORILLAS JARILLO, la equiparación, a efectos de responsabilidad,

---

<sup>721</sup> Así, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 671 a 675; ARANGUREN URRIZA, F., “Régimen general...”, *op. cit.*, p. 45; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 400 y 401; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ ROPDRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 28 y 29; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El régimen de responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 44; FONT GALÁN, “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 309; HURTADO COBLES, J., *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Ed., Atelier, Barcelona, 1998, pp. 36 y 40; MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 44 y 47; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 329; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 242 y 243. Por su parte, la S.T.S. de 9 de septiembre de 1991 que considera inexigible al apoderado la responsabilidad societaria que pesa sobre los socios gestores por los actos celebrados por la sociedad con terceros ante de su inscripción, y exige ésta únicamente a los miembros del Consejo de administración. Así también, debe recordarse que la S.T.S. de 20 de octubre de 1998 señala que cuando el cargo de Director Gerente se haya previsto y regulado en los estatutos sociales de la sociedad anónima respectiva, el mismo es considerado como un órgano de administración, por lo que estará legitimado pasivamente para presentar contra él una acción social de responsabilidad civil *ex art.* 134 de la LSA.

Por su parte, la S.T.S. de 30 de julio de 2001, considerado que a los apoderados no le es exigible la responsabilidad de los administradores cuando existen éstos y no se ha ejercitado previa o conjuntamente la acción de responsabilidad contra ellos. Los apoderados no son un órgano de la sociedad y las relaciones con la misma y frente a terceros se rigen por las normas del mandato.

<sup>722</sup> *Las normas...*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>723</sup> Para ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 664 y 665, si una persona reúne la doble condición de Director y administrador, se acumulan también las responsabilidades, la derivada de su condición de empleado y la responsabilidad social.

<sup>724</sup> *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 27.

de todos aquellos que, bajo distintas denominaciones, se encargan de la administración social o de la dirección de la empresa<sup>725</sup>. Así ocurre en otros ordenamientos como el italiano<sup>726</sup> y el portugués<sup>727</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere al contenido del art. 133, el apartado 2 del mismo establece que este régimen de responsabilidad se extiende al administrador de hecho, aunque ello no supone sino la plasmación legal de algo que la jurisprudencia ya había admitido (v. la S.T.S. de 24 de septiembre de 2001 y la S.A.P. de La Coruña de 17 de enero 2000, donde se afirma que al administrador de hecho de la sociedad “se le debe aplicar el mismo régimen jurídico que a los administradores sociales, y por consiguiente el de responsabilidad legalmente previsto”). Esta figura del administrador de hecho comprende tanto a los administradores de hecho, en sentido estricto, es decir,

---

<sup>725</sup> *Las normas...*, *op. cit.*, p. 233. A favor de la asimilación o equiparación, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 330. En contra, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 664 a 666, en virtud de la diversa naturaleza de la relación que une a unos y a otros con la sociedad. Sobre la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores a los apoderados, v. la S.T.S. de 30 de junio de 2001.

<sup>726</sup> Dice el art. 2396 *Cod. Civ.* que “Le disposizione che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall’assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salvo le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società”. Para un análisis más completo de la responsabilidad de los administradores en el Derecho italiano, v., Parte Primera, Capítulo I, II, B, b.

<sup>727</sup> Dice el art. 72. del Código portugués que “1. Os gerentes, administradores ou directores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”.

En el ámbito del Derecho francés de sociedades anónimas dispone el art. L. 225-51 “Los administradores y el director general serán responsables individual o socialmente según el caso, frente a la sociedad o frente a terceros, de las infracciones a las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, de las contravenciones a los estatutos, o de las faltas cometidas en su gestión. Si varios administradores o varios administradores y el director general hubieran colaborado en los mismos hechos, el tribunal determinará la parte contributiva de cada uno en la reparación del daño”. Los miembros del Directorio estarán sometidos a la misma responsabilidad que los administradores (art. L. 225-256). Los miembros del Consejo de supervisión serán responsables de las faltas personales que cometan en la ejecución de su mandato. Además, podrán ser declarados civilmente responsables de los delitos cometidos por los miembros del Directorio, si habiendo tenido conocimiento de ellos, no los hubiera dado a conocer a la Junta General (art. L. 225-257).

los que en la realidad del tráfico desempeñan sin título o con título nulo o extinguido las funciones propias de administrador, como al llamado “administrador oculto”, que es aquella persona o grupo cuyas instrucciones de hecho son vinculantes para los administradores de la sociedad<sup>728</sup>.

#### **d. Las acciones de responsabilidad.**

En cuanto las acciones que se pueden ejercitar en caso de responsabilidad de los administradores, la LSA diferencia entre la acción social, que se dirige a la reconstitución del patrimonio social por daño ocasionado en el ejercicio del cargo por los administradores y la acción individual de responsabilidad que corresponde a socios y acreedores para el resarcimiento del daño originado a ellos también por los administradores. Es decir, para el ejercicio de la acción social es necesario que la sociedad sea sujeto pasivo del daño. Sin embargo, si el administrador causa un daño directamente a los socios o a terceros, el perjudicado podrá ejercitar la acción individual de responsabilidad<sup>729</sup>. Por ello se dice que, en principio, la principal

---

<sup>728</sup> Para un análisis más completo de la figura de los administradores de hecho en las sociedades de capital, v. ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998. Para este autor los dos elementos que caracterizan la relación administrativa de hecho son el ejercicio de funciones administrativas y la falta de los presupuestos formales exigidos por la ley.

<sup>729</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 684 y 685; DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 291 y 292; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 13 y 24 a 27; FONT GALÁN, “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 313; GARRETA SUCH, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 127 a 176; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 167 y 196; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 297 y 373; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 137; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima”, *A.D.C.*, octubre-diciembre, 1962, pp. 924 a 927. Se refieren a las diferencias entre la acción individual y la social, entre otras Sentencias a las que nos referiremos con posterioridad, las S.T.S. de 29 de diciembre de 2000, la S.A.P. de Toledo de 24 de octubre de 1992, la S.A.P. de Murcia de 20 de enero de 1999 (que admite la acumulación de ambas acciones) y la S.A.P. de Murcia de 29 de abril de 2004.

interesada en el resarcimiento es la sociedad y que los accionistas y los acreedores son interesados secundarios<sup>730</sup>.

A la acción social<sup>731</sup> de responsabilidad se refiere al art. 134 LSA y a la acción individual el art. 135, que se limita a reproducir el contenido del art. 81 de la LSA de 1951. El art. 134, sin embargo, si fue objeto de modificación en la reforma de 1989, en el sentido que vamos a comentar en breve.

a) La acción social.

Centrándonos en la acción social<sup>732</sup>, dispone el art. 134.1 que “La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general<sup>733</sup>, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día”<sup>734</sup>. La demanda será presentada en nombre de la

<sup>730</sup> En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, p. 194, que cita a LLEBOT MAJÓ, O., “El sistema de responsabilidad de los administradores, doctrina y jurisprudencia”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp. 49 y ss. Este autor diferencia entre deberes colectivos (para con la sociedad) y deberes individuales (para con accionistas y acreedores) (p. 61).

<sup>731</sup> Entre la jurisprudencia que se ocupa del ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad: S.S.T.S. de 30 de abril de 1954, 3 de febrero de 1962, 10 de junio de 1966, 31 de enero de 1969, 13 de octubre de 1986, 30 de septiembre de 1988, 8 de mayo de 1990 y 26 de noviembre de 1990 (desestimada por no existir acuerdo de la Junta general), 11 de mayo de 1991 y 5 de diciembre de 1991 (desestima la demanda por no existir acuerdo de la Junta general), 5 de marzo de 1992, 16 de junio de 1992, 26 de febrero de 1993 y 25 de mayo de 1993 (desestima la demanda por no existir acuerdo de la Junta general), 21 de octubre de 1993 y 1 de diciembre de 1993 (esta última desestima la demanda por no cumplir el requisito de acuerdo de la Junta general).

<sup>732</sup> A la acción social se refieren los arts. 121 y 122 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, los cuales contienen una regulación muy similar a la recogida en la LSA.

<sup>733</sup> El acuerdo de la Junta general por el que se pospone la negativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad implica una imposibilidad práctica de ejercicio del derecho que corresponde a todo accionista de depurar las eventuales responsabilidades en que hubieran podido incurrir los administradores, por lo que resulta lesivo a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o terceros. En este sentido se pronuncia la S.T.S. de 11 de febrero de 2004, que considera que dicho acuerdo implica una imposibilidad práctica del ejercicio del derecho que corresponde a todo accionista de depurar las eventuales responsabilidades en que hubieran podido incurrir los administradores, al haber negado la sociedad la acción social de responsabilidad por la vía del art. 134 LSA y no ser posible por otra vía la exigencia de responsabilidad al no contener el acuerdo una negativa taxativa sino una posposición.

<sup>734</sup> Respecto a este último punto del art. 134.1 -la no inclusión en el orden del día-, se establece con ello una excepción a lo dispuesto en el art. 97.2 TRLSA con la intención de garantizar o

sociedad por su representante. Conforme al art. 134.2 TRLSA, el acuerdo de promover la acción determina la destitución de los administradores afectados, por lo que habrá de resolver la propia Junta, en su caso, sobre la representación social<sup>735</sup>. La aprobación de las cuentas anuales no impide ni supone el ejercicio de la acción, ni la renuncia a la acción acordada o ejercitada (art. 134.3).

Acordado el ejercicio de la acción<sup>736</sup>, la Junta puede, en cualquier momento, renunciar a ella o transigir siempre que no se opongan socios que representen el 5% del capital social (art. 134.2, 2º párr.)<sup>737</sup>. Esa misma minoría

---

facilitar el ejercicio de la acción. V., PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, op. cit., p. 196 y bibliografía allí citada. También, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, op. cit., p. 185. Dice la S.T.S. de 7 de junio de 1999, en este sentido, que “ante los Administradores infieles no hay que guardar ninguna cortesía y puesto que responden por la mera negligencia pueden ser sorprendidos por una deliberación adversa no mencionada en la convocatoria”.

<sup>735</sup> No obstante, aunque la destitución sea automática no es de derecho necesario, por lo que la sociedad puede eliminar tal efecto por acuerdo expreso de la Junta o por pacto expreso en los estatutos. En este último caso, la separación de los administradores requerirá acuerdo de la Junta en tal sentido. Sobre esta cuestión, señala la S.T.S. de 30 de diciembre de 1997 que “La destitución es simplemente la traducción en términos jurídicos de la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador, sin que más allá de tal consecuencia haya de verse en ello una sanción, no obstante lo cual el ejercicio torticero de la acción, acreditado por la sentencia, que ponga fin al asunto pueda ser causa de indemnización de los daños y perjuicios originados al administrador, en particular, cuando tal acción se revele como un medio de defraudar las prescripciones estatutarias; tampoco, la situación, de vacío que se produce en la administración como consecuencia de la destitución y la imprevisión de los estatutos al respecto, permite que pueda reputarse nula la designación de nueva administración”.

<sup>736</sup> Hay que destacar que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que no resulta aplicable el quórum reforzado a que se refiere el art. 102, aunque se haya previsto en los estatutos con carácter general, argumentando que la responsabilidad de los administradores tiene su origen en una obligación *ex lege*, y por ello es una institución de orden público o de derecho necesario, que no puede soslayarse mediante artificios estatutarios que directa o indirectamente tiendan a restringir el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En este sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, op. cit., p. 186 y las S.S.T.S. de 30 de diciembre de 1997 y 22 de diciembre de 1999. Según esta última la mayoría necesaria para acordar el ejercicio de la acción social es simple, no calificada.

<sup>737</sup> La transacción y la renuncia suponen un acuerdo previo de ejercicio. No cabe la renuncia en forma de *quitus*, y para evitar esa práctica de exonerar la Junta de responsabilidad a los salientes es para los que se introdujo el art. 133.3. Tampoco implica renuncia a la acción social la aprobación de las cuentas anuales. En este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”,

podrá, también, solicitar la convocatoria de la Junta para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción así como entablar la acción si la Junta no fuera convocada, si la sociedad no entabla la acción acordada, desde la fecha del acuerdo, o si éste fuera contrario al ejercicio de la acción (art. 134.4)<sup>738</sup>. Si ni la sociedad ni los accionistas ejercitan la acción, podrán hacerlo los acreedores sociales si el patrimonio social fuere insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 134.5)<sup>739</sup>. En este último caso, para que los acreedores puedan entablar esta acción es necesario: a) acreditar la calidad de acreedor social, b) que la acción no haya sido entablada por la sociedad o por los accionistas y c) que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos<sup>740</sup>. No es necesario, sin embargo, que los acreedores acrediten ningún montante concreto de crédito contra la sociedad<sup>741</sup>. En estos supuestos de inactividad de la Junta y de los accionistas, el art. 134.5 no determina plazo alguno a partir del cual puedan los acreedores accionar contra los administradores. Por ello, lo más razonable será aplicar por analogía el art. 134.4 por lo que el plazo será de un mes desde que los

---

*op. cit.*, (2004), p. 590. Sobre la transacción de la acción social de responsabilidad, v. el trabajo de POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1411 y ss.

<sup>738</sup> Entre la jurisprudencia que contempla el ejercicio de la acción social por los accionistas S.S.T.S. de 25 de junio de 1959, 26 de mayo de 1965, 16 de abril de 1970, 26 de noviembre de 1990, 26 de febrero de 1993 y 6 de abril de 1993.

<sup>739</sup> Entre la jurisprudencia que se ocupa del ejercicio de la acción social por parte de los acreedores encontramos la S.T.S. de 21 de mayo de 1985, que fue desestimada por falta de concurrencia de los requisitos necesarios para su planteamiento al amparo de la legislación entonces vigente, que es la LSA de 1951.

<sup>740</sup> Sobre los requisitos para el planteamiento de la acción de responsabilidad por los acreedores, v. la S.T.S. de 21 de mayo de 1985.

<sup>741</sup> En este sentido, PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, p. 207. Desde un punto de vista relacionado con el análisis de los costes, LLEBOT MAJÓ, “El sistema...”, *op. cit.*, p. 57.

accionistas adquirieron la legitimación para el ejercicio de la acción social y no la entablaren<sup>742</sup>.

Esto es lo que la doctrina denomina “legitimación en cascada”<sup>743</sup>, ya que como dice la S.T.S. de 30 de noviembre de 2000 que “El artículo 134 de la Ley vigente de Sociedades Anónimas se refiere a la acción social de responsabilidad contra los administradores y establece una acción principal o primera, que corresponde a la Junta General previo acuerdo y, al tiempo, el precepto resulta previsor para evitar el desamparo de los socios, y atemperar posiciones de la Junta que pudieran resultar abusivas y contrarias a los intereses generales por deliberada omisión, ya que otorga legitimación a los socios para promover directamente la acción social de responsabilidad en los supuestos que el precepto contempla: a) Cuando la Junta General no acepta y rechaza la exigencia de responsabilidad que los socios demandan; b) Los administradores no convocan Junta a tal fin y c) Si la propuesta de responsabilidad prospera en Junta y los administradores no ejercitan la acción, al no presentar la demanda dentro del plazo de un mes desde la toma del acuerdo positivo”. Añade, por un lado que “Aunque el artículo 134 no lo contemple, ha de admitirse el ejercicio en el mismo pleito de la acción que corresponde a la Junta y la que se atribuye a los socios mayoritarios, pues se trataría de acumulación de acciones que autoriza el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la principal que corresponde a la sociedad y la coadyuvante que legitima a los cinco socios que demandaron, que, en su condición de subsidiaria vino a recuperar toda su eficacia, según se explicará”. Y, por otro, que “aunque el artículo 134 no se refiere el desistimiento y sí a la renuncia y transacción, la interpretación del mismo, adecuada a la realidad societaria y por razones de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y para evitar clara situación de indefensión de los socios, lleva a la conclusión

---

<sup>742</sup> En este sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>743</sup> En este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 589.

decisoria de que la actitud de la Junta supone una decidida decisión de no exigir responsabilidades al administrador demandado y de esta manera la acción concurrente que la norma concede a los socios mayoritarios surge con plena efectividad y les legitima plenamente para conservar en el pleito la postura inicial de demandantes, que no fue discutida por el recurrente al contestar a la demanda”.

Son requisitos para el ejercicio de la acción social: a) que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo; b) que el patrimonio social haya sufrido un daño; c) la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche, de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (En este sentido, las S.S.T.S. de 12 abril 1989, de 11 octubre 1991, de 16 junio 1992, de 25 mayo 1993, de 26 julio 1994, de 21 noviembre 1997, de 29 abril 1999, de 16 de febrero de 2000, y 6 de octubre de 2000 (todas ellas, citadas por la S.T.S. de 20 de diciembre de 2002).

La reforma de 1989 ha introducido en la cuestión que comentamos tres modificaciones a señalar:

- a) Por un lado, la reducción de las minorías, tanto la que puede vetar la renuncia o transacción como la que está legitimada para ejercer la acción, que pasan del 10% del capital social al 5% del mismo.
- b) Por otro lado, en cuanto al ejercicio de la acción social por los acreedores se sustituyó el supuesto de la Ley de 1951 de “amenaza grave de la garantía de los créditos” por el actual de “insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos”.
- c) Finalmente, se reduce el plazo para el ejercicio de la acción social de tres meses a uno contado desde la fecha de adopción

del acuerdo aunque este hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

b) La acción individual.

En relación a la acción individual nos dice el art. 135 LSA<sup>744</sup> que “No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen los intereses de aquellos”<sup>745</sup>. La acción individual se caracteriza por las siguientes notas:

1º. Es una acción personal, directa y especial que permite a socios y a terceros dirigirse contra los administradores por actos que lesionen sus intereses, en lugar de o de modo adicional a dirigirse contra la sociedad. Supone, por tanto, un refuerzo de la función de garantía patrimonial que tiene todo el sistema de responsabilidad de los administradores. En definitiva, tiene por objeto defender y restaurar el patrimonio individual de socios y terceros que han visto lesionados directamente sus intereses por la actuación de los administradores de la sociedad. Sobre estas características de la acción individual, v. las S.S.T.S. de 12 de julio de 1984, de 21 de marzo de 1985, de 12 de abril de 1989, de 19 de abril de 2001 (citada ésta última, entre otras, por la S.A.P. de Castellón de 7 de febrero de 2002), de 30 de diciembre de 2002, de 17 de diciembre de 2003, de 17 de junio de 2004 (que, además, contiene un resumen de la doctrina jurisprudencial más reciente sobre la acción individual), la S.A.P. de Barcelona de 8 de febrero de 2000 y la S.A.P. de Madrid, de 16 de enero de 2004.

---

<sup>744</sup> Este artículo es reproducido por el art. 123 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles.

<sup>745</sup> Sobre los supuestos en que se puede ejercitar la acción individual v. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “La acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, pp. 304 y ss.

2º. Para que pueda entablarse esta acción no basta con la existencia del daño a socios y a terceros, sino que debe existir una causalidad entre la acción u omisión de los administradores y el perjuicio producido<sup>746</sup>. En este sentido, es doctrina consolidada la necesidad de que concurren tres requisitos para que prospere una acción individual de los administradores societarios: a) producción de un daño; b) conducta negligente del administrador de la sociedad en el ejercicio de sus funciones y c) el lógico nexo causal entre ambos requisitos anteriores (S.S.T.S. de 16 y 19 de abril de 2001).

También se refieren a los requisitos de la acción individual la S.T.S. de 17 de junio de 2004 y la S.T.S. de 20 de marzo de 1998 que determina que esta acción indemnizatoria requiere: a) La producción de un daño derivado del actuar intencionado o negligente de los administradores en adecuada relación de causalidad, y b) que los actos lesionen directamente los intereses del socio que considere perjudicado y que con su ejercicio trata de restaurar su propio patrimonio. En sentido similar, entre otras, la S.A.P. de Madrid, de 14 de julio de 1997, la S.A.P. de Burgos de 23 de diciembre de 1998, la S.A.P. de Lérida de 1 de marzo de 1993, y las S.S.T.S. de 21 de septiembre de 1999, 20 de noviembre de 2003 y 21 de mayo de 1985, que recuerda, al igual que la anterior, que “la acción individual tiende, no a la indemnización por los administradores del año causado en el patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, sino a indemnizar a los socios o terceros de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en su

---

<sup>746</sup> No son pocas las Sentencias en las que, admitiéndose que existe una conducta irregular de los administradores de la sociedad, ello no determina la responsabilidad de éstos porque falta la prueba de la relación de causalidad entre ese comportamiento irregular y el daño causado. Así, las S.S.T.S. de 3 de abril de 1990 y de 21 de mayo de 1992. Sobre el nexo causal en la acción individual, las S.S.T.S. de 20 de julio de 2001 y 30 de diciembre de 2002. La exigencia de que el daño al socio o al tercero sea directo es la forma de advertir que los daños causados por el administrador al patrimonio social y, por tanto, indirectamente a los socios y a los terceros acreedores de la sociedad se indemnizan a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, p. 48.

consecuencia, para la viabilidad de esta acción directa dos requisitos: un acto del administrador y una lesión directa los intereses del accionista o del tercero demandante, a lo que ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores, la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de culpa, el daño y la relación causa a efecto entre aquélla y éste” (Esta Sentencia es citada, entre otras, reproduciendo parte de su contenido por la S.T.S. 9 de julio de 1999).

3º. Además, ha de tratarse de un perjuicio ocasionado por los administradores en el ejercicio de su cargo<sup>747</sup>. No obstante, hay autores que vinculan la acción individual a acciones de los administradores al margen de su condición de tales<sup>748</sup>. Y los actos u omisiones constitutivos de esta acción, son idénticos que los de la acción social de responsabilidad, esto es, los contrarios a la Ley y los estatutos o realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo<sup>749</sup> (S.S.T.S. de 30 de diciembre de 2002, de 17 de diciembre de 2003 y de 17 de junio de 2004).

4º. Tienen legitimación activa para ejercitar la acción individual de responsabilidad, como antes se indicó, tanto los accionistas y los terceros, acreedores o no<sup>750</sup>; y también los demás administradores que se consideren perjudicados por el acto de uno de ellos, cuando se lesionen directamente los

---

<sup>747</sup> En el caso de la acción individual también. Así, DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 291 y 292. Es decir, no puede utilizarse el art. 135 LSA para fundar la responsabilidad de las personas que forman parte del órgano de administración cuando actúan “como personas individuales o como meros accionistas, que es lo que ocurre en el caso, en el que se pretenden mezclar ambas cualidades tomando en cuenta su actuar” (S.T.S. de 5 de febrero de 1991).

<sup>748</sup> V., en este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, p. 588.

<sup>749</sup> En este sentido, SANTOS BRIZ, J., “Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles”, *R.D.P.* abril, 1995, pp. 322 y 323, para quien tanto en el caso de la acción social como en el de la acción individual ser responderá conforme a lo dispuesto en el art. 133.1 de la Ley.

<sup>750</sup> En relación a la legitimación activa y pasiva, v. MAIRATA LAVIÑA, J., “Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1832 y ss.

intereses de aquéllos (S.S.T.S. de 21 de mayo de 1985, 4 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1992, S.T.S. de 17 de diciembre de 2003). Aunque la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 establece que “cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener que es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito”. En el mismo sentido, la S.A.P. de Murcia de 29 de abril de 2004.

Sobre las características de la acción individual, también pueden resultar interesantes la S.T.S. de 26 de noviembre de 1990 hace hincapié en que “El art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 135 LSA), hay que entenderlo como las acciones de indemnización contra los administradores que puedan ejercitar los socios y los terceros por los actos de aquéllos que lesionen directamente sus intereses, o bien, cuando se contemple una responsabilidad que afecte de forma directa a un socio o tercero, es decir, que no afecte al interés colectivo del ente social, sino a una persona concreta y determinada; y la de 11 de octubre de 1991 concluye diciendo que el art. 81 exige lesión directa (los denominados “daños primarios”) a los terceros por actos de los administradores; doctrina que se reitera en sentencias de 28 de febrero y 31 de julio de 1996”; la S.T.S. de 5 de diciembre de 1991, según la cual, para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad “ha de tratarse de responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros, que pueden ejercitar la acción individual contra los administradores, pero cuando actúan como órgano de la sociedad, sin que pueda mezclarse con ello el supuesto en que pudieran incurrir en responsabilidad sin tal carácter, como personas individuales o como meros accionistas, que es lo que ocurre en el caso, en el que se pretenden mezclar ambas cualidades tomando en cuenta su actuar como «vendedor de las acciones», en el que no actúa como administrador, por el hecho de serlo al

mismo tiempo pero sin que se pretenda fundamentación jurídica alguna fuera de su posición de tal administrador.”; y la S.T.S. de 8 de junio de 2004, según la cual la acción individual de responsabilidad del art. 135 presupone la concurrencia de un comportamiento del administrador, consistente en acción u omisión, que debe merecer la calificación de antijurídico; un daño a los intereses del socio o del tercero; y una relación de causal que debe ser directa entre aquel comportamiento y este resultado<sup>751</sup>.

c) Diferencias.

Como podemos comprobar, la acción social y la individual son independientes y sus diferencias residen, fundamentalmente<sup>752</sup>:

a) En el distinto bien jurídico protegido por cada una, en un caso el patrimonio social y en el otro el patrimonio de socios y terceros<sup>753</sup>

---

<sup>751</sup> Esta Sentencia reitera lo que es una constante jurisprudencial al respecto: v., así, las S.S.T.S. de 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 21 de noviembre de 1997, 28 de junio de 2000, 30 de marzo de 2001 y 18 de julio de 2002.

<sup>752</sup> Sobre las diferencias existentes entre la acción individual y la acción social contra los administradores, entre otras, las S.S.T.S. de 12 de abril de 1989 y de 29 de diciembre de 2000. Según esta última, lo que caracteriza a la acción social es que el daño se produce a la sociedad, aspecto que sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal. Es, por tanto, una dualidad perfectamente diferenciada. También sobre las diferencias entre acción social e individual, las S.S.T.S. de 29 de marzo de 2004 y de 29 de diciembre de 2000, ya citada esta última, en la que se hace una amplia exposición sobre el régimen de responsabilidad de los administradores recogido en la LSA (Fundamento de Derecho 4º). Partiendo de la distinción entre responsabilidad por daño y responsabilidad por deudas, realiza un análisis de los arts. 133, 134 y 135 de la LSA (insistiendo en la distinción entre la acción social y la individual), por un lado, y, por otro, del art. 262.5º del mismo texto legal. El contenido de esta Sentencia es reproducido, con posterioridad, en la S.T.S. de 30 de enero de 2001. V, además, la S.A.P. de Castellón de 7 de febrero de 2002 y la S.A.P. de Madrid de 16 de enero de 2004.

<sup>753</sup> Para LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, pp. 183 y 184, la principal diferencia entre la acción social y la individual recae en el patrimonio que directamente ha sufrido el daño por actos de los administradores. En sentido similar, AURIOLES MARTÍN, “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 35 y 42; MARTÍN VILLA, P., /GONZÁLEZ PRIETO, R., “Sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores societarios”, *R.D.P.*, septiembre de 1994, pp. 762 y ss y SANTOS BRIZ,

b) Y la legitimación para su ejercicio<sup>754</sup>, por un lado, en el caso de la acción social se trata de una legitimación a favor de la sociedad, y subsidiariamente a favor de socios y acreedores sociales, y, de otro lado, en la acción individual, se trata de una legitimación única a favor de socios<sup>755</sup> y terceros<sup>756</sup>, que pueden reclamar a título individual, sin que la sociedad pueda ejercitar esta acción.

Al margen de esas dos diferencias fundamentales, se ha señalado la existencia de otra diferencia entre ambas acciones que radica en la naturaleza de la acción que se ejercita<sup>757</sup>, aunque sobre esta cuestión existen distintas

“Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 323. Sobre esta cuestión, v. también la S.A.P. de Baleares de 27 de septiembre de 2000 y la S.T.S. de 7 de mayo de 2004.

<sup>754</sup> A ese ámbito de actuación y a ese daño se conecta la acción social de responsabilidad: ha de ser la propia sociedad sujeto pasivo del daño para que nazca la responsabilidad y pueda ejercitarse la acción social. Si el administrador causa daño directamente a los socios o terceros, el perjudicado podrá ejercitar la acción individual de responsabilidad. Así, MORILLAS JARILLO, *Las normas...*, *op. cit.*, p. 263, quien cita a QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 137; ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 684 y 685; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 924 a 927; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 167 y 196; GIRÓN TENA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 378 y ss; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 297 y 373; URÍA, *Derecho Mercantil*, 2001, *op. cit.*, pp. 343 y 344; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 247 y 248 y 324 y 325; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 13 y 24 a 27; FONT GALÁN, “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 313; GARRETA SUCH, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 127 a 176. En relación con la delimitación del ámbito de aplicación de las acciones sociales e individuales, v. también, ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 53.

<sup>755</sup> Entre la jurisprudencia que contempla el ejercicio de la acción individual por los socios: S.S.T.S. de 25 de junio de 1959, 12 de julio de 1984, 12 de abril de 1989, 19 de junio de 1990, 26 de noviembre de 1990, 5 de febrero de 1992, 26 de julio de 1994 y 29 de julio de 1994.

<sup>756</sup> Entre la jurisprudencia que contempla el ejercicio de la acción individual por parte de los acreedores: S.S.T.S. 14 de mayo de 1955, 28 de marzo de 1985, 9 de julio de 1987, 13 de febrero de 1990, 3 de abril de 1990, 11 de octubre de 1991, 4 de noviembre de 1991, 26 de diciembre de 1991, 26 de febrero de 1993, 28 de julio de 1993, 22 de abril de 1994, 22 de junio de 1995, 12 de junio de 1995, 13 de mayo de 1995, 20 de julio de 1995, 21 de julio de 1995, 5 de febrero de 1996 y 28 de febrero de 1996.

<sup>757</sup> Dadas estas diferencias, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 211, sostiene que es posible ejercitar y acumular en un mismo procedimiento dos acciones de responsabilidad civil solidaria, una contra la sociedad incumplidora, acción de naturaleza contractual (art. 1101 y ss CC); y otra contra los administradores, de naturaleza extracontractual.

posiciones doctrinales. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que en el caso de la acción social estamos ante una acción de naturaleza contractual, al producirse en el marco de las relaciones preexistentes entre las partes, y en el de la acción individual cabe que se trate de acciones de naturaleza contractual o extracontractual. Veamos algunos pronunciamientos particulares en relación, sobre todo, a la acción individual:

Para PÉREZ CARRILLO, todos los actos susceptibles de ser origen de responsabilidad exigible a través de la acción individual serán actos de los administradores realizados en cuanto que tales investidos del carácter y nunca podrá referirse tal acción a actuaciones realizadas en su esfera privada sin relación con la sociedad administrada. Lo que ocurre es que aunque todas las actuaciones de los administradores en el ejercicio de su cargo son imputables a la sociedad, en algunas ocasiones puede distinguirse una línea de causalidad directa entre la actuación negligente del administrador y el daño directo causado al patrimonio de socios y terceros. La esencia de esta acción no debe buscarse en la naturaleza contractual o extracontractual, sino en cuál sea el patrimonio dañado, y en distinguir cuál es la línea de imputabilidad (social) y causalidad<sup>758</sup>.

---

En esta línea, la S.T.S. de 13 de febrero de 1990, que confirma la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, condena solidariamente a los tres codemandados consejeros al pago de la deuda contraída por la sociedad demandada también “si ésta no hace efectiva la condena a que esta sentencia se refiere”. En los supuestos donde el acto culpable imputable al administrador ocasione un daño directo y doble, es decir, tanto al patrimonio social –en cuya virtud se ejercitará la acción social ex art. 134-, como al patrimonio individual del socio o del tercero –acción individual del art. 135, se podrá producir la acumulación de tales acciones - (LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 222). El tercero podrá optar entre acumular ambas acciones o ejercitar solamente una de ellas; ahora bien, si opta exclusivamente por la acción social y queda probado que el daño no lo ha sufrido la sociedad, sino directamente el propio demandante, el Juez no debe acoger la acción individual, toda vez que debe resolver por el principio de congruencia conforme a la acción ejercitada. Así se pronuncia la S.T.S. de 21 de mayo de 1985.

<sup>758</sup> PÉREZ CARRILLO, *La administración...*, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

La postura de ESTEBAN VELASCO, parece la más equilibrada al señalar que los actos que originen la acción individual siempre se sitúan dentro de la esfera de actuación orgánica imputable a la sociedad, llegando a decir que “el art. 135 LSA (...) solamente abre una vía de acción directa en supuestos especiales al actuar como órgano en el desempeño de sus funciones”. Este autor apunta a la distinción entre línea de imputabilidad y línea de causalidad<sup>759</sup>.

Por su parte, POLO SÁNCHEZ, considera que frente a los terceros la responsabilidad es siempre extracontractual, que sólo nacerá de las actuaciones culpables de los administradores “tanto si son puramente personales como orgánicas siempre -en este último caso- que se trate de actos de gestión y no de representación, en cuyo caso sería la sociedad la única responsable”. En cambio, frente a los accionistas la “organicidad o no del acto lesivo o su pertenencia o no pertenencia a la esfera de competencias orgánicas influirá directamente sobre la naturaleza -contractual o extracontractual- de la responsabilidad de los administradores”<sup>760</sup>.

A favor de la calificación como responsabilidad contractual de la que contraen los administradores frente a la sociedad y como responsabilidad extracontractual de la que contraen a favor de socios y terceros, entre otros, MOYA JIMÉNEZ<sup>761</sup>.

DIAZ ECHEGARAY<sup>762</sup>, por su parte, califica como contractual la responsabilidad social porque lo que caracteriza a aquella no es sólo la existencia de un contrato, sino la existencia de una obligación entre las partes,

---

<sup>759</sup> ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 53.

<sup>760</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 375. En relación con esta cuestión v. también DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 493 y ss.

<sup>761</sup> *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 276 y 286 a 289.

<sup>762</sup> *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 282 y 283 y 465 a 467.

fruto de una relación contractual o de una relación de otro tipo; mientras que la responsabilidad individual será extracontractual o contractual según los supuestos. Con dudas acerca de la calificación como extracontractual de la acción individual ejercitada por un socio, FONT GALÁN<sup>763</sup>.

Para ARANGUREN URRIZA la responsabilidad de los administradores deriva de la relación que les une con la sociedad y que se puede calificar de “contrato de administración”, constituido por la aceptación de su nombramiento, como negocio bilateral. Es, por tanto, de origen contractual<sup>764</sup>. Sin embargo, otros autores consideran que la fuente de la responsabilidad es la ley que sanciona el incumplimiento de los deberes que impone a los administradores<sup>765</sup>. No obstante, no puede pretenderse que un negocio jurídico contractual dé nacimiento a una relación orgánica no contractual. En realidad, estamos ante un negocio típico del derecho de sociedades en el que los deberes a cargo del administrador, aunque configurados rígidamente por la ley, nacen de la aceptación del cargo. Son deberes jurídicos y, en tanto, tales están sancionados por la ley.

Distinta y compatible con la responsabilidad social es la responsabilidad directa respecto de los acreedores y socios, por daños causados directamente a ellos por los administradores en las relaciones de los primeros con la sociedad. Tal responsabilidad es extracontractual aunque el daño se origine por la conclusión de algún contrato, pues su origen es la actuación orgánica de los administradores. En este caso, ellos, los administradores, no son parte en el contrato, sino representantes de la sociedad a quien sería exigible en su caso la responsabilidad contractual<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> “La responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 309.

<sup>764</sup> “Los órganos...”, *op. cit.*, pp. 574 y 575

<sup>765</sup> Entre otros, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 639 y ss. y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 259.

<sup>766</sup> ARANGUREN URRIZA “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 576.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, se sostiene el carácter extracontractual de la acción individual, por ejemplo, en la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000, según la cual, en esta acción destacan dos aspectos: a) se trata de una acción indemnizatoria, distinguiéndose esencialmente de la acción social en que el acto aquí atacado trasgrede los intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros por lo que se trata de una responsabilidad claramente extracontractual y b) el precepto habla de terceros “cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener que es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito”. E, igualmente, en la S.T.S. de 17 de julio de 2001, donde se sostiene que es consolidada la jurisprudencia que establece que la acción individual de responsabilidad se basa en la culpa extracontractual por inspirarse en el principio general de no causar daño a nadie.

En la misma línea, podemos citar también, entre otras, las S.S.T.S. de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991, 28 de febrero de 1996 y 17 de diciembre de 2003, donde se establece que, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial consideran que esta acción supone una aplicación concreta de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, en la que se exigirá una relación directa entre la acción u omisión del administrador y el daño al accionista o al acreedor, y la concurrencia de culpa o negligencia en el sentido general del Código Civil.

Vistas estas opiniones sobre la naturaleza que se atribuye a la responsabilidad, debemos poner de manifiesto que esa calificación determina, en gran medida, el plazo para el ejercicio de las distintas acciones. En este sentido, la postura mayoritaria es la que sostiene que siempre que entre en juego la acción social de responsabilidad, el plazo ha de ser el de cuatro años. Ya bajo la vigencia de la Ley de 1951 se entendía aplicable el plazo de cuatro

años desde el cese en el cargo por cualquier motivo, conforme al art. 949 CCom<sup>767</sup>. ARANGUREN URRIZA considera, no obstante, que dado que el daño debe producirse para que nazca la acción, ese plazo de cuatro años debe computarse desde que el daño se produce<sup>768</sup>. Además, como viene declarando el TS desde la Sentencia de 3 de febrero de 1962, la terminación en el cargo de administrador no extingue su responsabilidad.

Por lo que se refiere a la acción individual, las dudas, sin embargo, son mayores<sup>769</sup>. Así, parte de la doctrina considera que la responsabilidad que contraen los administradores frente a los terceros tendrá carácter extracontractual (sometida al plazo de un año), pero, si es el socio el que la ejercita, tendrá carácter contractual (cuatro años) o extracontractual (un año) dependiendo de la pertenencia o no del acto a la esfera de competencias orgánicas<sup>770</sup>. Para otros autores, sin embargo, es aplicable de forma genérica a

---

<sup>767</sup> También en este sentido, la S.A.P. de Madrid de 2 de febrero de 2001.

<sup>768</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 590 citando a SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de una sociedad anónima”, en AA.VV., coord. por IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, II*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2421 y ss. Sobre esta cuestión, v. las S.S.T.S. de 29 de abril y 2 de julio de 1999 y el Auto del TS de 31 de octubre de 2000.

<sup>769</sup> De acuerdo con el art. 124 del Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles, la acción de responsabilidad contra los administradores, social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

<sup>770</sup> Así, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 375 y 376; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 330 a 333 y 336 y 337. V., también, SANTOS BRIZ, “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 325. Encontramos, además, Sentencias de Audiencias Provinciales insisten en manifestar que para determinar el plazo de prescripción habrá que estar a la naturaleza contractual o extracontractual de la obligación contraída por la sociedad. En este sentido la S.A.P. de Guipúzcoa de 7 de febrero de 1998 y la S.A.P. de Madrid de 8 de mayo de 1997.

Por su parte, ALFARO ÁGUILA-REAL, “La llamada acción individual...”, *op. cit.*, 45 y ss., considera que tampoco es exacto calificar de contractual la responsabilidad individual del administrador cuando el que reclama es un socio y de extracontractual cuando el que reclama es un tercero. La aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual dependerá de qué acción está ejerciendo el socio o el tercero que exige la indemnización al administrador. Por otro lado, considera generalmente aplicable a la acción individual el plazo de un año del art. 1968. 2º del CC. El citado autor sostiene la teoría de que no existe una acción

toda acción individual contra los socios gerentes y administradores de una sociedad, tenga ésta naturaleza contractual o extracontractual, el plazo de prescripción de cuatro años del art. 949 CCom<sup>771</sup>.

Tampoco el criterio jurisprudencial al respecto es en absoluto pacífico, sino que existen pronunciamientos judiciales diferentes a propósito de cuál sea el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad. Resumidamente, vamos a comentar el tratamiento jurisprudencial de esta materia.

---

individual de responsabilidad sino acciones de los terceros contra los administradores por conductas realizadas por éstos en el ejercicio de sus funciones. Pero la LSA no regula tales acciones se limita a conjurar el riesgo de que el hecho de que el administrador responda frente a la sociedad se interprete, “a contrario”, en el sentido de que nunca responde personalmente frente a los terceros por su actuación como administrador. Por ello, la tarea que hay que hacer consiste en elaborar los grupos de casos en los que, con independencia de la existencia o no del art. 135 LSA, procede afirmar la responsabilidad personal y externa de los administradores sociales frente a terceros. Estos casos se pueden ordenar en dos grupos. Por un lado, los casos de responsabilidad externa del administrador frente a los acreedores extracontractuales de la sociedad. Por otro, los casos de responsabilidad frente a terceros contractuales por los daños causados a éstos con su actuación personal en el ejercicio de sus funciones como administrador (pp. 53 y ss.). Y concluye, afirmando que el régimen de las acciones de responsabilidad que puedan interponer terceros contra los administradores sociales es plural y ha de buscarse, fuera de la LSA, en el régimen general de las obligaciones contractuales y extracontractuales y que la sociedad no responde indemnizatoriamente de los daños causados los administradores a los socios en su función de gestores del contrato social. De tales daños responde exclusivamente al administrador (p. 76).

<sup>771</sup> Para LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *Los administradores...*, *op. cit.*, p. 239. En el mismo sentido la S.A.P. de Murcia de 14 de febrero de 1998; la S.A.P. de la Coruña de 17 de enero de 2000; la S.A.P. de Cáceres de 26 de febrero de 2002 (que cita las S.S.T.S. de 22 de junio de 2000, de 20 de julio de 2001, de 29 de abril de 2001 y de 3 de octubre de 2001); la S.A.P. de Guadalajara de 23 de septiembre de 2003 (que cita la S.T.S. de 20 de julio de 2001, haciéndose eco de las razones que apunta esta sentencia a la acción individual del plazo de cuatro años); la S.A.P. de Castellón de 21 de julio de 2003 (que también cita la S.T.S. de 20 de julio de 2001, haciéndose eco de las razones que apunta esta sentencia a la acción individual del plazo de cuatro años) y la S.A.P. de Zaragoza de 6 de julio de 2004 (que cita las S.S.T.S. de 20 de julio de 2001, de 30 de noviembre de 2001, de 7 de junio de 2002, de 6 de marzo de 2003 y de 17 de diciembre de 2003). Finalmente, decir que en la S.A.P. de Castellón de 27 de noviembre de 2003 se alega como motivo segundo del recurso la infracción de la excepción de prescripción e los artículos 1961 y 1969 CC por su inaplicación, y del art. 1968.2 del mismo cuerpo legal por su aplicación indebida. Motivo que es desestimado después de proceder a exponer las diversas posiciones que existen en torno a la cuestión que comentamos.

La S.A.P. de Madrid de 30 de mayo de 2000: “Puede afirmarse que la denominada acción social de responsabilidad (art. 134 de la L.S.A.) tiene una clara naturaleza contractual, mientras que la individual (art. 135 de la L.S.A.) comparte a juicio de la mayor parte de la doctrina, tal naturaleza cuando se ejercita por un socio por actos lesivos de los administradores que pertenecen a su esfera competencial u orgánica, (...), pero tendrá carácter extracontractual cuando el daño al socio, aun realizado por el administrador investido de su función o cargo, se lleva a cabo fuera del ámbito de su competencia orgánica y, en principio, cuando perjudique a terceros (...). Sobre esta base parece fácil decir que el plazo de prescripción de cuatro años que regula el artículo 949 del CCo se aplicará cuando estemos ante una caso de responsabilidad contractual o legal, mientras que el de un año (art. 1968 CC) se reserva a la pura acción individual de responsabilidad, aunque surgen discrepancias sobre esta materia, incluso en el TS ya que respecto a la acción individual ha sostenido a veces su carácter extracontractual (SSTS de 11 de octubre de 1991, 21 de mayo de 1992) mientras que en otras pretende ligarlo a la relación contractual incumplida y origen del daño sufrido por el tercero (SSTS de 22 de junio de 1995 y de 14 de mayo de 1996)”.

En cuanto al plazo que debe observarse en la promoción de las distintas acciones de responsabilidad contra los administradores y, en concreto, en lo que se refiere a la acción individual de responsabilidad, debe destacarse la S.T.S. de 20 de julio de 2001. En ella se pone de relieve la línea jurisprudencial sinuosa sobre prescripción de la acción individual. Y lo hace citando las Sentencias de 21 de mayo de 1992 (que aplicó a la acción individual el plazo de un año del art. 1968.2º CC por remisión del art. 943 CCom), de 22 de junio de 1995 (que declaró aplicable el plazo de cuatro años del art. 949 del CCom), la de 29 de abril de 1999 (igual que la anterior), la de 2 de julio de 1999 (que considera aplicable el plazo de un año respecto de las acciones de naturaleza extracontractual), la de 2 de octubre de 1999 (plazo de

un año por ser la acción de naturaleza extracontractual, pero que se refiere a los liquidadores de la sociedad) y la de 31 de enero de 2001 (se decanta por el plazo de un año). Finalmente, en el Fundamento de Derecho 4º se señala que es necesario fijar la doctrina de la Sala de lo Civil, debiéndose declarar “que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el art. 135 LSA- TR de 1989- es el de cuatro años del art. 949 C.Com.”. Apoya la solución adoptada en las siguientes razones. Entre otras razones porque “la polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual contemplada en el art. 135 LSA cuando la ejerciten los terceros frente a los administradores es en cierta medida estéril”<sup>772</sup>. Sin embargo, a pesar de la rotundidad del TS en la

---

<sup>772</sup> Las razones que, en concreto, comenta la citada sentencia son: “A) El art. 943 CC, punto de partida para llegar al art. 1968-2º CC, se refiere textualmente a «las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio». Sin embargo resulta que el propio CC, en su art. 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a «la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades», sin distinción alguna, por más que su emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose sólo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios. B) La acción individual de responsabilidad, ya corresponda a los socios, ya a terceros, se regula específicamente en un precepto de la LSA-TR 1989, el art. 135, que es una norma mercantil cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio, a tenor del art. 121 de este último y dado su carácter de Cuerpo legal básico en el ámbito mercantil, antes que en el Código Civil. C) Existiendo por tanto en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo de ejercicio de «la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades», no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas, las ejercitadas para exigir responsabilidad «por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902», debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general. D) La polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual contemplada en el art. 135 LSA cuando la ejerciten los terceros frente a los administradores es en cierta medida estéril: primero, porque cuenta con una regulación propia en dicho precepto que la especializa o especifica respecto a la obligación genérica, contemplada en el art. 1902 CC, de reparar el daño causado por culpa o negligencia; segundo, porque la parcial coincidencia de los requisitos o presupuestos de la obligación reparadora o indemnizatoria contemplada en cada uno de dichos preceptos no significa necesariamente identidad total, dada la conexión del art. 135 LSA con sus arts. 133 y 127.1, con la consiguiente referencia a un determinado modelo de diligencia cuya inobservancia determina la culpa del administrador, y la exigencia legal de que la lesión causada a los intereses de los terceros por los actos de los administradores sea directa;

Sentencia citada, en otra posterior, de 26 de octubre de 2001, se vuelve a inclinar por la aplicación del plazo de la acción basada en la responsabilidad extracontractual y no el de cuatro años del art. 949 CCom.. Así, afirma que “el plazo de cuatro años de duración no es correcto frente a la responsabilidad fundada en el art. 135 TRLSA”.

Con posterioridad a esta Sentencia de octubre de 2001, sin embargo, parece que el criterio, finalmente, se ha unificado, de forma que se considera aplicable a la acción del art. 135 LSA el plazo de prescripción de cuatro años del art. 949 CCom. En esta línea, podemos citar, las S.S.T.S. de 26 de mayo de 2004 (que cita, en el mismo sentido, las S.S.T.S. de 20 de julio de 2001, de 7 de junio de 2002 y de 19 de mayo de 2003); de 7 de mayo de 2004, que aplica la doctrina establecida por la S.T.S. de 24 de marzo de 2004 en relaciones a las razones en las que se funda la consideración de la aplicabilidad del art. 949 del

---

tercero, porque la acción individual contemplada en el art. 135 LSA lo es de indemnización «por actos de los administradores», es decir en cuanto tales administradores o por razón de su cargo, lo que refuerza la aplicabilidad del art. 949 CCom; cuarto, porque nada impide que junto con la acción del art. 135 LSA, por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del art. 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad, es decir no ya como tal administrador; quinto, porque si el art. 135 LSA se entendiera referido a la responsabilidad del administrador en su esfera personal, resultaría un precepto superfluo que perdería su justificación más segura como excepción a las reglas de imputación normalmente derivadas del carácter orgánico de la actuación del administrador; y sexto, porque la presunta nitidez de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a quienes no sean socios se desdibuja en gran medida cuando, como suele suceder en la práctica y ocurre también en el caso examinado, la acción se ejercita contra el administrador o administradores por un acreedor social que lo es precisamente en virtud de uno o varios contratos celebrados con la sociedad a través del propio administrador. E) La unificación del plazo de prescripción en el de cuatro años del art. 949 CCom aporta a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acudiendo de un modo lógico y dotado de un indiscutible apoyo normativo a un solo plazo para las acciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, con la ventaja añadida de la certeza que en tal caso se logra en orden al cómputo inicial del mismo plazo. F) Finalmente, siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción posiblemente aplicables, siempre habría que optar por el de mayor duración por ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada”.

CCom al art. 135 de la LSA y que no son sino las establecidas en la tantas veces citada STS de 20 de julio de 2001); de 17 de diciembre de 2003 (que cita la S.T.S. de 20 de julio de 2001); y, finalmente, la S.T.S. de 6 de marzo de 2003 (que cita en el mismo sentido las S.S.T.S. de 29 de abril de 1999, de 20 de julio de 2001, de 30 de noviembre de 2001 y de 7 de julio de 2002).

Finalmente, se ha planteado por parte de la doctrina la duda sobre si son de aplicación las normas de los arts. 133 y 134 a la acción individual<sup>773</sup>. Esta cuestión fue principalmente debatida antes de la reforma de 1989<sup>774</sup>. Con posterioridad se considera más oportuno considerar que la medida de la culpa, las reglas de solidaridad, las reglas de limitación y las de exoneración serían las mismas que en el caso de la acción social, porque el administrador en el ejercicio de su cargo debe actuar siempre cumpliendo con los deberes propios de su cargo en beneficio del interés social, y sin dañar a otros interesados en la relación jurídica obligatoria de administrar como son socios y accionistas. No

---

<sup>773</sup> Algunos autores consideran que el régimen aplicable subsidiariamente no es el de los arts. 133 y 134, ya que se trata de responsabilidades diferentes. Así, RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 407. Según esta línea, la exigencia de responsabilidad a través de la acción individual se rige por las normas de Derecho común de responsabilidad extracontractual. En esta cuestión, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 376 y ss, al estudiar de forma comparada la Ley de 1951 y el TRLSA llega a la conclusión de que el régimen del art. 133 es más estricto con el comportamiento de los administradores, en contraposición a la situación anterior a la reforma, y que este artículo puede ser aplicable “puesto que la responsabilidad(...) ex art. 135 puede ser contractual o extracontractual, según esté contraída en el ejercicio de sus competencias orgánicas (no representativas) por los administradores o al margen del mismo en una actuación personal -aunque investidos de su función- (...)”, concluye que para supuestos de responsabilidad contractual frente a los socios sí que se aplica el art. 133, sino el art. 1902, de culpa extracontractual.

<sup>774</sup> La doctrina posterior a la reforma de 1989 parece coincidir en cuanto a que la diligencia exigible es la misma respecto de ambas acciones, particularmente por cuanto a la modificación del régimen de diligencia exigible frente al sistema de 1951. Así, GARRETA SUCH, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 130; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 377; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 327. Con anterioridad a la reforma de 1989, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 167 y GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, *op. cit.*, II, p. 198, consideraban que a pesar de la independencia entre ambas acciones la diligencia exigible en ambos casos era la misma.

obstante, a pesar de que se trate de los mismos presupuestos, la evaluación y valoración de los mismos será algo diferente.

Sobre esta cuestión, opina LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO<sup>775</sup>, que el criterio para medir la culpa y la diligencia exigible a los administradores, tanto en la acción social como en la individual requiere un tratamiento unitario, por lo que son también aplicables a esta acción los arts. 127 (al que hay que añadir los arts. 127 bis a 127 quáter) y 133 LSA. Así lo reconoce, entre otras, la S.A.P. de Tarragona de 1 de abril de 1998<sup>776</sup>.

Tal concepto único de culpa supone, en primer lugar, que tanto en la acción individual como en la acción social serán aplicables las causas de exoneración tipificadas en el art. 133. 3 de la LSA. Y, en segundo lugar, como también sucedía bajo la anterior legislación, se aplicará a la acción individual de responsabilidad, la responsabilidad solidaria en los supuestos de actuación conjunta (mancomunada) o colegiada, por la dificultad en estos casos de determinar quién es el culpable así como por la dificultad de repartir la culpa y precisar la proporción<sup>777</sup>.

En relación al plazo de ejercicio de la acción regulada en el actual art. 135 de la LSA, la S.T.S. de 12 de julio de 1984 considera que no es de aplicación el establecido en el artículo anterior. Es decir, que la acción a que se refiere el art. 135 no está sometida al plazo de un mes establecido en él.

---

<sup>775</sup> *Los administradores...*, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

<sup>776</sup> En contra, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción...”, *op. cit.*, pp. 45 y ss, para quien no tiene sentido, añade, “aplicar las normas sobre distribución de responsabilidad en el seno de órgano colegiado de administración, ni las reglas sobre solidaridad, ni las reglas sobre exoneración de un administrador (...)”.

<sup>777</sup> Sobre esta segunda cuestión *v.* las S.A.P. de Madrid de 14 de julio de 1997 y la SAP de Murcia de 14 de febrero de 1998.

**B. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS Y DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN EJECUTIVA<sup>778</sup>.**

La determinación de la forma en que la responsabilidad de los miembros del Consejo de administración se ve afectada cuando la actuación que da origen a la responsabilidad ha sido llevada a cabo por una persona en quien el Consejo ha delegado algunas o todas sus facultades de administración y representación constituye una de las cuestiones centrales de la disciplina societaria. Antes de entrar en el estudio de la cuestión planteada, debemos advertir que con independencia de cual sea la naturaleza jurídica de los delegados está claro que comparten la condición de administradores de la sociedad por lo que quedan sometidos a un régimen de responsabilidad análogo al de los demás miembros del Consejo<sup>779</sup>. Es decir, si la administración se ha organizado en forma de Consejo de administración, el sistema de responsabilidad expuesto se entiende aplicable tanto a los miembros del órgano colegiado como, en su caso, a los órganos delegados<sup>780</sup>.

No obstante lo dicho, la vigente normativa societaria se limita a regular el régimen general de responsabilidad de los administradores sin consideración del supuesto extraordinariamente difundido en la práctica, en que para el ejercicio de las funciones de administración coexisten Consejo de administración y una o varias personas en quien éste delega todas o algunas de sus facultades<sup>781</sup>. De hecho, existe una cuestión de gran trascendencia y que,

---

<sup>778</sup> Sobre las relaciones entre Consejo y delegados, y su influencia sobre el régimen de responsabilidad, recordar las consideraciones realizadas en la Parte Segunda, Capítulo III, I, A de este trabajo. Sobre esta misma cuestión, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “Códigos de conducta...”, *op. cit.* pp. 327 y ss.

<sup>779</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 30 y 31.

<sup>780</sup> Así, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 291; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 287; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 271; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 351 y ss.

<sup>781</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 31.

como decimos, la Ley no resuelve y que es la relativa a la incidencia de la delegación sobre el régimen de responsabilidad expuesto, es decir, en qué manera se ve afectado éste régimen de responsabilidad por el hecho de la delegación misma. En otras palabras, se plantea la cuestión de si implicando la delegación un plus de obligaciones y funciones para el consejero, ello supondrá una especial calificación en sede de responsabilidad. La existencia de administradores “durmientes”, o consejeros “supervisores”, junto con otros activos, ejecutivos o “gestores” plantea el alcance de la responsabilidad de aquéllos, y sobre todo el origen de tal responsabilidad en obligaciones subsistentes (a pesar de la delegación), sea por vigilancia o por elección. Se trata, en todo caso, de una cuestión no resuelta por el legislador y que impone un planteamiento especial en el proceso de reforma del órgano de administración abierto desde hace tiempo en nuestro ordenamiento<sup>782</sup>. En este sentido, el principal interrogante que se plantea se centra en cuál es la responsabilidad de los demás administradores por los actos realizados por los delegados. A este respecto, se han mantenido posiciones diferentes.

1º. Algunos autores consideran que la responsabilidad de esos otros administradores se atenúa en caso de no haber participado en el acto de gestión de que se trate, dada “la falta de nexo causal entre el acto lesivo y el operar del administrador no delegado, de forma que no concurren los presupuestos que se exigen para que se desate la responsabilidad de los administradores”<sup>783</sup>. De ello se deduce que en caso de que existan cargos delegados se rompe la regla de la solidaridad y, por tanto, se modula la responsabilidad de los demás consejeros<sup>784</sup>.

---

<sup>782</sup> Así se expresa ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 618.

<sup>783</sup> SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.* p. 273 y “Supuestos...”, *op. cit.*, pp. 930 y ss.

<sup>784</sup> No es unánime el criterio de la doctrina española a la hora de determinar la supervivencia o desaparición de la solidaridad entre los delegados y los no delegados. Para IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 350 a 364, la actividad exigida a los delegados adquiere particular

relieve, pero la delegación no reduce la del Consejo a una responsabilidad *in vigilando*, sino que subsisten las culpas *in ommittendo* e *in committendo*: la responsabilidad de los administradores no delegados se produce como consecuencia del incumplimiento de su deber de administrar, sin que la delegación opere una exoneración propiamente dicha, sino más bien determine una distinta medida del deber de diligencia. Para RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 382 y ss, el deber de diligencia de los delegados ha de adecuarse a su función. La delegación no supone exención de responsabilidad de los no delegados, pero ha de determinarse cuál es el contenido de dicha responsabilidad, analizando la oportunidad de la delegación, cómo, cuándo incurren en culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo*. A juicio de SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 269 a 276, la delegación regular libera de responsabilidad a los no delegados, salvo que se haya producido un incumplimiento de los deberes de vigilancia e intervención por parte de los miembros del Consejo de administración. Para ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 719 a 725, subsiste en todo caso la solidaridad, porque la delegación no elimina las facultades del delegante ni hace desaparecer la concurrencia en la gestión, base de la responsabilidad solidaria. Para QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 277<sup>a</sup> 328 y 333 a 337, ni la delegación ni los apoderamientos exoneran de responsabilidad a los miembros del Consejo de administración, pero alteran el título en que esa responsabilidad se puede contraer y, en concreto, eliminan la responsabilidad solidaria entre los administradores delegados y no delegados, salvo en los supuestos en que se pueda apreciar alguna culpa (*in vigilando*, *in eligendo*...) en los delegantes. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/FERNÁNDEZ RORÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 30 y ss., consideran que los administradores no delegados no pierden sus facultades, se instaura una competencia concurrente en la que se sustenta la subsistencia de la solidaridad, aunque en ciertos casos se altere el título para exigir responsabilidad a los no delegados, se modula su responsabilidad en el sentido de que varía el módulo de diligencia que les es exigible y probar su falta de culpa puede resultar más sencillo; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 123 a 125, afirma que el mecanismo de la delegación altera el deber de diligencia, pero no elimina el régimen de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración. En opinión de MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 17, la delegación de facultades en uno o varios consejeros o en personas ajenas al Consejo “no implica por sí sola la exención de responsabilidad de los demás consejeros. Su deber de diligencia siempre está relacionada con la culpa *in eligendo* (sic), *in instruendo* e *in vigilando*”. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 352 a 377, afirma lo evidente que resulta “que el tratamiento de la responsabilidad de los administradores ha de verse afectado si se distribuyen las funciones rompiendo la igualdad entre los miembros”, para manifestar más adelante que “la delegación de facultades del Consejo en uno o varios de sus miembros no modifica el régimen general de responsabilidad social de los administradores”. Esta aparente contradicción que puede salvarse a la luz de la que considera el autor una necesidad: es preciso tener en cuenta el gran número de variaciones posibles que admite la delegación. Cuando los no delegados no intervienen en la designación de los delegados ni les es dado controlar su actuación ni revocarla, no se les puede responsabilizar de los actos o acuerdos lesivos de aquellos; por el contrario, cuando existe concurrencia en la gestión entre los delegados y los que no lo son (facultades indelegables, *culpa in instruendo*, *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando*), se justifica la solidaridad de todos ellos. Afirma, finalmente, que “el juego de las causas de exoneración resta importancia práctica a la cuestión, si bien variará la carga de la prueba”. Para

2º. Otros autores consideran, sin embargo, que la responsabilidad de los consejeros no delegados no desaparece, sino que queda reducida a los supuestos de *culpa in eligendo* (en la elección de la persona que debe desempeñar el cargo de delegado<sup>785</sup>) *in instruendo* (la diligencia *in instruendo* es la diligencia exigible en cuanto a la instrucción o dirección que el principal debe de dar a la persona dependiente)<sup>786</sup> e *in vigilando* (por incumplir el deber de diligencia consistente en inspeccionar, informar e investigar la conducta de los delegados, obligación o deber de vigilancia y control que le corresponde desde el momento en el que el Consejo es el responsable del resultado de la gestión<sup>787</sup>)<sup>788</sup>.

---

GARRIGUES WALKER, A., “Nota introductoria”, en J&A GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. XVII, la delegación de facultades no implica por sí sola la exoneración de responsabilidad de los demás consejeros: “Su deber de diligencia (...) siempre estará relacionado con la culpa *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando*”. POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.* pp. 291 a 293, al analizar los problemas que plantea la exigencia de responsabilidad por culpa *in eligendo* y por culpa *in vigilando*, descarta la primera, salvo en los casos en que la delegación recae en un consejero nombrado por cooptación, mientras que admite la segunda, no sin reservas; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>785</sup> La facultad que se atribuye al Consejo de encomendar a un delegado funciones de representación y administración conlleva la obligación de elegir cuidadosamente la persona del delegado. Sin embargo, la necesidad de que el delegado sea designado de entre los consejeros, a su vez nombrados por los accionistas, limita hasta tal punto la capacidad de elección del Consejo que, salvo en supuestos excepcionales, difícilmente podrá imputársele culpa *in eligendo*. En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>786</sup> El Consejo conserva siempre la responsabilidad última de la administración de la sociedad y, en consecuencia, del resultado de la gestión de los negocios sociales. Por tanto, le corresponderá la orientación básica y general de esos negocios. En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

<sup>787</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 44.

<sup>788</sup> POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p.292; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, pp. 394 y ss. Con matizaciones IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 358 a 364; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

3º. Finalmente, hay quien considera que el régimen de responsabilidad de los miembros del Consejo no se altera por la delegación de facultades, de modo que permanece la responsabilidad solidaria de todos ellos por la actuación de los órganos delegados. La única diferencia es el distinto grado de diligencia exigible a los Consejeros delegados y no delegados<sup>789</sup>. Atenuación o modulación de responsabilidad que no procederá en caso de apoderamiento general otorgado por el Consejo. En este sentido se manifiesta ARANGUREN URRIZA, para quien la distribución de funciones, por vía de delegación, constituye una práctica a fomentar legislativamente sin que ello suponga una vía para eludir responsabilidades, pero si debiéndose tener en cuenta los respectivos cometidos a la hora de establecer y graduar la responsabilidad<sup>790</sup>.

Nosotros entendemos que, aunque la Ley no contempla especialidad alguna en la responsabilidad del administrador en función de que exista o no delegación, es evidente que la introducción de esta figura en una sociedad supone una redefinición del papel del administrador, sobre todo del administrador no delegado, que pasa de ser un gestor de la sociedad a ser un supervisor de la actuación del delegado<sup>791</sup>. En consecuencia, en caso de que exista delegación, la responsabilidad de los consejeros no delegados debe vincularse a la existencia de un deber propio infringido, cual es su deber de vigilancia<sup>792</sup>. Ello determina la importancia que adquiere en estos supuestos

---

<sup>789</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 718 y 723; DIAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 368.

<sup>790</sup> ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (2004), p. 576.

<sup>791</sup> Dado que el mecanismo de la delegación de facultades introduce cambios en el desarrollo de la tarea de administración, se hace necesario adecuar la exigencia de responsabilidad a la naturaleza de los deberes propios de los administradores, delegados y no delegados, como expresamente reconoce el art. 2392 párr. 1 *Cod. Civ.* italiano y la doctrina española.

<sup>792</sup> En este sentido, ESTEBAN VELASCO, “La renovación...”, *op. cit.*, pp. 181 y 182, quien se plantea la conveniencia de una reforma legal del régimen de responsabilidad para acoger expresamente una mención en este sentido; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 33; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1766.

(Consejo de administración con delegación de facultades) el ejercicio del derecho de información de los consejeros como instrumento para cumplir su función de vigilancia y control<sup>793</sup>.

En definitiva, en caso de delegación de facultades subsiste el principio de responsabilidad solidaria<sup>794</sup> y la única particularidad radica en la propia modulación del deber de diligencia, fundamentalmente, en función de la peculiar posición orgánica que asumen delegados y no delegados. La particularidad del supuesto de la delegación no radica, por tanto, en que se excepcione la solidaridad, sino en que, al probar la falta de culpa, el módulo de diligencia exigible es distinto según se trate de administrador delegado o no delegado<sup>795</sup>.

---

<sup>793</sup> Así, MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1766; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 344 y ss; VELASCO SAN PEDRO, “La información...”, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

<sup>794</sup> La tendencia seguida en las legislaciones europeas es mayoritariamente contraria a que la regla de la solidaridad venga exceptuada por la existencia de la delegación de facultades. La única excepción a esta regla la representa el *Codice Civile* italiano de 1942, que excluye, en principio, la solidaridad cuando “se trate de atribuciones propias del Comité ejecutivo o de dos o más administradores” (art. 2392 párr. 1 *Cod. Civ.* italiano).

<sup>795</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 35. En palabras de QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 574, la delegación, al descentralizar funciones, puede diversificar el título de exigencia de la responsabilidad (por acción u omisión en el caso de los delegados; por falta de vigilancia, por mala elección o instrucción en los no delegados), pero eso no implicaría una ruptura de la colegialidad (apoyada especialmente en las competencias indelegables del Consejo) ni un menoscabo de la responsabilidad solidaria, siempre sin perjuicio de la exoneración que, ciertamente, quedaría facilitada para los no delegados en los términos del art. 133.2 (hoy art. 133.3) (probando la no intervención y el desconocimiento, la actividad conveniente para evitar el daño, o, al menos, la oposición expresa) que parecían pensados para esa situación. Éste, en términos generales, es el modelo resultante tanto de las normas de organización (art. 141) como de las de responsabilidad (art. 133) y así, en general, ha venido siendo expuesto en la doctrina (RODRÍGUEZ ARTIGAS, IGLESIAS PRADA, QUIJANO GONZÁLEZ etc., sobre el régimen de delegación y responsabilidad antes de la LSA de 1989; SÁNCHEZ CALERO, POLO SÁNCHEZ, DIAZ ECHEGARAY, etc., ya con el régimen vigente; v. especialmente las consideraciones de ALONSO UREBA al respecto, pp. 717 y ss, con algunos matices que, a mi juicio, no obstan a una interpretación final equivalente).

Hay que señalar, sin embargo que, cuando quien actúa y decide es el propio Consejo, todos los administradores, delegados y no delegados, responden en igual medida, y lo mismo ocurrirá cuando los delegados sometan ciertas actuaciones al Consejo y, antes de su ejecución, cambien las circunstancias. Por otro lado, resulta evidente que cuando se trate de facultades indelegables, la responsabilidad de los administradores no delegados permanece inalterada ya que el administrador delegante no puede desentenderse de las mismas. En este sentido, la S.A.P. de Madrid de 30 de mayo de 2000.

A la Comisión ejecutiva se aplicará el régimen general anteriormente expuesto respecto al Consejo. Aunque en la mayoría de las ocasiones los administradores no delegados desconocerán las actuaciones concretas del órgano delegado, ello no será causa de exoneración automática, sino que ésta exigirá la prueba por los administradores no delegados de que han cumplido con el módulo de diligencia exigible a los mismos (inexistencia de culpa *in eligendo, in instruendo e in vigilando*). Si los administradores no delegados conocieran del acto del órgano delegado causante del daño, la exoneración exigirá, en base al art. 133.3 LSA, bien la prueba de que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o bien de que, al menos, se opusieron expresamente<sup>796</sup>.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es posible establecer el régimen de responsabilidad de los miembros del Consejo en los supuestos en los que la actuación que da origen a la responsabilidad ha sido realizada por un Consejero delegado en el ejercicio de las funciones que le habían sido delegadas por el Consejo de administración. En este sentido, el principio general de responsabilidad basada en la culpa, del art. 133 LSA, no puede quedar sustituida por la exigibilidad de una responsabilidad puramente

---

<sup>796</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

objetiva por el hecho de que el Consejo de administración haya delegado sus facultades. Por tanto, queda excluida la responsabilidad de primer grado o directa de los miembros del Consejo respecto de aquellas actuaciones que hayan sido llevadas a cabo por el delegado. Es decir, no se puede imputar al Consejo de administración responsabilidad *in committendo* por una actuación que ha sido llevada a cabo por otra persona en ejercicio de sus propias facultades de administración. Sin embargo, la ausencia de responsabilidad *in committendo* no excluye la responsabilidad del Consejo por las actuaciones culpables de sus delegados. Al Consejo le corresponde una responsabilidad de segundo grado o indirecta en cuanto a la acción. Esta responsabilidad de segundo grado, que sigue estando sometida al principio de culpabilidad, representa un supuesto típico de responsabilidad por hecho ajeno, que de acuerdo con el art. 1903 CC es exigible con carácter general por los actos de todas “aquellas personas de quienes se deba responder”<sup>797</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, destacan las siguientes Sentencias:

La S.A.P. de Lérida de 30 de marzo de 1998, que sostiene que una cosa es la responsabilidad que en bloque pueda exigirse a los Consejeros delegados a causa de su intervención directa en el acto o gestión dañoso y otra la responsabilidad que pueda atribuirse a los miembros del Consejo de administración no integrados en el órgano delegado, por virtud de su eventual participación meramente indirecta u omisiva (insuficiente vigilancia o control) en el mismo acto, lo que, en todo caso, siempre dará lugar a la configuración de un tipo de reprochabilidad diferente fundado en una clase de conducta distinta.

---

<sup>797</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

La S.A.P. de Burgos de 23 de diciembre de 1998, según la cual la delegación de facultades no excluye la responsabilidad de los demás administradores ni su deber de vigilancia o intervención sobre los delegados, que han de ejercitarlo diligentemente.

La S.A.P. de Baleares de 27 de septiembre de 2000, que afirma que la designación de un Consejero delegado no implica que los restantes componentes del Consejo dejen de ostentar la cualidad de administradores del ente social, con las facultades y deberes correspondientes, con independencia de la responsabilidad que, en su caso, pueda corresponder a dichos administradores por la inadecuada elección del Consejero delegado, y sin perjuicio de la obligación de todos los miembros del Consejo de vigilar el modo en que el Consejero delegado ejerce las funciones que le han sido encomendadas.

Y la S.A.P. de Vizcaya de 17 de octubre de 1996, que manifiesta que habida cuenta que el nombramiento del demandado lo fue como Consejero delegado, a dicho cargo le es de aplicación el régimen general de responsabilidad sin tenerse en cuenta el fenómeno de la delegación, en cuanto son cargos de gestión de la misma, “pues no debe olvidarse que la creación de órganos delegados no limita la competencia del Consejo, sino que, al contrario, crea una competencia concurrente entre ambos órganos. Por tanto, la responsabilidad solidaria de los administradores, como responsabilidad personal, recae, en principio, sobre todos los miembros del Consejo de administración, cualquiera que sea la configuración de tal órgano, pero insistiendo que, la delegación en consejeros de la gestión inmediata de la empresa tampoco libera al Consejo de sus obligaciones, de forma directa en aquellas facultades configuradas legalmente como indelegables en el art. 141.1 TRLSA e indirectamente, por *culpa in vigilando*, respecto de las delegadas”.

Finalmente, para terminar con la cuestión relativa a la responsabilidad de los administradores, queda por hacer una referencia, si quiera breve, a otra serie de cuestiones relacionadas con esta principal.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 51 del Reglamento SE (SE), aplicable tanto al sistema dual como al sistema monista de administración, “Los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones”. Es decir, existe una remisión en bloque a las disposiciones que, en esta materia, existan en el Estado miembro donde esté domiciliada la SE, aplicables a las sociedades anónimas.

En segundo lugar, al régimen de responsabilidad de expuesto, hay que unir los supuestos específicos de responsabilidad que establece la Ley para determinados incumplimientos. Tal responsabilidad se superpone a la que les alcanza por la propia falta de diligencia frente a la sociedad misma. Así, por ejemplo, la responsabilidad solidaria por las deudas sociales en caso de no cumplir su deber de convocar la Junta que acuerde la disolución o solicitar la disolución judicial (arts. 262.5 TRLSA), a la que ya nos hemos referido alguna vez a lo largo del capítulo.

En tercer lugar, pese a la importancia que el legislador le atribuye al tema de la responsabilidad de los administradores y al interés que suscita esta materia en la doctrina, como pone de relieve MORILLAS JARILLO, la incriminación civil o penal de los administradores no es la panacea de los

problemas de gobierno corporativo<sup>798</sup>. Y las razones son varias: por un lado, las acciones de responsabilidad son un mecanismo costoso y excepcional dadas las dificultades de su ejercicio. Por otro, por las consecuencias que conlleva: judicializar las relaciones económicas; obstaculizar la aceptación del cargo de administrador; mermar la capacidad de los administradores, ante el temor de incurrir en responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones que desempeñan los administradores<sup>799</sup>.

En cuarto lugar, las repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores, con motivo de la probación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Sin entrar en detalles, por exceder de nuestro estricto ámbito de estudio, una de las cuestiones principales que se plantean en la línea que comentamos es la influencia que la declaración de concurso de la sociedad tiene sobre las acciones contra los administradores previstas en las LSA. De la escasa referencia de la LC a esta cuestión (sólo se refiere en un precepto a la acción social, dentro de los “Efectos sobre el deudor persona jurídica”), podemos extraer dos conclusiones:

1º. Las acciones (individuales, sociales, o del art. 262.5) iniciadas antes de la declaración del concurso seguirán su tramitación normal, al margen del procedimiento concursal. Es decir, no se van a ver afectadas.

2º. La declaración de concurso tampoco afecta al ejercicio posterior de cualquiera de esas acciones, con la excepción de la acción social, para la cual la LC extiende la legitimación activa a la administración concursal

---

<sup>798</sup> *Las normas...*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>799</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Presentación”, en J&A GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. XIX y ss; GARRIGUES, *Comentario...*, II, *op. cit.*, p. 157; GARRIGUES WALKER, A., “Nota...”, pp. XV a XVII; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. pp. 28 y 143. También la jurisprudencia ha acogido esta posición. En este sentido, la STS de 13 de octubre de 1986.

(legitimación que es autónoma e independiente de las previstas en el art. 134) y otorga la competencia para conocer de la misma al juez del concurso (art. 48).

En definitiva, la Ley ha optado por permitir la convivencia de esas acciones de responsabilidad y la situación concursal. No obstante, la independencia de ambas formas de exigencia de responsabilidad no puede conducir a pensar que la condena obtenida por alguna de ellas carece de incidencia sobre la otra siendo posible un doble resarcimiento. El resarcimiento del acreedor a través de las acciones societarias reduce o extingue su crédito contra la sociedad y, por tanto, la responsabilidad por deudas de los administradores. La asunción de la responsabilidad por los créditos no satisfecha por la liquidación reduce la cuantía (de daño o de deuda) susceptible de reclamación por las acciones sociales.<sup>800</sup>

En quinto y último lugar, el agravamiento del régimen de responsabilidad de los administradores unido a otras circunstancias tales como la previsión de nuevas responsabilidades exigidas a los administradores por leyes especiales (administrativas, penales y fiscales) y el aumento del número de demandas de responsabilidad ante los tribunales, tienen como principal consecuencia la aparición y el desarrollo, sobre todo en el ámbito de las sociedades que cotizan en Bolsa<sup>801</sup>, del seguro de responsabilidad civil de administrador y cargos directivos (conocido por su abreviatura inglesa D&O - *Directors and Officers Liability Insurance*-), cuyo objeto es asegurar las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que pueden

---

<sup>800</sup> En este sentido, MUÑOZ PLANAS, J. M<sup>a</sup>/MUÑOZ PAREDES, J., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *R.D.M.*, nº 250, octubre-diciembre, 2003, pp. 1341 y ss, y bibliografía allí citada.

<sup>801</sup> HEBRERO ÁLVAREZ, J. I., “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles. Especial incidencia de su regulación”, *R.E.S.*, nº 71, julio-septiembre, 1992, p. 52, aporta datos al respecto.

incurrir los administradores y directivos de las sociedades en el ejercicio de su actividad profesional. La singularidad del seguro D&O viene del especial régimen de responsabilidad vinculado al cargo de administrador que se recoge en los arts. 133 a 135 LSA<sup>802</sup>. Añadir que este seguro se contrata colectivamente, correspondiendo la competencia para ello al órgano de administración en cuanto que representante de la sociedad, y la prima se paga por la sociedad administrada.

---

<sup>802</sup> En este sentido, v. CAMPINS VARGAS, A., “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *R.D.M.*, nº 249, julio-septiembre, 2003, pp. 994 y ss y bibliografía allí citada.

## **CAPÍTULO V. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. ESPECIAL** **REFERENCIA A LOS APODERADOS**

### **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.**

Dice el art. 141.1 pár. 1º TRLSA que “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”.

Como se puede comprobar, este artículo regula distintas cuestiones, quizás demasiadas, ya que, aunque relacionadas (todas se refieren a la organización del Consejo) no lo están en la medida suficiente como para justificar su tratamiento unitario<sup>803</sup>. De esta manera se recoge en el mismo la regulación de cuestiones relativas al funcionamiento del Consejo de administración, así como el fenómeno de la delegación de facultades, pero sin extenderse en ninguno de estos dos aspectos. Además, esta heterogeneidad de materias hace difícil deslindar unas cuestiones de otras, con la importante consecuencia que ello tiene en orden a ofrecer un criterio racional en la exposición.

En cualquier caso, el Consejo de administración, en cuanto órgano colegiado que exige una organización interna, ostenta con carácter exclusivo frente a otras formas de gobierno de la sociedad, la facultad de regular su

---

<sup>803</sup>En este sentido, MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1739 y 1740.

propio funcionamiento, organización y forma de actuar. Y, en el ejercicio de la misma, el Consejo puede designar a su Presidente, aceptar la dimisión de los consejeros, designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados, pudiendo, asimismo, conferir apoderamientos a cualquier persona<sup>804</sup>. Es decir, el art. 141.1 párr. 1º permite que, salvo disposición contraria de los estatutos, el Consejo de administración delegue sus facultades en los denominados órganos delegados con el objeto de agilizar la administración social, y añade que puede hacerlo “sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona” (art. 141.1 párr. 1º *in fine*). Entiende la mayoría de la doctrina que lo que recoge el art. 141.1 en este punto es la facultad que tiene todo comerciante, individual o social, en virtud del art. 281 CCom, de “constituir apoderados o mandatarios singulares o generales”<sup>805</sup>. Pero, del mismo modo, se sostiene doctrinalmente<sup>806</sup> lo inadecuado de la ubicación de esta facultad junto a la de delegación, por las diferencias existentes entre una y otra figura jurídica (delegación/apoderamiento y delegados/apoderados) y que vamos a estudiar en el presente Capítulo, centrándonos en el análisis de los apoderados como figura contrapuesta a los delegados. En el desarrollo de esta tarea debemos tener en cuenta, como pone de relieve el profesor, que la ausencia de un especial tratamiento de estas figuras en la legislación española de sociedades anónimas dificulta su caracterización, ya bastante oscurecida por la variedad de fórmulas y expresiones que el tráfico nos ofrece, e incluso por su

---

<sup>804</sup> LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>805</sup> Entre otros, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 116; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1768; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2041; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 489 (que cita, entre otros, a IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 127); RORÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 119; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 112; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 502; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 352.

<sup>806</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 502.

proximidad, en ocasiones, con los administradores en general y, en concreto con el administrador delegado<sup>807</sup>.

## **II. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y APODERAMIENTO: CONSEJEROS DELEGADOS Y APODERADOS. DIFERENCIAS.**

Como ya advertimos en la Primera Parte de este trabajo<sup>808</sup>, el elegir al Consejo de administración como forma de organizar la administración social tiene ventajas, pero también serios inconvenientes y que en un intento de superar esos obstáculos se encuentra el origen y fundamento de la institución de la delegación de facultades en el seno del Consejo. Facultad de delegar que, como también hemos advertido, se reconoce sin perjuicio de los apoderamientos que el propio Consejo pueda atribuir a cualquier persona, previsión que ha sido criticada por la doctrina por el lugar donde se encuentra recogida.

Dada la distribución de competencias entre los órganos sociales (Junta General y órgano de administración -en este caso, Consejo de administración-), siendo el Consejo de administración el órgano al que corresponde la gestión y representación de la sociedad, le incumbe la organización interna y la distribución, en su caso, de funciones, para lo cual está autorizado a designar Comisiones ejecutivas o Consejeros delegados y a conferir los apoderamientos

---

<sup>807</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 384. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, "Notas...", *op. cit.*, p. 115 (n. 1). También sobre la complejidad del estudio de estas figuras por la variada terminología utilizada en la práctica, v. MARTÍNEZ GUTIERREZ, A., "El director general de las sociedades capitalistas. Un estudio interdisciplinar", *R.D.M.*, nº 253 julio-septiembre, 2004, p. 980. A esta variedad terminológica se refiere también la S.T.S. de 29 de octubre de 2001, según la cual "el apoderado general o factor, también es designado como <<gerente>> en el art. 283 del Código de Comercio y cuando viene referido a entes societarios, recibe también la denominación de <<director general>>, sustituye al empresario, ya que realiza cuantas operaciones afectan a tal giro o tráfico de la empresa". Antes de la Ley de 1951 parte de la doctrina jurisprudencial equiparaba los conceptos de administrador y factor. Así, también, la S.T.S. de 9 de noviembre de 1949.

<sup>808</sup> Parte Primera, Capítulo I, B.

que estime convenientes, siempre que los estatutos sociales no dispongan otra cosa. Es decir, la descentralización de las facultades del Consejo, necesaria para su adecuado funcionamiento, puede operar a través de dos técnicas: bien mediante apoderamientos (singulares o generales)<sup>809</sup>, o bien por medio de la delegación de facultades<sup>810</sup>, con las indudables diferencias que se dan en uno y otro caso, punto que pasamos a estudiar a continuación, centrando el análisis en las figuras de los Consejeros delegados y de los apoderados<sup>811</sup>.

En concreto, vamos a estudiar las siguientes cuestiones:

- A. Cuándo es posible apoderar.
- B. Personas a las que se puede apoderar.
- C. El acuerdo de apoderamiento.
- D. Caracteres de los apoderados.
  - a. Naturaleza del cargo.
  - b. Representación.
  - c. Ámbito material del apoderamiento.

---

<sup>809</sup> Las grandes sociedades de capital vienen a descentralizar funcional y territorialmente el proceso productivo y a adoptar unas estructuras sumamente complejas, de tal forma que requieren de personas con amplios conocimientos técnicos para desarrollar este proceso en los sectores y áreas de producción concretos. De hecho, estas circunstancias han ocasionado el fenómeno conocido como la revolución de los directores que ha supuesto una merma fáctica de los poderes de los administradores sociales, en beneficio de ciertos empleados de la sociedad que, gozando de un apoderamiento de carácter general y ocupando la dirección de aquélla, dictan las principales decisiones de naturaleza empresarial. En este sentido, MARTÍNEZ GUTIERREZ, “El director general...”, *op. cit.*, p. 980, citando a SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>810</sup> Así, SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 348. En sentido parecido se pronuncia SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss y 112 y ss. Según este autor, la descentralización de funciones se puede llevar a cabo mediante la delegación aunque “la descentralización de las funciones de gestión puede realizarse también con carácter externo al Consejo: el Consejo puede conferir apoderamientos a cualquier persona ( art. 141 TRLSA)”.

<sup>811</sup> La facultad de delegar permite la creación tanto de uno o más Consejeros delegados como de una Comisión ejecutiva. No obstante, en este Capítulo se atiende sólo al órgano delegado unipersonal ya que sólo en este caso resulta problemática su distinción del apoderado general. Por otro lado, En relación a los delegados, por comparación, nos limitaremos a hacer breves comentarios y remitirnos a los lugares de este trabajo donde se tratan las cuestiones a las que vayamos acercándonos para analizar la figura de los apoderados.

E. Responsabilidad de los apoderados.

F. Duración y terminación en el cargo de los apoderados.

#### A. CUÁNDO ES POSIBLE APODERAR.

Sostiene el común de la doctrina<sup>812</sup> que sólo cuando se articula la estructura de la administración social por medio del Consejo de administración será posible la delegación pues sólo de esta manera cabe interpretar la designación de quien ya es consejero o la frase “designar de su seno”, referida al Consejo y empleada por el art. 141. Por consiguiente, no será posible la delegación en las demás formas previstas por el art. 124.1 RRM (administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores conjuntos).

Por el contrario, la designación de apoderados, tanto singulares como generales, es posible cualquiera que sea la forma en que se estructure la administración social, es decir, es posible en todos los casos a que se refiere el citado precepto del RRM<sup>813</sup>.

---

<sup>812</sup> V., entre otros, ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 360 y 365; GARCÍA LUENGO/SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, p. 629; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 116; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, pp. 2037 y 2041; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1752; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 467 y 489; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 93; “Notas...”, *op. cit.*, p. 119; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467.

<sup>813</sup> BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 128; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, pp. 360 y 365; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 116; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1768 y 1769; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 489; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1822; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p.93; “Notas...”, *op. cit.*, p. 119; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 467 (que cita a IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 387 y 388); SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 348 y 352.

En el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 y de 9 de junio de 1986.

Por tanto, sólo en el caso de Consejo de administración se podrá acudir a la delegación. En los demás supuestos, incluido el de Consejo de administración, habrá que acudir al mecanismo de la representación voluntaria mediante la designación de apoderados.

Unida a esta cuestión surge la siguiente: ¿Quién puede apoderar? El art. 141.1 TRLSA reconoce a favor del Consejo, “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”, la facultad de “designar de su seno una Comisión ejecutiva y uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”. Por tanto, según este precepto la facultad de delegar corresponde *ex lege* al Consejo, competencia exclusiva y excluyente que sólo puede ser sustraída o limitada por disposición estatutaria<sup>814</sup>.

Podrán apoderar, sin embargo, los titulares del poder de representación de la sociedad, esto es, el órgano de administración (v. art. 128 TRLSA)<sup>815</sup> cualquiera que sea la forma que adopte. Es decir, no sólo el Consejo sino también los administradores delegados<sup>816</sup>, que tienen idéntico ámbito de

---

<sup>814</sup> Para más detalles, v. Parte Segunda, Capítulo I, A y B.

<sup>815</sup> En este punto se produce una notable diferencia con respecto a la LSA de 1951, ya que el art. 76 de la misma, atribuía el poder de representación de la sociedad al Consejo de administración y, en caso de no existir éste, la representación se regiría por lo dispuesto en los estatutos y en los acuerdos de la Junta General.

<sup>816</sup> V. GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 145; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1769; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 490; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 120; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 503; SÁNCHEZ RUIZ “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 352 y 354; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 1983 y de 11 de octubre de 1983 y la S.T.S. de 9 de junio de 1997.

representación que los administradores y, en general, los administradores de la sociedad, siempre que sean titulares del poder de representación. El órgano que delegue deberá tener la facultad que cede<sup>817</sup>. En consecuencia, la Junta, al carecer de poder de representación, no podrá conceder apoderamientos generales ni se podrá subordinar la eficacia del nombramiento a la autorización de la Junta.

En estas consideraciones coinciden doctrina y jurisprudencia<sup>818</sup>.

Por tanto, mientras en la delegación la Junta puede intervenir en las condiciones que en su momento se expusieron<sup>819</sup>, no ocurre lo mismo a la hora de conferir apoderamientos, supuesto en que la Junta no puede intervenir en forma alguna al carecer de poder representativo cuando se trate de poderes generales.

Para ARANGUREN URRIZA, sin embargo, la Junta si puede otorgar poderes generales o para uno o varios actos concretos o nombrar apoderados con facultades determinadas, “ya se haga el nombramiento en los estatutos (o se prevea el cargo y sus competencias) ya se cree en cualquier momento (R.

---

<sup>817</sup> Así, MELLADO RODRÍGUEZ, M., “Los órganos de administración y representación”, en AA.VV., coordinados por CACHÓN BLANCO, J. E., *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, 1ª edición, Actualidad Editorial, Madrid, 1991, p. 132.

<sup>818</sup> V., entre otros, LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2041; MARTINEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1768; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 503; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 352. V., también las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de diciembre de 1954, 24 de abril de 1980, 24 de noviembre de 1981, 6 de septiembre de 1982, 16 de julio de 1984, 9 de junio de 1986 y las la S.S.T.S. de 4 de octubre de 1956 y 2 de diciembre de 1979. Sobre la incompetencia de la Junta para otorgar poderes, v. las Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 24 de noviembre de 1981, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991, 28 de febrero de 1991 (según la cual la Junta general de una sociedad anónima no es el órgano competente para otorgar apoderamientos ya que esa misión es competencia atribuida por la Ley con carácter exclusivo al órgano de administración), 1 de marzo de 1993, 24 de junio de 1993 y de 13 de noviembre de 1995.

<sup>819</sup> V. Parte Segunda, Capítulo I, I, A, b, e).

de 26 de noviembre de 1981)”. Por su parte, el Consejo puede otorgar poderes y, además, delegar sus facultades (art. 141)<sup>820</sup>.

#### **B. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE APODERAR.**

De acuerdo con el art. 141.1 TRLSA la delegación debe recaer sobre miembros del Consejo de administración (“el Consejo de administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva o no o más consejeros delegados”). Es decir, para poder ser designado Consejero delegado es necesario ser miembro del Consejo, ser consejero. Cualquier consejero, por tanto, tiene aptitud para ser titular de un órgano delegado. Así lo entiende la doctrina por unanimidad<sup>821</sup>.

Pero, además de delegar, el Consejo puede conferir apoderamientos “a cualquier persona” (art. 141.1 *in fine*). Estos apoderamientos pueden ser tanto singulares como generales, es decir, los apoderados pueden ser singulares o generales (“factor”), recibiendo en la práctica diversas denominaciones (Gerente, Director General, Director Técnico...) que aluden a sus ámbitos de actuación y competencia. Dada la complejidad de la cuestión que planteamos y, dado que, como hemos advertido al inicio del Capítulo, la ausencia de tratamiento de estas figuras en la legislación española de sociedades anónimas

---

<sup>820</sup> “Los órganos...”, *op. cit.*, p. 562. También sobre las posibilidades de la Junta en torno al nombramiento del Director general, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 121 y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 28, aunque reconociendo el carácter excepcional de tal supuesto, siempre que se prevea en los estatutos.

<sup>821</sup> Entre otros, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p. 127; ESTEBAN VELASCO, “Configuración...”, *op. cit.*, p. 371; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, pp. 138 y 139; LLAVERO RODRÍGUEZ PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 88; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, pp. 2037 y 2038; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1758; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 472 y 476; ROCA FERNÁNDEZ- CASTANYS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 1836; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 110; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 489; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p.348. Para más detalle, sobre esta cuestión v. Parte Segunda, Capítulo II, I, B.

hace más difícil su caracterización<sup>822</sup>, ya bastante oscurecida por la variedad de fórmulas y expresiones que el tráfico nos ofrece, consideramos conveniente, antes de avanzar en el estudio de esta figura y de sus diferencias con los delegados, plantear algunas opiniones doctrinales sobre estos apoderamientos, singulares o generales, o como son conocidos en la práctica Gerentes, Directores Generales, Directores Técnicos...

Expuestas estas consideraciones, trataremos de llegar a alguna conclusión que nos facilite la labor que queda por realizar.

Dice SÁNCHEZ RUIZ, que el apoderado general nombrado por el Consejo, con independencia de la denominación que se le atribuya, debe ser asimilado al factor<sup>823</sup>.

Para GARRIGUES, de todas las figuras de apoderados, la del Director general ha adquirido mayor difusión en la práctica y, por eso, ha atraído el interés de la doctrina. Señala, además, las características que rodean a esta figura, entre las que destaca: que el Director general no es identificable como órgano de administración de la sociedad; que su posición respecto de la sociedad es de subordinación; que la representación que se le puede conferir

---

<sup>822</sup> Actualmente, la LSA, en su art. 104.2, establece la separación tajante entre administradores, que deberán asistir a la Junta general, y los Directores, gerentes técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales, cuya asistencia a la misma, podrá ser autorizada u ordenada por los estatutos. Sobre la denominación de esta figura v. la R.D.G.R.N. de 13 de noviembre de 1995 según la cual “la imposición en los Estatutos sociales de la designación de Gerentes para los Apoderados de la sociedad, no puede ser obstáculo a la inscripción de un apoderamiento que cuando sea indudable su existencia, validez y cualidad del verdadero apoderamiento y quede perfectamente precisado el contenido de facultades representativas que confiere (...), cualquiera que sea la denominación que voluntariamente se asigne al apoderado”.

<sup>823</sup> “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 352. También sobre la caracterización del apoderado general como factor RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 124 y ss. y 130 y ss. Con carácter general sobre la figura del factor, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Auxiliares del empresario”, *R.D.M.*, nº 72, abril-junio, 1959, (publicado recientemente en AA.VV., *Liber amicorum, Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid, 2003, pp. 195 y ss), pp. 282 a 301.

determinará, junto a las anteriores características, su consideración como factor. Y es ese dato, el de la representación, lo que diferencia al factor del Director general, de forma que si existe estaremos ante un auténtico factor aunque se denomine Director general; en caso de inexistencia, el Director general será un mandatario específicamente cualificado, pero no será un factor (v. S.T.S. de 16 de abril de 1964). En cualquier caso su actividad no es propiamente jurídica, sino de carácter técnico y económico<sup>824</sup>.

Para LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, el apoderamiento podrá recaer sobre cualquier persona que ocupe un cargo en la sociedad, Director general, gerente o cualquier otra persona vinculada a la sociedad por un contrato de prestación de servicios (por ejemplo, abogado, procurador, agentes...) <sup>825</sup>.

Para POLO SÁNCHEZ, sin embargo, no hay que confundir los apoderados generales con otros posibles cargos de la empresa como los de director, Director general, gerente, etc., aunque resulte frecuente en la práctica que algunos de los citados cargos sume a su contenido estrictamente técnico o empresarial, un apoderamiento general o singular de la sociedad para determinadas funciones. En cualquier caso, se trata de una superposición de cargos -y, correlativamente de funciones- que puede darse asimismo en los administradores singulares o miembros del Consejo de administración y en los cargos delegados (presidente, Director general, Consejero delegado gerente) <sup>826</sup>.

---

<sup>824</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 146 y bibliografía allí citada.

<sup>825</sup> *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>826</sup> “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 491.

Opina SALLELES CLIMENT que “la descentralización de las funciones de gestión puede realizarse también con carácter externo al Consejo: el Consejo puede conferir apoderamientos a cualquier persona (art. 141 TRLSA). Se pueden así nombrar desde directores generales y directores técnicos, hasta simples apoderados para un negocio concreto”. Y después añade las funciones que puede realizar cada una de estas figuras. En este sentido, “normalmente, se confía al director general la ejecución (planificación operativa) de las políticas aprobadas por el Consejo de administración (planificación estratégica) y la realización de una serie de tareas técnicas como son la llevanza de la contabilidad y balances, la propuesta de mejoras o la vigilancia del desarrollo de los trabajos y servicios en la empresa a fin de corregir la desviación que se observe sobre lo planificado. Se trata, por tanto, de un poder general que faculta, aunque no haya sido expresamente reconocido, para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la empresa, sin perjuicio de su eventual limitación y con independencia del funcionamiento colegial del Consejo. Además del director general, pueden ser nombrados también uno o varios directores técnicos. A éstos corresponde la adopción de decisiones en materia de gestión ordinaria de la empresa en el marco de la política establecida por el Consejo de administración y el director general. Por último, el Consejo puede también conferir apoderamientos a terceros para la realización de determinados negocios o actividades, siempre que no suponga una abdicación de sus funciones. En este caso, la no abdicación de funciones del Consejo presupone, de hecho, que tal apoderamiento se realice a favor de personas que forman parte de la estructura organizativa de la empresa. Sólo de este modo pueden los administradores llevar a cabo adecuadamente el control a que están obligados sobre la actividad de sus colaboradores”<sup>827</sup>.

---

<sup>827</sup> *El funcionamiento...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113 y bibliografía allí citada.

Para RODRÍGUEZ ARTIGAS, los Directores son los encargados de aplicar y hacer ejecutar los planes generales de gestión y, en el ejercicio de esta actividad, están subordinados al Consejero delegado. Especial importancia tiene la figura del Director general, que en algunas sociedades sustituye al Consejero delegado en la función propia de éste. No obstante, es también frecuente que ambas figuras existan simultáneamente, en cuyo caso el Consejero delegado se relaciona con la dirección a través del Director general<sup>828</sup>. El mismo autor, en otra obra, considera que el Director general puede ser considerado como un auxiliar del empresario porque en él concurren las notas que caracterizan a aquellos: colaboración con el empresario, poder de representación de éste, estabilidad y subordinación. Pero dentro de esta categoría general de “auxiliares del comerciante” es posible precisar aún más la figura del Director general. Así, en base a la amplitud del poder que se le ha conferido, el Director general puede ser considerado como un factor (apoderado general del empresario). Esta caracterización del Director general como factor es aceptada por la mayoría de la doctrina y encuentra además apoyo legal no sólo en la idea de apoderamiento recogida en el art. 77 (141) de la LSA, sino en el articulado del CCom., en el que expresamente se hace referencia al factor de una sociedad (arts. 284 y 286)<sup>829</sup>.

Para MARTÍNEZ GUTIERREZ, el Director general es una figura jurídica que se asimila a los miembros del órgano de administración como consecuencia no sólo de compartir las funciones directivas en la organización empresarial sino también de poseer un poder de representación de carácter general. Precisamente, es esta similitud la que ha ocasionado que exista actualmente una huida desde las posiciones orgánicas hacia la dirección general, pues el estatuto jurídico de ésta viene a ofrecer una mayor tutela a la

---

<sup>828</sup> *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 259 a 261. Sobre las funciones del Director general v. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

<sup>829</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

inversión de capital humano realizada en la entidad. Concluye, por último, que el director general se configura como un apoderado general<sup>830</sup>.

Igualmente, resultan de interés las consideraciones de ALCOVER GARAU, para quien el órgano de administración, esté o no estructurado en forma de Consejo de administración, puede otorgar apoderamientos voluntarios a favor de terceras personas. Y si estos poderes son generales, al apoderado se le suele denominar Gerente o Director General, desde una perspectiva típicamente mercantil factor y desde una laboral será el alto cargo<sup>831</sup>.

Finalmente, el Informe Aldama (Sección IV. 2) al definir a los consejeros internos o ejecutivos, nos dice que son aquéllos que poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad o en alguna de sus sociedades participadas, y en todo caso, los que mantengan una relación contractual laboral, mercantil o de otra índole con la sociedad, distinta de su condición de consejeros. También son consejeros ejecutivos quienes tengan alguna capacidad de decisión en relación con alguna parte del negocio de la sociedad, o del grupo, mediante delegación o apoderamiento estables conferidos por el Consejo de Administración o por la sociedad, respectivamente. A sensu contrario, no debería considerarse consejero ejecutivo o interno a quien recibe facultades especiales de la Junta General o del Consejo de Administración, vía delegación, autorización o apoderamiento, para un acto concreto.

Otra de las cuestiones que, vinculadas con el objeto de nuestro estudio, ha planteado mayor interés es la siguiente: ¿Es posible que sobre quien ya es consejero recaiga un apoderamiento?. Es decir, ¿es posible que confluyan en una persona las condiciones Consejero delegado y apoderado de la sociedad?

---

<sup>830</sup> “El director general...”, *op. cit.*, pp. 978 y 979.

<sup>831</sup> “La retribución...”, *op cit* p. 137.

La ambigüedad con que se expresa la Ley al decir que los apoderamientos podrán conferirse “a cualquier persona” podría hacernos pensar que nada impide que el poder se atribuya, no sólo a un extraño al Consejo (bien porque ocupe determinados cargos en la sociedad con un campo de actuación general, bien un cargo de carácter más reducido o bien incluso personas vinculadas a la sociedad por un contrato de prestación de servicios - procuradores, abogados, agentes...- ), sino también a un Consejero. Esta práctica, frecuente bajo la LSA de 1951 y admitida por la doctrina y la jurisprudencia<sup>832</sup>, se sigue utilizando en la actualidad.

---

<sup>832</sup> A favor de la acumulación de las figuras de consejero y apoderado general, bajo la LSA de 1951, IGLESIAS PRADA, *La administración...., op. cit.*, p. 221 (n. 52) y GARRIGUES/URÍA, *Comentarios...., op. cit.*, p. 111. Ambos autores consideran que un otorgamiento de poder realizado en base a la autorización legal del art. 77.1 LSA, que permite el recurso a las figuras de representación voluntaria, debe entenderse posible incluso a favor de los miembros del órgano de administración. Cuando el titular del órgano administrativo es a la vez un sujeto de representación voluntaria, en virtud de un poder, su doble posición se traduce en un ejercicio colectivo de la representación orgánica y en otro individualizado de la voluntaria. Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 123, sostiene que, en caso de que concurren en una misma persona la condición de administrador y de Director General, cuya naturaleza es la de un apoderado general, “estaríamos en presencia de un Consejero delegado dotado de especiales funciones referidas a la gestión diaria”, añadiendo que esta circunstancia pone de manifiesto la dificultad de distinguir ambas figuras. Desde el punto de vista de la doctrina registral, esta opción fue declarada lícita por la R.D.G.R.N. de 31 de marzo de 1979, que admitió la representación voluntaria a favor del Consejero delegado único de la sociedad que, como tal, era representante orgánico de la misma. En el Considerando 4º de la citada Resolución se establece que la distinción entre representación orgánica (que corresponde al Consejero delegado) y la representación voluntaria (propia del apoderado) de la sociedad “no es obstáculo, (...) , para que en idéntica persona puedan confluir ambos tipos de representación, ya que a una Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador -incluso Consejero Delegado si se estima oportuno por el Consejo- con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el periodo de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán -de esta forma- afectadas por las incidencias de su cargo administrativo de la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder”.

Sin embargo, para resolver la cuestión planteada debemos diferenciar dos supuestos<sup>833</sup>:

1º. Que el poder se otorgue a un Consejero que no es titular del poder de representación. Estos casos no deben plantear problemas, dado que se otorga al administrador algo de lo que carecía hasta ese momento: la posibilidad de vincular con su voluntad a la sociedad tanto para actos concretos como con carácter general<sup>834</sup>.

2º. Que el apoderamiento se otorgue a un administrador que ya es titular del poder de representación, es decir, un consejero o Consejero delegado, como suele ser muy frecuente. En estos casos las dudas aumentan y no se advierten razones por las que deba admitirse tal concurrencia, salvo que, con un criterio estricto y siguiendo una interpretación literal, se sostenga que el art. 141.1 no lo prohíbe expresamente (así, la S.T.S. de 19 de febrero de 1997, que comentaremos más detenidamente con posterioridad). Por el contrario, si existen razones para no admitir estos supuestos<sup>835</sup>. En este sentido:

- a) En primer lugar, no existe necesidad alguna para que se produzca tal acumulación, dada la delimitación legal del ámbito del poder de representación de los administradores titulares del mismo (v. art. 129). En este sentido, la R.D.G.R.N. de 24 de junio de 1993 negó el acceso al Registro del apoderamiento voluntario a favor de un administrador de la sociedad, representante orgánico de la misma,

---

<sup>833</sup> MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, pp. 1769 y 1770.

<sup>834</sup> Lo admiten en este caso, LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 121; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 114 y SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 504, citados ambos por SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 351.

<sup>835</sup> A estas razones se refiere MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1770.

“porque el otorgamiento de tal poder ni es necesario, por redundante, ni debe acceder al Registro Mercantil”.

- b) Por otro lado, se considera que no se pueden atribuir facultades vía representación voluntaria de las que el Consejero no dispone vía representación orgánica (*ex. art. 129*).
- c) Además, puede conducir a confusión a los terceros<sup>836</sup>, a la vez que puede generar importantes problemas de delimitación de responsabilidades<sup>837</sup>, así como la elusión, en determinados casos, del régimen de mayorías necesario, previsto en el art. 141.2 TRLSA, para nombrar Consejeros delegados cuando se pretenda conferir el apoderamiento a un Consejero que no sea ya delegado<sup>838</sup>.

---

<sup>836</sup> En este sentido, la S.T.S. de 18 de septiembre de 1987.

<sup>837</sup> MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.* p. 1770; SÁNCHEZ RUIZ, M., “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 352 y 353, quien considera que cuando el apoderamiento general recae sobre un miembro del Consejo se plantea la duda de si hay que aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el art. 133 y ss LSA o bien el que corresponde al apoderado en cuanto factor, atendiendo al hecho de que no ha actuado en su calidad de administrador, sino en virtud del poder general que le ha sido conferido por el Consejo. En estos casos, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 664 y 665, entiende que deberá mantenerse la separación de ambas condiciones a efectos del régimen de responsabilidad. Respecto de los demás miembros del Consejo, de admitirse el apoderamiento general a favor de un Consejero, parece que sería de aplicación el régimen de responsabilidad solidaria.

<sup>838</sup> En este sentido, SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 350, quien considera que la reserva legal de la delegación a favor de los miembros del Consejo, unida a la exigencia de una mayoría reforzada para la adopción de un acuerdo de delegación permanente parece indicar que, siempre que se pretenda atribuir con carácter permanente, facultades del Consejo a uno de sus componentes, será obligatorio el recurso a la delegación, con los requisitos del art. 141.2. La admisibilidad de apoderamientos generales a favor de miembros del Consejo para cuyo otorgamiento basta un acuerdo adoptado conforme al sistema ordinario de mayorías del art. 140 LSA, quedaría excluida, entendiéndose que, de producirse un supuesto de estas características, constituiría un medio para eludir el requisito del quórum establecido por la Ley. Este argumento, sin embargo, no es aceptado por la S.T.S. de 19 de febrero de 1997, según la cual la competencia del Consejo para otorgar apoderamientos “a cualquier persona”, reconocida de modo expreso por la LSA, permite sostener que es perfectamente lícita la concesión de apoderamientos, singulares o especiales, a favor de un consejero porque no hay ninguna norma que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo, ni tampoco existe otra que delimite las

d) Finalmente, SÁNCHEZ RUIZ añade otro motivo más que pone en duda la efectividad del apoderamiento a favor de un Consejero: el otorgamiento de un poder general a favor de un miembro del Consejo puede tener como resultado dejar desprovista de virtualidad la facultad de revocación *ad nutum* de los administradores reconocida a la Junta en el art. 131 LSA ya que la separación del Consejero no impedirá la subsistencia del poder, la cual deberá ser acordada por el órgano competente, es decir, por el Consejo de administración. La ausencia de mecanismos de control de este consejero-apoderado general por parte de la Junta podría llevar a este resultado, poco deseable desde el punto de la funcionalidad y operatividad del Consejo de administración<sup>839</sup>.

En estas razones coincide, en mayor o menor medida, nuestra doctrina y sirven de base para considerar que, en estos casos, no debería admitirse el apoderamiento<sup>840</sup>.

Por otro lado, admiten con carácter general la confluencia en una misma persona de la condición de administrador y apoderado, sin tener en

---

facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura de la del Consejero delegado. De ello se deduce que será la voluntad del Consejo de administración plasmada en un acuerdo la que determine el carácter voluntario u orgánico de la representación conferida en virtud del recurso al mero otorgamiento de un poder o a una delegación de facultades.

<sup>839</sup> SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 354 y 355.

<sup>840</sup> SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, *op. cit.*, p. 114; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 504, que como hemos comentado, sólo lo admite para el caso en que el administrador no tuviera y a atribuido poder de representación alguno. En contra, MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, pp. 2043 y ss, aunque reconoce que una interpretación favorable a la acumulación de ambas figuras (consejero y apoderado general), puede plantear algún problema en las relaciones de la sociedad con terceros, porque, si bien las facultades representativas del Consejero son ilimitables frente a terceros en virtud del art. 129 LSA, la designación por el Consejo de dicho consejero como apoderado general, permite eludir frente a terceros el ámbito de sus facultades de representación y reducirlas a las contenidas en el poder, circunstancia que puede crear cierta confusión en el tercero de buena fe.

cuenta si ese administrador tiene ya atribuida la representación orgánica, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1994 y de 30 de diciembre de 1996 (al margen de la ya citada de 31 de marzo de 1979) y la S.T.S. de 19 de febrero de 1997. Sin embargo, en la Resolución de 24 de noviembre de 1998, que en parte coincide con dos Resoluciones anteriormente citadas (de 12 de septiembre de 1994 y de 30 de diciembre de 1996), se deniega la inscripción de una escritura en la que se nombra apoderado al administrador único de una sociedad.

Consideran las tres Resoluciones mencionadas, refiriéndose a la distinción entre representación orgánica (del administrador) y voluntaria (del apoderado), que “(...) la diferencia conceptual entre ambas figuras, así como la distinta naturaleza y eficacia permiten afirmar que su posible concurrencia se encuentra fuera de duda, tal como reconocen expresamente los artículos 281 del Código de Comercio, 15, número 2, y 141, número 1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (...).

Y precisamente esta posibilidad, en unión de la falta de una norma que en nuestro ordenamiento expresamente lo prohíba, debe llevar a admitir, en tesis de principio, la circunstancia de que en una misma persona puedan confluír de manera simultánea, las condiciones de administrador y apoderado; no debe verse en ello una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, pues son diversos la naturaleza, la finalidad y los efectos de cada figura –como revela su distinta caracterización-, por lo que es el órgano de administración el que debe escoger las modalidades representativas de carácter voluntario que estime más oportunas (...).

Admitida, con carácter general, la posibilidad de concurrencia, se hace preciso introducir una matización que modifica parcialmente las conclusiones anteriores: la diferencia funcional entre ambas figuras y su distinto ámbito pueden originar que en su desenvolvimiento surjan algunas dificultades de armonización que deben ser analizadas atendiendo a las circunstancias

concurrentes en cada supuesto práctico (...); la solución de tales dificultades es la pauta que permitirá decidir, sólo a la vista de cada supuesto de hecho, acerca de la posibilidad de concurrencia entre ambas figuras”.

Y es en este punto, en los supuestos de hecho, donde difieren estas Resoluciones, y lo que determina que las soluciones a las que se llegan en uno y otro caso sean diversas.

Los supuestos de hecho de las Resoluciones de 12 de septiembre de 1994 y de 30 de diciembre de 1996 son muy similares. En la primera, se plantea si es inscribible una escritura de apoderamiento en la que los dos administradores mancomunados de una sociedad se nombran recíprocamente apoderados solidarios de la misma, con facultades determinadas. En la segunda, se plantea la inscripción de una escritura en la que dos de los Consejeros delegados de una sociedad anónima, designados para desempeñar sus funciones mancomunadamente, proceden a nombrar apoderado de la sociedad al tercero de los Consejeros delegados mancomunados de la misma, atribuyéndole determinadas facultades representativas de las que ya son titulares en virtud de sus cargos.

La solución dada por la Dirección General coincide en estos dos casos: se admite la concurrencia de la condición de apoderado y administrador o Consejero delegado al ser nombrados por administradores/Consejeros delegados que han de actuar mancomunadamente. Esta posibilidad, dice MARTÍ LACALLE, no debe interpretarse como una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, ya que la misma se fundamenta en la diferencia conceptual entre ambas figuras. En este sentido, si en virtud del art. 141.1 pár. 1º LSA, el apoderamiento puede concederse a cualquier persona podrá, también, concederse a favor de un miembro del órgano de administración<sup>841</sup>.

---

<sup>841</sup> “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2043.

Por el contrario, el supuesto de hecho y la solución a la que se llega en la Resolución de 24 de noviembre de 1998 difieren. Aquí la administradora única de una sociedad anónima nombra apoderados solidarios de la sociedad a cuatro personas y a sí misma (“autopoder”), con atribución de las más amplias facultades representativas. Se deniega el acceso al Registro del poder conferido a la persona que es titular del mencionado cargo de representación orgánica por las siguientes razones: se hace ilusoria, en estos casos, tanto la posibilidad de revocar el poder conferido a quien desempeña dicho cargo, como la exigencia de responsabilidad a tal apoderado por parte del órgano de administración (son la misma persona); por otro lado, mientras desempeña dicho cargo unipersonal, investido con las más amplias facultades representativas, carece de fundamento que se atribuya a sí mismo, mediante apoderamiento voluntario, unas facultades que ya tiene; y, después del cese como administrador no tiene justificación que por su sola voluntad pueda seguir como apoderado, pues la destitución del administrador único no impediría la subsistencia del poder mientras no sea expresamente revocado por el nuevo administrador.

Igualmente, debemos hacer mención especial de la S.T.S. de 19 de febrero de 1997, en la que se plantean dos cuestiones interrelacionadas: por un lado, la posibilidad de acumular en una misma persona las figuras de consejero y apoderado general, y, por otro, la existencia o inexistencia de fraude de ley por el hecho de nombrar apoderado general a un consejero en lugar de designarlo Consejero delegado<sup>842</sup>.

Dice el Tribunal Supremo en esta sentencia que no resulta procedente declarar la nulidad del acuerdo adoptado por el Consejo de administración de una sociedad anónima, al no existir fraude de ley por el hecho de otorgar un poder de carácter general a favor de un consejero por un plazo máximo de cuatro años, en lugar de designarlo Consejero delegado. Y ello, en virtud de la

---

<sup>842</sup> V. los comentarios a esta sentencia de MARTÍ LACALLE y SÁNCHEZ RUIZ ya citados.

facultad que la Ley y los estatutos otorgan al Consejo para nombrar apoderados, y por la diferente naturaleza jurídica y efectos frente a terceros existente entre las dos figuras (apoderado y Consejero delegado). Además, añade el Tribunal, no hay ninguna norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo de administración, ni tampoco una norma que delimite las facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura de la del Consejero delegado, de tal forma que la calificación más o menos amplia de los poderes califique jurídicamente su figura con independencia de la voluntad de las partes. El fraude de ley exige, como elemento fundamental, que el resultado conseguido vulnere una norma prohibitiva que aquí no se da.

En definitiva, las razones alegadas por el TS para excluir el fraude de ley es la inexistencia de una norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo, ni otra que delimite las facultades del apoderado para diferenciar su figura del Consejero delegado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, por un lado, que para apreciar fraude de ley no se requiere de modo necesario la violación de una norma imperativa sino que se haya eludido una norma que debería haber sido aplicada, persiguiendo un resultado debido por el ordenamiento. Por otro lado, en cuanto a la falta de diferenciación legal de las facultades susceptibles de delegación o apoderamiento, sería posible interpretar que estamos ante un concurso de leyes y no un fraude de ley, porque la supuesta norma de cobertura proporciona el fundamento legal necesario para excluir un resultado contrario al ordenamiento jurídico. No obstante, la falta de una regulación que delimite ambas instituciones y excluya la licitud de apoderamientos generales a favor de consejeros no son argumentos suficientes para interpretar, *a sensu contrario*, que son figuras intercambiables<sup>843</sup>.

---

<sup>843</sup> SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

Entendemos, sin embargo que para la atribución permanente de facultades del Consejo de administración a alguno de sus miembros debemos acudir a la figura concreta que nos ofrece la LSA, la delegación de facultades, y, consecuentemente, será de necesaria aplicación la mayoría reforzada del art. 141.2 La facultad de apoderar será de aplicación a los poderes, generales o singulares, otorgados por el Consejo a favor de personas ajenas al mismo o a favor de Consejeros cuando se trate de poderes singulares y no permanentes. Podemos concluir, por tanto, que la sustitución de la delegación por el apoderamiento a un consejero puede considerarse fraude de ley.

Además, como pone de relieve SÁNCHEZ RUIZ, en las conclusiones de su trabajo, en el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia citada, el plazo de cuatro años de duración del poder general, unido a la amplitud de las facultades conferidas y la cualidad de consejero del sujeto facultado para su ejercicio, nos sitúan en el ámbito de la delegación de facultades y no del apoderamiento<sup>844</sup>.

No admiten la acumulación de cargos:

- La R.D.G.R.N de 24 de junio de 1993, que niega el acceso al Registro Mercantil del apoderamiento voluntario a favor de un administrador de la sociedad, representante orgánico de la misma, “porque el otorgamiento de tal poder ni es necesario por redundante, ni debe acceder al Registro Mercantil”.

- La R.D.G.R.N. de 5 de marzo de 1997, que rechaza la inscripción de una cláusula estatutaria que atribuye el carácter de apoderamiento a cualquier delegación que en el seno del Consejo pueda realizarse. Las razones que se aducen para llegar a tal conclusión son, de acuerdo con el Fundamento de Derecho Segundo, “las patentes diferencias de régimen jurídico entre la representación legal (que corresponderá al Consejero delegado) y la

---

<sup>844</sup> “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 356.

voluntaria, (...), la competencia exclusiva del órgano de representación para el otorgamiento de poderes (artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas), la ambigüedad, confusión y dificultades tanto para la propia sociedad como para los terceros que con ella contratan, a que puede dar lugar el hecho de que el solo nombramiento como Consejero delegado implique por disposición estatutaria el conferimiento de un poder (...); la conveniencia de no menoscabar las propias facultades del Consejo para acordar la delegación de facultades a favor de alguno de sus miembros (...), en conjunción con las exigencias de claridad y precisión en la normativa rectora de la sociedad, en función de su trascendencia erga omnes, obligan a rechazar la inscripción de la cláusula estatutaria debatida, sin perjuicio de los singulares apoderamientos que el órgano de administración pueda conferir a algunos de sus miembros”.

- La R.D.G.R.N. de 27 de febrero de 2003, que rechaza la inscripción de la concesión de un poder que el administrador único de una sociedad se da a sí mismo, haciendo suyas las razones recogidas en anteriores Resoluciones de este Centro Directivo. En concreto, se exponen como motivos para rechazar la inscripción los que recoge la R.D.G.R.N. de 24 de junio de 1993: “lo innecesario de tal poder (...) y el estar comprendidas las facultades conferidas por la de apoderamiento voluntario entre las que legalmente corresponden al auto-concedente como administrador”. De igual manera se acogen la mayor parte de los motivos que aporta la Resolución de 24 de noviembre de 1998 (a la que también nos hemos referido en páginas anteriores y que tiene un supuesto de hecho muy similar al que ahora comentamos), para llegar a la misma conclusión. A saber: “de un lado, la ilusoria revocabilidad de la representación voluntaria en tanto el propio apoderado siga ejerciendo el cargo que le facultaría para privarse de las facultades autoatribuidas y, en especial, el riesgo en la demora de esa revocación de producirse su cese, (...), pues no necesariamente a la dimisión, cese o incapacidad sigue de inmediato la sustitución o, incluso de producirse, toma conocimiento al instante el sustituto

de los poderes existentes y pondera la conveniencia de su mantenimiento o revocación; de otra, la difícil exigencia de responsabilidad que al administrador como representante orgánico correspondería frente a la actuación del apoderado, aparte del más presunto que real fraude que supondría el que quien ha de asumirla en su condición de administrador social y por las causas establecidas en la Ley (cfr. artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas por remisión del 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) pretenda derivarla a la más diluida de un apoderado acudiendo al expediente de invocar su actuación en un supuesto de riesgo como apoderado en lugar de hacerlo como administrador. Ni cabe admitir que, como ocurre en este caso, al social de una representación voluntaria se estén atribuyendo a una persona facultades, como la de autocontratación, de las que en su condición de administrador carecería”.

### **C. EL ACUERDO DE APODERAMIENTO.**

Dice el art. 141.2 TRLSA que “La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”<sup>845</sup>.

Por lo que respecta a los apoderamientos, el acuerdo que los confiera estará sometido al régimen general de adopción de acuerdos legal o estatutariamente previsto. En este sentido, el art. 140 TRLSA dispone que los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. Y, sólo si son apoderamientos generales, tendrán

---

<sup>845</sup> Sobre el contenido de este artículo, v. los comentarios realizados en Parte Segunda, Capítulo I, I, B, b. Sobre la escritura y la inscripción en el Registro v. la R.D.G.R.N. de 15 de mayo de 1990.

acceso al Registro, pero sin eficacia constitutiva<sup>846</sup> (art. 94.5 RRM y art. 141.2 TRLSA *a sensu contrario*).

Lo que pretende el art. 141.2 es garantizar el grado suficiente de adhesión de los componentes del Consejo de administración en la adopción de un acuerdo de tanta trascendencia para la sociedad que justifica un régimen más riguroso que el prevenido para los demás acuerdos del Consejo. La reserva legal del instituto de la delegación a favor de los miembros del Consejo, unida a la exigencia de una mayoría reforzada para la adopción del acuerdo de delegación permanente, parece indicar que siempre que se pretenda atribuir, con carácter permanente, facultades del Consejo a uno de sus consejeros será obligatorio el recurso a la delegación y no al apoderamiento.

Por otro lado, a diferencia de los que sucede en otros ordenamientos, en Derecho español no es necesaria para proceder válidamente al nombramiento de un Director general una previa autorización estatutaria<sup>847</sup>.

#### **D. CARACTERES DE LOS APODERADOS.**

Vamos a estudiar en este apartado las diferencias más importantes que se dan entre las dos figuras que analizamos, teniendo en cuenta que la figura de los delegados ha sido objeto de más profundo tratamiento en otros lugares

---

<sup>846</sup> V., en este sentido, ARANGUREN URRIZA, “Los órganos...”, *op. cit.*, (1990), p. 562; MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno...”, *op. cit.*, p. 1768; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 120 y ss; SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, pp. 348 y 349.

<sup>847</sup> Así ocurre en Derecho italiano, con base en el art. 2396 *Cod Civ*. En el ordenamiento francés el cargo está expresamente previsto en la Ley y tiene la condición de órgano administrativo. Sobre el Derecho francés v. Parte Primera. Capítulo I, II, C, d. Lo mismo se puede decir del Derecho Portugués de sociedades anónimas, ya que una de las dos posibles formas de organizar la administración social consiste en la existencia de una Dirección, un Consejo general y Revisor de cuentas (arts. 424 a 446 Del Código de las Sociedades Comerciales). En los casos previstos en la Ley, la Dirección podrá ser sustituida por un solo Director. Para más detalles v. Parte Primera, Capítulo I, II, E.

de este trabajo<sup>848</sup> y que, por tanto, ahora, nos limitamos a establecer las líneas generales de su caracterización.

Los delegados del Consejo son representantes legales de la sociedad. En cambio, los apoderados no son representantes legales, sino simplemente voluntarios. La consecuencia fundamental de la anterior consideración es que, mientras los delegados tienen el carácter de órganos de la sociedad con el mismo rango que el Consejo de administración, del cual constituyen una parte dotada de facultades autónomas, los apoderados, en cambio, no son órganos de la voluntad de la sociedad (aunque puedan ser empleados de la misma), no son un órgano de la sociedad, con lo cual no quedarán sometidos a las normas de derecho de sociedades, sino a las normas propias de la representación en Derecho Mercantil<sup>849</sup>. Esta diferencia tiene gran importancia desde el punto de vista de las facultades que ostentan, o pueden ostentar, unos y otros. Resumidamente, el apoderado no asume, a diferencia del delegado, la dirección de los negocios sociales, sino que sus facultades son siempre subordinadas<sup>850</sup>.

Expuestas estas diferencias en líneas generales<sup>851</sup>, vamos a centrarnos en cada una de ellas<sup>852</sup>.

---

<sup>848</sup> En concreto, v. Parte Segunda, Capítulo I, III, A.

<sup>849</sup> En relación a la figura del Director gerente, el profesor URÍA, *Derecho Mercantil*, 27ª ed., *op. cit.*, p. 345, diferenciaba entre el Director gerente (o Director general) estatutario que, según él, sería un administrador y el Director gerente cuya designación no está prevista en los estatutos y su nombramiento se produce por acuerdo de la Junta o a través del apoderamiento que le confiere el Consejo de administración para que pueda actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en las operaciones de su giro o tráfico. El gerente así nombrado no tendrá la condición de órgano social de administración, sino el concepto de apoderado general o factor.

<sup>850</sup> GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133.

<sup>851</sup> En su mayoría recogidas en el Fundamento de Derecho primero de la S.T.S. de 22 de junio de 1979.

<sup>852</sup> Para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 153 y 154, no es fácil percibir la diferencia sustancial entre las figuras del Consejero delegado y el Director gerente, aparte de las meramente extrínsecas: el Consejero delegado es miembro de un órgano de administración de la sociedad mientras que el Director gerente es simplemente un empleado de la

**a. Naturaleza del cargo de apoderado.**

En relación a esta cuestión, merece mención especial la S.T.S. de 29 de septiembre de 1988, cuyo fundamento segundo dice que “el art. 77 de la Ley de Sociedades Anónimas (...) distingue tres supuestos en que (el Consejo) puede delegar sus funciones: en una Comisión Ejecutiva, de su propio seno; uno o más Consejeros Delegados; o apoderamientos a cualquier persona. En los dos primeros casos los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que le son propias y en el tercero, en cambio, se recurre a una persona ajena al Consejo con quien, efectivamente, se establecería una relación que hoy, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/ 1985 hay que reputar como laboral de carácter especial. Hay que insistir, por tanto, que el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza (...)”<sup>853</sup>.

La jurisprudencia ha señalado que las funciones del Consejero delegado son en principio las mismas que las que realiza el factor mercantil, que llámese

---

sociedad con la que normalmente le une un contrato de arrendamiento de servicios. Pero estos datos no sirven para diferenciar funcionalmente a los dos cargos. Por ello, insinúa la idea de que el Consejero delegado asume las funciones del Consejo dentro del ámbito de la delegación, de suerte que sustituye a éste. Esto no ocurre, sin embargo, en caso de nombramiento de un Director gerente frente al cual el Consejo conserva todas sus facultades aunque de hecho no las ejercite.

<sup>853</sup> En el mismo sentido, las S.S.T.S. de 21 de enero, 13 de mayo, 3 de junio, 18 de junio de 1991 y de 27 de enero de 1992. No existe en la legislación española, distinción entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administración de las sociedades (art. 1.3 ET) y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que es lo que caracteriza al trabajo de alta dirección (art. 1.2 RDAD), por lo que lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como relación de trabajo común, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral.

Director General, Gerente o apoderado general es el sujeto típico de la relación laboral especial de alta dirección, pero, no obstante ello, no se puede incluir al Consejero delegado en el ámbito de esta relación laboral especial porque realiza tales funciones en tanto administrador y la actividad de administración está excluida del ámbito laboral. De ahí que la distinción entre alto cargo y administrador no pueda basarse en las funciones a realizar por ambos, que por su propia naturaleza coinciden en lo básico, sino en el carácter externo o interno de la relación: en el supuesto del alto cargo la relación es externa y laboral especial y en el del administrador, por el contrario, es interna y mercantil<sup>854</sup>.

El apoderado, por tanto, carece de la condición de órgano social, no forma parte de él como los órganos delegados, en cuanto no ostenta la cualidad de administrador<sup>855</sup>. En esta línea, los arts. 124 y 185 RRM al enumerar los distintos sistemas de administración no contemplan entre ellos la figura del gerente<sup>856</sup>. Por otro lado, la relación del empresario con el auxiliar presenta un doble aspecto<sup>857</sup>:

---

<sup>854</sup> ALCOVER GARAU, “La retribución...”, *op cit* .p. 140.

<sup>855</sup> En esta idea coinciden, entre otros, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, p.127; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ GARCÍA-PITA PEMÁN/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 28; GARCÍA LUENGO/SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, p. 629; GARRIGUES- URÍA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 133 y 145; LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 117; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2041; POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 489; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 138; SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, p. 502.

<sup>856</sup> Sobre este punto inciden RUANO BORRELLA, “Esquema...”, *op. cit.*, p. 143 y RUANO BORRELLA, J. P., “El órgano de administración después de la reforma de 1989”, *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, t. II, 1991, p. 201.

<sup>857</sup> En este sentido, BÉRGAMO, *Las acciones...*, *op. cit.*, pp. 128 y 129; MARTÍ LACALLE, “Nombramiento...”, *op. cit.*, p. 2042. También sobre este punto, v. MARTÍNEZ GUTIERREZ, “El director general...”, *op. cit.*, pp. 981 y 982, que dice que al constituir un auxiliar del empresario el poder de representación asignado al Director general se encuentra regido por los preceptos del CCom dedicados al factor (equivalencia defendida por la doctrina, v., entre otros, DESDENTADO BONETE, A./DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos*

1º. Por un lado, existe entre ellos una relación contractual, cuyo contenido nos sitúa en el ámbito del contrato de trabajo<sup>858</sup>. No es un contrato de arrendamiento de servicios, ni tampoco un contrato de mandato, a pesar de los términos empleados por el art. 281 Ccom y a pesar de que parte de la doctrina y de la jurisprudencia estudiada así lo sostengan<sup>859</sup>. El Código de Comercio regula a los auxiliares subordinados del empresario bajo la denominación general de contrato de comisión, calificándolos como mandatarios. Sin embargo, esta calificación legal se debe a la confusión del mandato con la representación y no puede ser admitida. Por el contrario, la explicación viene por la vía del contrato de trabajo: el auxiliar está ligado al empresario por un vínculo jurídico de carácter laboral. Esta afirmación se ve apoyada por el contenido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, el mismo

---

*directivos y socios trabajadores. Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 45; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 125; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “La representación en el Derecho Mercantil”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 211; URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Sociedad Anónima: La modificación de los estatutos sociales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 943 y ss. En sentido contrario, POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, p. 491), mientras que la relación de servicios subyacente viene regulada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que establece el régimen jurídico de la relación laboral del personal de alta dirección (V. DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales....*, *op. cit.*, p. 66; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, *op.cit.*, 28ª ed., p. 48. JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (estudio jurídico mercantil)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, p. 61). Habida cuenta de la naturaleza híbrida del Director general, la concreción de sus notas definitivas derivará de una interpretación sistemática de los instrumentos normativos que regulan los elementos conformadores de la relación representativa existente entre aquél y la sociedad. Los rasgos característicos del Director general referirán, respectivamente, tanto aquéllos del factor como los propios del personal de alta dirección. En este sentido, también JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>858</sup> Sobre esta cuestión v. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>859</sup> Así, por ejemplo, la R.D.G.R.N. de 4 de marzo de 1985 y la S.T.S. de 24 de noviembre de 1989 sostienen que el apoderamiento tiene su base en una relación de mandato, en el contrato de mandato. Por su parte, la S.T.S. de 30 de mayo de 1995 sostiene que dado que el cargo comporta el deber de gestionar, el vínculo entre el Director y la sociedad tiene, de algún modo, el carácter de arrendamiento de servicios, que es un contrato de actividad, que habrá de ejercitarse sin abuso de facultades.

se aplica a todos “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Incluso el factor, que es un apoderado general, un *alter ego* del empresario, cuando mantenga con el empresario una relación laboral aunque esta sea de carácter especial (v. Real Decreto de 1 de agosto de 1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial de personal de alta dirección)<sup>860</sup>. Frente a la confusa delimitación de este alto cargo realizada por el art. 2.1º a) del ET, al calificar como relación laboral de carácter especial “la del personal de alta dirección no incluido en el art. 1.3º c)”, el art. 1.2º RD ha ofrecido una delimitación del personal de alta dirección más depurada, pues concretando el ámbito de aplicación de esta normativa especial, califica como altos directivos laborales a “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Dice ALCOVER GARAU, que la interpretación literal del art. 1.2 RDA revela una clara distinción entre el personal de alta dirección y los administradores, incluyendo exclusivamente en el ámbito de los primeros, a aquellas personas que en Derecho Mercantil se denominan factores y en la práctica Gerentes o Directores Generales como apoderados generales. El texto reglamentario considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa relativos a los objetivos generales de la misma con un elevado grado de autonomía que sólo se ve limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la

---

<sup>860</sup> V., en este sentido, URÍA, *Derecho Mercantil*, 27ª ed., *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Entidad, que no es otro que el órgano administrativo, los administradores. Y así se distingue entre el personal de alta dirección, los factores mercantiles, y los administradores estableciendo una jerarquía entre ellos a favor de estos últimos. Esta conclusión no se ve alterada por el confuso art. 1.3.c) ET, que excluye del ámbito laboral a aquella actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro del órgano administrativo y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo<sup>861</sup>.

También resultan interesantes las consideraciones de MARTÍNEZ GUTIERREZ<sup>862</sup> a propósito del contenido del art. 1.2º del RDAD, centrándose en el análisis de las condiciones exigidas en el mismo, con el fin de determinar el alcance exacto de las mismas. Por lo que se refiere al ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad de la empresa, se trata de un requisito que debe ser interpretado sistemáticamente con los arts. 282 y 283 del CCom. Y es que, mientras el primer precepto exige que el factor reúna las mismas condiciones de capacidad que todo comerciante, el segundo explicita dicha función, afirmando que el factor desarrollará una actividad consistente en la dirección y administración del establecimiento mercantil. El Director general se manifiesta como alter ego del empresario, al gozar de un poder general para el desarrollo de la actividad económica de la sociedad en la que se integra. Por tanto, le corresponde la determinación de los objetivos de la actividad económica, la concreción de las medidas a adoptar para su consecución así como su puesta en práctica<sup>863</sup>. No obstante, el carácter general del poder atribuido al Director general no debe identificarse con la

---

<sup>861</sup> “La retribución...”, *op cit.*, p. 138.

<sup>862</sup> “El director general...”, *op. cit.*, pp. 983 y ss.

<sup>863</sup> Así, entre otros, DEL VAL TENA, A., *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 42 y ss; MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pp. 38 y ss; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Administradores y altos directivos [en torno a los artículos 1.3 c) y 2.1º a)], *R.E.D.T.*, nº 100, mar-ago, 2000, p. 79.

totalidad de los poderes inherentes a la titularidad de la empresa. De hecho, se trata de una posibilidad reconocida expresamente por el legislador decimonónico cuando, definiendo la figura del factor, afirma que éste podrá tener “más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el empresario” (art. 283).

El segundo requisito consiste en la necesidad de ejercer estos poderes con relación a los objetivos generales de la empresa, lo que ha sido interpretado tradicionalmente como la proyección del alto directivo sobre la totalidad del funcionamiento de dicha organización empresarial<sup>864</sup>. No obstante, la doctrina científica y jurisprudencial ha propuesto también su calificación cuando aquellos poderes se encuentren limitados territorial o funcionalmente<sup>865</sup>. Constituye una tesis que parece venir expresamente reconocida por el art. 281 CCom cuando afirma que el empresario puede valerse de apoderados generales “para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte”. La Sala de lo Social del TS ha avalado la interpretación propuesta en la Sentencia de 3 de marzo de 1990.

Finalmente, de acuerdo con el tercer requisito, el ejercicio de los poderes atribuidos se efectuará “con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Aquí hay que hacer una doble

---

<sup>864</sup> V. las S.S.T.S. (Sala de lo Social) de 4 de junio de 1999, 22 de abril de 1997, 2 de enero de 1991, 12 de septiembre de 1990, 11 de junio de 1990, 13 de marzo de 1990 y 24 de enero de 1990.

<sup>865</sup> V., por ejemplo, MÉNEDEZ MENÉNDEZ, “Auxiliares...”, *op. cit.*, p. 282, quien defiende que la calificación de factor gira sobre la subordinación directa al empresario con independencia del ámbito en que se ejercitan sus poderes. TAPIA HERMIDA, A. J., “La alta dirección empresarial (administración y altos cargos)”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, vol, III, Tirant lo Blanch, Madrid, 1995, pp. 3737 y 3738, quien defiende esta interpretación con base en las nuevas circunstancias existentes en el mercado.

consideración. De un lado, la prestación de servicios del Director general debe respetar en todo caso la nota de dependencia característica de la relación laboral, mediante el necesario seguimiento de las instrucciones suministradas por el titular de la empresa o, en su caso, por el órgano de administración social<sup>866</sup>. Y de otro, como consecuencia de la subordinación, el inciso refiere de forma explícita la ubicación de este auxiliar dentro del organigrama empresarial. Según se deduce del artículo 1.2º del RD, el Director general vendría a ocupar el segundo eslabón de la cadena de mando con independencia del ámbito efectivo de los poderes otorgados. Es por ello que no pueda calificarse como personal de alta dirección a aquellos empleados que se sitúan bajo un Director general, toda vez que resulta imposible la existencia de un alto directivo subordinado de otro alto directivo<sup>867</sup>.

---

<sup>866</sup> En este sentido, BLASCO PELLICER, A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, 2º ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 26 y 27; DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales...*, *op. cit.*, p. 67; JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...*, *op. cit.*, p. 82; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 128 y ss, quien afirma el carácter subordinado del Director general al órgano de administración social en todo caso; S; SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Homenaje al Profesor Antonio Sagardoy Bengoechea*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1999, PÁGINAS pp. 553 y 554; SALA FRANCO, T./GARCÍA NINET, J. I., “Consejeros y administradores sociales”, en AA.VV. (dir. BORRAJO CRUZ), *El Estatuto de los trabajadores*, t. I, EDERSA, Madrid, 1990, p. 129. En contra de este planteamiento, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 149, 150 y 176, aunque afirma que la dependencia es susceptible de ser modulada, viene a identificar la autonomía a la no dependencia; TAPIA HERMIDA, A., “La alta dirección empresarial...”, *op. cit.*, pp. 3730 y ss; “El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1558 y ss. viene a negar directamente la dependencia en la relación laboral del personal de alta dirección.

<sup>867</sup> Dentro de la doctrina mercantil, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., voz “Factor (Derecho Mercantil)”, *ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 3043; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Auxiliares...”, *op. cit.*, p. 282 (nota 16); JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...*, *op. cit.*, pp. 62, 83 a 85, 236 y 237; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, “La representación...”, *op. cit.*, p. 210, quien, como consecuencia del amplio concepto de factor seguido, afirma que es posible encontrar factores ligados con el empresario a través de una relación laboral común o especial lo que dependerá de la concreta posición ocupada en la

No obstante lo dicho, y pese a que hoy en día la discusión centrada en la diferenciación entre mandato y representación aparece clarificada, ello no impide que, en determinadas situaciones, sean de aplicación algunas de las normas del Código Civil sobre contrato de mandato (v. R.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1992).

En todo caso, la naturaleza contractual del apoderado le otorga un carácter subordinado, respecto a su poderdante, a diferencia de lo que sucede con los delegados que gozan de facultades autónomas en el ejercicio de sus funciones<sup>868</sup>.

2º. Por otra parte, nos encontramos con la existencia de una relación de apoderamiento entre el empresario (sociedad) y sus auxiliares (apoderado general), que presenta importantes especialidades sobre la disciplina general de la representación, cuestión que vamos a pasar a analizar. Antes, no obstante, debe quedar claro el carácter laboral de la relación jurídica subyacente al apoderamiento mercantil al encontrar su origen en el contrato de trabajo<sup>869</sup>. Planteamiento acogido por el legislador, toda vez que, como ha

---

organización empresarial; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 26ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2004, p. 209.

<sup>868</sup> En este sentido, entre otros, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>869</sup> Dadas las características presentadas por la relación jurídica en los arts. 282 y ss CCom y la correlativa identidad existente entre esta y la descrita en el art. 1.1º ET, la doctrina científica y jurisprudencial ha defendido de forma prácticamente unánime tanto la calificación laboral de esta relación jurídica como la derogación material de la normativa decimonónica por el actual Derecho del Trabajo, al ofrecer una regulación específica y más reciente de esa relación de servicios que subyace al poder de representación mercantil. En este sentido se muestran, por ejemplo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Auxiliares...”, *op. cit.*, p. 276, quien afirma que la normativa laboral ha absorbido la regulación del CCom relativa a la relación entre empresario y auxiliares; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., voz “Auxiliares del empresario (Derecho Mercantil)”, *ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, p. 719; JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...*, *op. cit.*, pp. 16, 23 a 25 y 611; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, “La representación...”, *op. cit.*, p. 210, que afirma la derogación material de estas normas del CCom; URÍA, *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, 28ª ed., pp. 47 y 48 y VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, *op. cit.*, pp. 676 y 677.

quedado dicho anteriormente, viene a incluir dicha relación jurídica entre las relaciones laborales de carácter especial [art. 2.1º a)], cuyas principales notas características son, entre otras: 1º. La naturaleza directiva de los servicios prestados por el Director general (art. 1.2º RD). 2º. Su carácter esencialmente retribuida [art. 4.2º c)]. 3º. Su fundamento último se encuentra en “la recíproca confianza de las partes” (art. 2 RD). 4º. La normativa supletoria al RD viene representada por la legislación civil o mercantil y sus principios generales, respectivamente, siendo de aplicación la normativa laboral común únicamente cuando exista una expresa remisión legal o contractual (art. 3 RD). 5º. El órgano de administración social únicamente puede desistir del contrato cuando comunique en forma escrita la voluntad de extinguir la relación laboral, observe el plazo mínimo de preaviso legalmente establecido (tres meses) y abone la indemnización fijada en el contrato o, en su defecto, prevista en el precepto citado (art. 11.1º). 6º. Por último, en lo que se refiere a la responsabilidad civil del alto directivo, dada la inexistencia de una regulación específica sobre la materia en este RD, deberá acudir a las fuentes supletorias citadas y, en particular, a la normativa civil o mercantil, lo que implica que el Director general viene a responder en la práctica como un mero mandatario o factor del titular de la empresa<sup>870</sup>. No obstante, cuando el Director general se manifieste en el tráfico económico como administrador de hecho, el art. 133.2 de la LSA viene a agravar su responsabilidad, haciéndolo

---

<sup>870</sup> V., por ejemplo, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, p. 664; DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales...*, *op. cit.*, p. 61; LLEBOT MAJÓ, *Los deberes...*, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

responder como miembro del órgano de administración social<sup>871</sup>. Sobre esta cuestión, sin embargo, volveremos con posterioridad<sup>872</sup>.

### **b. Representación.**

Entre las principales diferencias que existen entre delegación (delegados) y apoderamiento (apoderados), además de lo dicho hasta aquí, destaca el carácter orgánico que reviste la representación conferida al Consejero delegado, pues, como ya hemos visto, se configura como un órgano social, en contraposición a la representación meramente voluntaria del apoderado. Dado que esta cuestión fue objeto de un análisis profundo en el Capítulo III, II, nos remitimos a lo dicho en ese momento sobre la representación orgánica, la representación voluntaria y la distinción entre ambas.

### **c. Ámbito material del apoderamiento.**

Por lo que se refiere al ámbito material del apoderamiento y de la delegación, la falta de una delimitación legal del contenido de ambas figuras determina la inadecuación de la actividad a desarrollar como criterio para afirmar su diferente naturaleza. No obstante, los límites legales establecidos para la delegación de facultades rigen también para los apoderamientos, de modo que estos no podrán recaer sobre facultades indelegables<sup>873</sup>. De esta

---

<sup>871</sup> Esta tesis ha sido defendida tradicionalmente por un sector doctrinal, v., así, DIAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 83 a 85; JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *op. cit.*, pp. 444 y ss; PERDICES HUETOS, A., “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7489)”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 281, 284 y ss.

<sup>872</sup> V. MARTÍNEZ GUTIERREZ, “El director general...”, *op. cit.*, pp. 988 y ss.

<sup>873</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 126, Citado por SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 349. V. R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1990, según la cual, “(...) no podrán ser objeto de apoderamiento determinadas facultades que, (...), son legalmente indelegables (...)”.

manera, no podrán ser objeto de delegación, ni tampoco de apoderamiento<sup>874</sup>, por disponerlo así el art. 141.1 pár. 2º TRLSA:

- La rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General.
- Las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella.

Al margen de estos supuestos nada más se establece en la Ley respecto a qué materias son susceptibles de delegación o apoderamiento. Un sector de la doctrina<sup>875</sup>, ante esta situación, entiende que son delegables todas las demás facultades del Consejo. Por el contrario, otros autores sostienen que son indelegables, y, por tanto, no apoderables un conjunto de competencias del Consejo, las llamadas “facultades de organización social”<sup>876</sup>, rechazándose la posibilidad de que éstas últimas sean objeto de apoderamiento en cuanto que deben ser desarrolladas necesariamente por el órgano de administración social<sup>877</sup>.

Por otro lado, en el ámbito mercantil ha de estarse en materia de apoderamiento a las reglas que para la comisión mercantil se contienen en el Código de Comercio, dentro de las que se incluye la prohibición contenida en el art. 261 de delegar sin previo consentimiento del comitente los encargos recibidos (en este sentido, la R.D.G.R.N. de 23 de enero de 2001).

---

<sup>874</sup> En este sentido, v. la R.D.G.R.N. de 11 de febrero de 1983.

<sup>875</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, pp. 195 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, *op. cit.*, p. 248, citados ambos por POLO SÁNCHEZ, “Los administradores...”, *op. cit.*, pp. 478 y ss.

<sup>876</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>877</sup> IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 386. En esta línea, opina RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 139, que a los administradores está reservada por Ley toda actividad relativa a la organización de la sociedad y al Director general sólo podrá serle confiada la actividad inherente al ejercicio de la empresa social.

### E. RESPONSABILIDAD DE LOS APODERADOS.

El régimen de responsabilidad de los administradores sociales se recoge, como acabamos de comentar en el capítulo inmediatamente anterior, en los arts. 133, 134 y 135 TRLSA.

Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, la LSA no se ha ocupado de regular la cuestión de la responsabilidad del Director general (en cuanto apoderado general) por los actos realizados en el ejercicio de su cargo. Así, por ejemplo, el *Codice Civile* italiano, en su art. 2396, equipara al Director general con los administradores en lo que respecta a la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad de éstos últimos, a salvo las acciones ejercitables en base a la relación de trabajo con la sociedad<sup>878</sup>.

El silencio de la LSA, la especial referencia de los artículos de dicha Ley a los administradores y la ausencia de doctrina jurisprudencial al respecto, dificultan la aplicación del régimen legal de responsabilidad de los administradores a estas otras figuras. Por tanto, será necesario recurrir a las normas del CCom sobre responsabilidad del auxiliar del empresario, en general, y del factor, en particular, y, en caso necesario, a las normas del mandato<sup>879</sup>. Todo ello, sin perjuicio de que el titular del órgano de

---

<sup>878</sup> Para un mayor detalle sobre el tratamiento de esta figura en el ámbito del Derecho italiano de sociedades, nos remitimos a la Primera Parte de este trabajo, Capítulo I, II, B, b). En el mismo sentido, destaca el art. 72. del Código portugués, según el cual “1. Os gerentes, administradores ou directores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”.

<sup>879</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 662 y ss; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 329 y 330, si bien este autor considera que esta solución conduce a resultados insatisfactorios y aconseja la equiparación, a efectos de responsabilidad, de las figuras de Consejero delegado y Director general, como ocurre en el Derecho italiano en virtud del art. 2396 *Cod. Civ.*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 137; SÁNCHEZ CALERO. “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 242 y 243; Todos ellos citados por SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento...”, *op. cit.*, p. 352. V. también, JUSTE MENCÍA, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la

administración sea responsable por la falta de instrucciones o vigilancia sobre el apoderado. No obstante, JUSTE MENCÍA<sup>880</sup>, menciona otras dos posibilidades en torno a la cuestión que comentamos. Según la primera, si la responsabilidad del administrador se deriva de su condición de titular del órgano, se podría considerar, en determinadas condiciones, que el Director general ocupa un puesto orgánico y, por tanto, podría resultarle aplicable el régimen de responsabilidad de la LSA. A esta posibilidad se había aludido bajo el régimen de la LSA de 1951 en el caso de que se previera en los estatutos, y con carácter obligatorio, su designación, posición que había recibido un cierto apoyo en la S.T.S. de 30 de abril de 1971. Tal postura parece que ha sido ratificada por la S.T.S. de 10 de octubre de 1998, donde puede leerse que “Cuando el cargo de director -gerente se halla previsto en los estatutos sociales, de la sociedad anónima respectiva, el mismo es considerado como un órgano de administración (...)”. Sin embargo, esta conclusión no puede ser definitiva ya que es muy discutible que la vigente legislación consienta la calificación del Director general como órgano. En segundo lugar, hay quien considera conveniente introducir una norma similar a la que existe en otros ordenamientos, consistente en extender la responsabilidad del administrador a los Directores generales de la sociedad, extensión que se va produciendo en algunos aspectos del régimen de los directivos no

---

sociedad”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, p. 448. Cabe recordar, en este punto, que este es, en opinión de MORILLAS JARILLO, *Las normas de conducta...*, *op. cit.*, pp. 230 y 233, uno de los principales inconvenientes o defectos del régimen legal español porque introduce una dicotomía injustificada, un diverso tratamiento de funciones materialmente idénticas, por lo que sería conveniente la equiparación, a efectos de responsabilidad, de todos aquellos que, bajo distintas denominaciones, se encargan de la administración social o de la dirección de la empresa. A favor de la asimilación o equiparación, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 330. En contra, ALONSO UREBA, “Presupuestos...”, *op. cit.*, pp. 664 a 666, en virtud de la diversa naturaleza de la relación que une a unos y a otros con la sociedad. Sobre la aplicación, o no aplicación, del régimen de responsabilidad de los administradores a los apoderados, v. la S.T.S. de 30 de junio de 2001 y la S.A.P. de Murcia de 19 de febrero de 1998. Para más detalle, nos remitimos al Capítulo inmediatamente anterior.

<sup>880</sup> “En torno a la aplicación...”, *op. cit.*, pp. 448 y ss.

administradores<sup>881</sup>. A modo de ejemplo, podemos citar el art. 89. 3 LSA que considera administradores no sólo a los miembros del Consejo de administración, sino también a los “directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora”, cuando disciplina el régimen administrativo sancionador en materia de negocios sobre las propias acciones. Sin embargo, el régimen de responsabilidad sólo debería introducirse cuando adquiriera unos perfiles más claros la figura del Director general.

Al apoderado general, ajeno al Consejo al caracterizarse como factor así como por el carácter voluntario y no orgánico de la representación que se le confiere, no le resulta aplicable el régimen de responsabilidad previsto para los administradores, sino el establecido en el Código de Comercio. Por ello, el apoderado general podrá realizar, por nombre y cuenta del empresario, administrando, dirigiendo y contratando, el giro o tráfico propio de aquél (arts. 281 y 283 Ccom) de ahí que el Código exija para ser factor capacidad de obligarse y poder de la persona por cuya cuenta se ha de realizar el tráfico (art. 282 Ccom) y que le imponga, además, la obligación de expresar la relación de apoderamiento en todos aquellos documentos que suscriba al contratar en nombre del principal (art. 284). Actuando de esta manera, recaerán sobre el principal (en este caso, sobre la sociedad) todas las obligaciones que contraiga el factor como consecuencia de la representación que se le confiere (art. 285). Fuera del supuesto del factor notorio (art. 286), si a pesar del poder el factor contrata en nombre propio y no en el de su principal se obligará directamente con la persona con quien hubiese celebrado el contrato (arts. 285 y 287). En todo caso, el factor responderá frente al principal de todos los perjuicios que causen a sus intereses por haber procedido con “malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubieren recibido” (art. 297).

---

<sup>881</sup> Así, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 330.

No obstante, en relación a la responsabilidad que cabe exigir al Director general convendría diferenciar dos supuestos. Por una lado, cuando la persona del Director general no queda sujeto a una relación orgánica junto a la relación de empleo que le es propia. El Director general no ostenta por consiguiente la condición jurídica de administrador, y en consecuencia responderá como simple mandatario, quedando sustraído al régimen de responsabilidad social contenido en los arts. 133 y ss LSA. En estos casos, las funciones de gestión, e incluso de representación, son asumidas por un sujeto vinculado a la sociedad a través de una relación laboral especial bajo una variada terminología (Director general, Director gerente, Director ejecutivo...). Frente a la sociedad y frente a terceros la responsabilidad del Director general descansa en la doble relación de empleo y poder que le vincula con la sociedad, debiendo partirse a este respecto de su configuración similar al factor del Código de Comercio. La existencia de un Director general en los términos indicados afectará al régimen de responsabilidad social de los administradores en el sentido de que se podrá ejercitar la acción de responsabilidad social frente a los administradores por *culpa in eligendo, in instruendo o in vigilando*. Estaríamos ante un supuesto paralelo al de la delegación de facultades por el Consejo<sup>882</sup>. También JUSTE MENCÍA, considera que al existir una subordinación del apoderado frente al órgano de administración se desplaza la responsabilidad de éste a las llamadas culpa "*in eligendo*" o "*in vigilando*"<sup>883</sup>. Dependencia que así mismo pone de manifiesto la S.T.S. de 26 de mayo de 1998.

Por el contrario, cuando el Director general ostente al mismo tiempo dicha cualidad y la condición de administrador, entonces la especial relación de empleo que liga al Director general con la sociedad no basta por sí sola para desvirtuar o alterar el contenido de su posición orgánica. Tampoco la

---

<sup>882</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, "Notas...", *op. cit.*, p. 138.

<sup>883</sup> JUSTE MENCÍA, "En torno a la aplicación...", *op. cit.*, p. 446, citando, en el mismo sentido, a ALONSO UREBA, "Presupuestos...", *op. cit.*, p. 665.

posición jurídico-laboral del administrador, derivada de la relación de empleo, afecta al régimen de responsabilidad social del art. 133 LSA<sup>884</sup>.

#### **F. DURACIÓN Y TERMINACIÓN EN EL CARGO DE APODERADO.**

Dando por sentado lo comentado en relación a la duración y terminación en el cargo de los delegados en el Capítulo II, III, de la Segunda Parte, nos centramos aquí en la figura de los apoderados.

En este sentido, el apoderamiento puede tener una duración determinada o indefinida (aunque la fijación de un plazo no vincula al poderdante quien podrá hacer uso de la su facultad de revocación libremente) y operan como causas de extinción las del art. 1732 CC (revocación, renuncia del mandatario, muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario). Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, el poder se mantiene en tanto no sea revocado e, incluso, subsiste en caso de fallecimiento del principal (art. 290) como excepción al principio general civil de que el mandato termina con la muerte del mandante. Por otro lado, la representación voluntaria se confiere por la sociedad, que actúa a través de sus órganos, de forma tal que aun cuando cambie la composición personal de éstos, no por ello decae el apoderamiento, en tanto en cuanto no sea, como decimos, revocado o no se extinga por otra causa (así, la S.T.S. de 3 de diciembre de 1983)<sup>885</sup>.

La revocación del poder tiene que ser expresa, y para que surta efectos en relación con el apoderado y el principal, éste deberá ponerlo en conocimiento de aquél. Respecto de los terceros, los efectos de la revocación

---

<sup>884</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA PEMÁN/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>885</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, “Administradores...”, *op. cit.*, pp. 504 y 505.

comenzarán cuando haya sido inscrita en el Registro Mercantil si se trata de un factor con poderes inscritos<sup>886</sup>.

La renuncia del apoderado, sin embargo, no puede tener acceso al Registro sino consta su certificación a la sociedad (así la R.D.G.R.N. de 28 de febrero de 1992).

Añadir, respecto de la inscripción de la renuncia del apoderado, que no es suficiente la manifestación unilateral del renunciante, sino que, como decidió La Dirección General de los Registros en Resolución de 26 de febrero de 1992, habrá que tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 1736 del Código Civil, pues aunque hoy en día la discusión centrada en la diferenciación entre mandato y apoderamiento aparece clarificada, ello no impide que en determinadas situaciones como la presente sea de aplicación dicha norma, al confluir la misma circunstancia justificativa que no es otra que el conocimiento que de la renuncia deba tener la sociedad, para adoptar las medidas adecuadas a la nueva situación producida (en este sentido, la R.D.G.R.N. de 21 de mayo de 2001).

Finalmente, recordar que la competencia para conceder y revocar poderes generales corresponde al Consejo y no a la Junta General. En consecuencia, el Consejo colegiadamente o los delegados podrán revocar o no en cualquier momento el poder otorgado, y sin que la Junta pueda hacerlo directamente, por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado, aunque sí podrá fiscalizar la gestión social del administrador, aprobar o no la actuación seguida y proceder, en consecuencia, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado<sup>887</sup>.

Como se desprende de las consideraciones expuestas el apoderado, en sus diversas denominaciones, desempeña un importante papel en la vida de

---

<sup>886</sup> URÍA, *Derecho Mercantil*, 27ª ed., *op. cit.*, p. 51.

<sup>887</sup> Así, LLAVERO RODRÍGUEZ PORRERO, *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 119. Sobre esta cuestión, v., SÁNCHEZ RUIZ, "Apoderamiento...", *op. cit.*, p. 354 y 355.

las sociedades anónimas, pero sus perfiles resultan bastante borrosos, resultando especialmente difícil su distinción de los Consejeros delegados. Sería conveniente una regulación más o menos extensa de la misma en la LSA<sup>888</sup>.

---

<sup>888</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas...”, *op. cit.*, p. 138 y 139.

## CONCLUSIONES

I. El estudio que proponemos tiene su razón de ser en la importancia que la administración de las sociedades anónimas y, en concreto, la administración delegada a través de Consejeros delegados y Comisiones ejecutivas sigue teniendo en la actualidad aunque no sea un fenómeno de reciente creación o configuración. Abordamos el análisis de esta institución desde la perspectiva de la evolución que la misma ha tenido a lo largo del tiempo y de cómo se ha adaptado a las circunstancias cambiantes del ámbito en el que se desenvuelve la sociedad anónima, sin perder de vista, claro está, el objetivo o finalidad fundamental de la misma: agilizar y facilitar el desarrollo de las funciones encomendadas al Consejo de administración por el legislador.

II. Históricamente, la pérdida de poder de la Junta general y el cambio en la actitud de los accionistas de las sociedades anónimas, van a determinar las transformaciones producidas en el interior de las sociedades anónimas y, más en concreto, en la administración social. Y son estos dos hechos los que explican que otros órganos sociales, el órgano de administración y, particularmente, el Consejo de administración, asuman un papel principal en el gobierno y gestión de la sociedad.

Hoy día, sin embargo, el propio Consejo de administración ha resultado ser un organismo incapaz de llevar a cabo una gestión de la sociedad eficaz y adecuada a las circunstancias actuales en que las sociedades desarrollan su actividad. El principal problema que plantea el Consejo como forma de organizar la administración de la sociedad es la necesidad de actuar colegiadamente para el desarrollo de la función administradora. A ello, hay que unir el hecho de que en muchas ocasiones los Consejos de administración están compuestos por personas sin la cualificación o preparación necesaria para enfrentarse a la labor de gestionar la sociedad. Por ello, hoy día la

actuación del Consejo como tal, está siendo reemplazada o sustituida, en la mayoría de las ocasiones, por órganos delegados. Es decir, actualmente, en aras de una mayor flexibilidad, agilidad y eficacia en el ejercicio de la función administradora, ésta suele conformarse de una manera dual: por un lado, existe un órgano pluripersonal con funciones fundamentalmente de control, y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiales, que son los que en definitiva gestionan la sociedad. Esta separación viene impuesta en los ordenamientos donde rige el *sistema dualista de administración de la sociedad anónima*, mientras que en otros, donde impera el *sistema monista*, se lleva a cabo mediante las denominadas delegaciones de facultades. He aquí los otros factores que determinan la aparición de la delegación de facultades.

III. Tampoco contribuye a mejorar el funcionamiento del Consejo de administración la gran complejidad que, hoy día, puede llegar a alcanzar el proceso de gestión de una sociedad anónima. En este sentido, dentro del contenido de la administración, se suele diferenciar entre *gestión* (actos que no rebasan la esfera interna de la sociedad) y *representación* (actos que ponen en relación a la sociedad con terceros). A su vez, dentro de los actos de gestión, cabría hacer una nueva distinción entre *actos relativos a la organización de la sociedad* y *actos relativos al ejercicio de la empresa social*, o, en otra terminología, *gestión societaria de tipo interno* o *gestión propiamente empresarial*. No obstante, esta orientación doctrinal de separar gestión y representación, no es unánimemente aceptada por toda la doctrina por considerarse que administración y representación no son actividades totalmente diferenciadas. Para este sector doctrinal, la única función del órgano de administración es la función de administrar, entendida en el sentido más amplio que incluye las funciones de dirección de la política general, de gestión, de representación..., etc. Y el objetivo de la función de administrar así considerada, sería la consecución del objeto social.

En todo caso, cuando se habla de gestión o de administración de una sociedad se alude al conjunto de actos de diversa índole que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido. La actividad de gestión constituye un todo unitario aunque integrado por una serie de fases o etapas que suelen enunciarse de la siguiente forma: Programación, Dirección, Ejecución y Control, que implican otras tantas tareas.

El proceso de gestión de una sociedad, por tanto, puede llegar a alcanzar una gran complejidad, complejidad que conlleva la imposibilidad de que un solo órgano se haga cargo de todas las tareas que la gestión lleva consigo. Surge así la necesidad de organizar la gestión o administración social procediendo, bien a una distribución de competencias, o bien llevando a cabo una descentralización de las tareas que la integran atribuyendo su realización a distintas personas. Esta descentralización se produce, normalmente, a través de la delegación de funciones, técnica que permite adaptar la organización social interna a las exigencias de cada caso en concreto. He aquí una de las razones que motivan el fenómeno de la delegación de facultades.

Todas estas circunstancias determinan, también, que hoy en día el Consejo desarrolle pocas aunque importantes decisiones y ejerza funciones fundamentalmente de control y que sean los órganos delegados los que en definitiva gestionan la sociedad.

IV. Desde el punto de vista de la legislación española sobre sociedades, y dejando al margen los antecedentes legislativos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, ésta mantiene el sistema monista de administración de la sociedad: existe un único órgano que puede adoptar, entre otras, la forma de Consejo de administración. Sin embargo, debido a las razones apuntadas, el Consejo ha dejado de ser en las grandes sociedades el verdadero órgano de

administración, para quedar reducido a un órgano que asume un papel de orientación, control y aprobación formal de las decisiones tomadas por otro y que el régimen de los órganos delegados es de gran importancia al concentrarse en ellos la gestión social. La articulación de la administración social mediante la delegación de facultades a uno o más Consejeros delegados o a una Comisión ejecutiva, y la delimitación de las funciones del Consejo a su vigilancia y control, determina una estructura parecida a la del sistema dualista de administración aunque con matices ya que mientras en nuestro sistema la delegación responde a una particular forma de organización del Consejo, en los sistemas dualistas la separación de funciones entre el órgano de gestión y el de vigilancia es estructura esencial y básica de la sociedad.

Consecuencia de lo dicho es que uno de los debates, quizá el principal, que actualmente suscita la administración de las sociedades anónimas es la opción, bien por el sistema monista de administración (un órgano/dos funciones), adoptado por países como España o Reino Unido, bien por el sistema dualista (dos órganos/dos funciones), dualismo que en algunas legislaciones se establece con carácter imperativo (modelo alemán), y en otras como opción voluntaria (modelo francés).

No obstante lo dicho, como consecuencia de la necesaria adaptación de nuestro Derecho de sociedades al Derecho comunitario en la materia y, en concreto, al Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (al que hay que unir la Directiva 2001/86/CE, que lo completa en materia de participación de los trabajadores), se debe proceder, en breve aunque ya fuera de plazo, a reformar el Derecho español en el sentido de regular por primera vez en nuestro ordenamiento el sistema dual de administración social para que las Sociedades Europeas que se constituyan en España puedan optar por cualquiera de los dos sistemas de administración. En esta línea destaca el

Proyecto de Ley sobre Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, presentado el 21 de enero de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una semana después. De acuerdo con la regulación contenida en el Proyecto de Ley, mediante el que se pretende incorporar un nuevo Capítulo (XII) a LSA, la SAE que se domicilie en España podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos. Pero sólo podrá hacerlo, como decimos, la sociedad anónima europea. El resto de las sociedades anónimas que se constituyan en España sólo podrán optar, en virtud del contenido actual del Proyecto de Ley, por el sistema monista de administración tradicional en nuestro país.

En el caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a la sociedad anónima europea lo establecido en esta Ley para las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas. En el caso de que se opte por un sistema de administración dual, existirá una Dirección, a quien corresponderá la gestión y representación de la sociedad, y un Consejo de Vigilancia. La Dirección podrá, a su vez, organizarse de diferentes modos: un solo director, varios directores que actúen solidariamente o conjuntamente o un Consejo de Dirección, el cual deberá constituirse necesariamente siempre que la gestión se confíe conjuntamente a más de dos personas. Los miembros del Consejo de Vigilancia serán nombrados y revocados por la Junta general, sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, en la Ley que regule la implicación de los trabajadores y de lo establecido en el art. 137 de la LSA.

Actualmente, el Proyecto de Ley sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España ha sido remitido a la Comisión de Justicia para la emisión del correspondiente informe.

El régimen de la sociedad europea se completará con la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la sociedad europea, mediante la que se

incorporará al Derecho español la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, teniendo en cuenta que el plazo para la transposición finalizó el 8 de octubre de 2004.

V. Determinada la estructura interna que hoy día presentan las sociedades anónimas en España, la situación actual de la misma viene marcada, fundamentalmente, por dos circunstancias: 1. Por un lado, por el movimiento conocido como *corporate governance*, o buen gobierno corporativo, que da lugar a los Códigos de Conducta, y cuya importancia radica en el hecho de que gran parte de sus postulados inciden sobre la estructura de la administración de las sociedades a las que se aplica. 2. Por otro lado, el Reglamento n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, al que hay que unir la Directiva 2001/86/CE, que lo completa en materia de participación de los trabajadores, marco jurídico regulatorio de la *Societas Europaeae*, ambos fruto del Consejo de Niza celebrado los días 7 y 8 de diciembre de 2000, con los que, en principio, se pone fin al complejo proceso de armonización del Derecho de sociedades europeo y a los que nos hemos referido con anterioridad desde la perspectiva de los cambios que su aplicación en nuestro país produce en nuestro Derecho de sociedades.

1. En relación al movimiento conocido como *corporate governance*, las manifestaciones del mismo en España se producen a través de varios documentos. En primer lugar, el Informe sobre la problemática de los Consejos de administración de las sociedades y el “Código Ético de los Consejeros de Administración de las Sociedades”, de asunción voluntaria por estas sociedades, elaborados por la Comisión Especial presidida por el profesor Olivencia. El Código parte de una constatación que ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad: la incapacidad del Consejo para desempeñar la función que tradicionalmente tenía asignada, cual era la gestión de la sociedad.

Partiendo de este hecho, se pretende potenciar aquello que el Consejo sí está en condiciones de hacer: controlar o supervisar a quienes de hecho gestionan la sociedad. Y para el cumplimiento de esta función de supervisión dos son los pilares fundamentales:

1°. Dotar al Consejo de una adecuada composición mediante la incorporación dentro de su estructura, junto a los consejeros ejecutivos, de los consejeros “independientes”, que son “los llamados a formar parte del Consejo de Administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas” (Informe Olivencia II. 2.1). Además, éstos estarán desvinculados del equipo directivo y de quienes tengan el poder en la sociedad (Recomendación 2ª) y en la composición del Consejo de Administración deben constituir amplia mayoría (Recomendación 3ª).

2°. Instaurar las llamadas “Comisiones delegadas de control”, con facultades únicamente de información, asesoramiento y propuesta, y cuya creación responde al principio de división del trabajo y de especialización de tareas. Y, dada la diversidad de tareas en una sociedad el Informe Olivencia recomienda la creación de las siguientes Comisiones: la Comisión de Auditoría, la Comisión de Nombramientos, la Comisión de Retribuciones, y, por último, la Comisión de Cumplimiento.

Posteriormente, es elaborado el Informe Aldama, el cual, actualiza los criterios del Informe Olivencia en relación a los que éste consideraba pilares básicos para un correcto funcionamiento de los Consejos de administración. En este sentido, establece “nuevas definiciones” de las denominaciones al uso (IV.2.1). Centrándonos en los consejeros independientes, se definen como aquellos “consejeros de reconocido prestigio profesional que pueden aportar su experiencia y conocimientos al gobierno corporativo y que, no siendo ni ejecutivos ni dominicales, resulten elegidos como tales y reúnan las condiciones que aseguren su imparcialidad y objetividad de criterio” (2.1.c). Por lo que se refiere a su participación en el Consejo de administración,

se considera que lo más adecuado es que exista una mayoría amplia de consejeros externos en el Consejo y, dentro de éstos, una participación muy significativa de consejeros independientes, teniendo en cuenta la estructura accionarial de la sociedad y el capital representado en el Consejo.

En relación a la estructura y a la función de las Comisiones internas, el Informe Aldama, insiste en su necesario establecimiento, aunque considera que las Comisiones cuya constitución procedería para el mejor gobierno corporativo serían: La Comisión ejecutiva o Delegada, la Comisión de Auditoría y Control, la de Nombramientos y Retribuciones y, en su caso, la Comisión de Estrategia e Inversiones, (IV. 5). Esta última Comisión no se previó en el Informe Olivencia y se especializa en el análisis del riesgo de firma, sobretodo en operaciones corporativas. Por otro lado, desaparece la mención a la Comisión de Selecciones, ahora unida a la de retribuciones como Comité de Nombramiento y Retribuciones, en virtud de la escasa operatividad práctica y la escasa implantación que ha tenido.

Al margen de lo expuesto, la atención del Informe Aldama se centra, fundamentalmente, en los principios de transparencia, lealtad y diligencia; el funcionamiento de los órganos de gobierno corporativo (manteniendo los dos pilares fundamentales para el desarrollo por parte del Consejo de sus funciones, a que se refería el Informe Olivencia) y las relaciones (de las sociedades cotizadas) con las empresas de servicios y asesoramiento. El Informe Aldama, concluye afirmando que si bien las empresas pueden, en virtud del poder de autorregulación de que disponen dentro del marco legal existente, incorporar a su régimen de gobierno corporativo las recomendaciones que consideren oportunas y en la forma que estimen más conveniente, algunas de estas recomendaciones que formula tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada. De esta manera, sobre la base del Informe Aldama se

recogen en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas, aquellas recomendaciones del mismo cuyo soporte más adecuado es, como decimos, una regulación normativa. En concreto, se ha recogido en esta Ley las recomendaciones relativas a: a) Los deberes de información y transparencia. b) La definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses. c) La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan, entre otros, un reglamento del Consejo de administración, así como de la junta general. Y ello determina, como indica el título de la Ley, la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas y la modificación de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores.

Por último, con el fin de complementar lo que establecen los Códigos de Buen Gobierno, la Asociación Española de Directivos ha considerado necesario proceder a la formulación de algunos principios que sirvan para establecer el marco de actuación bajo el cual los profesionales de la gestión empresarial deben desarrollar la función directiva. Frente al exceso de reglamentación, la autorregulación ética de los propios directivos a través de un marco general de referencia se convierte en el mejor camino para establecer un conjunto de buenas prácticas frente a la propiedad, la empresa y la sociedad en general. Por ello, la AED ha desarrollado el “Decálogo del directivo”, conjunto de principios y valores de actuación del directivo para el buen gobierno de la empresa.

En cualquier caso, se hace necesaria una readaptación de los códigos a la nueva realidad social, teniendo en cuenta que establecer normas de *buen gobierno* ayuda, pero no son la panacea ya que al final las sociedades son

gobernadas por personas cuyos principios y valores se superponen, en ocasiones, a los del *buen gobierno*.

2. Respecto a la segunda de las circunstancias planteadas, como hemos advertido con anterioridad, el complejo proceso de armonización del Derecho europeo de sociedades ha conocido un hito importante con el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, al que hay que unir la Directiva 2001/86/CE, que lo completa en materia de participación de los trabajadores en la gestión, llamados a jugar un papel muy relevante en la evolución del Derecho de sociedades en Europa y que entraron en vigor el 8 de octubre de 2004. Dentro del régimen de la SE destaca las posibilidades que ofrece en cuanto a su organización interna ya que obligarán a llevar a cabo una reforma del derecho societario español, en el sentido apuntado líneas antes. La SE se estructura en base a la existencia de dos órganos sociales, tanto de deliberación (Junta general de accionistas), como de administración y representación, permitiéndose para este último, que se siga bien el sistema dual, que supone la existencia de un órgano de dirección y de un órgano de control, bien el sistema monista, en el que un solo órgano ejerce la administración de la sociedad. La reforma citada del derecho español deberá producirse en el sentido de regular por primera vez en nuestro ordenamiento el sistema dual de administración social para que las SE constituidas en España puedan optar por cualquiera de los dos sistemas de administración.

Otro de los rasgos esenciales de la SE es el relativo a la implicación de los trabajadores en la gestión de la misma, cuestión que se regula en la Directiva 2001/86/CE, la cual completa el Reglamento por el que se crea la sociedad europea, formando un bloque normativo integrado, hasta el punto de que la entrada en vigor del Reglamento (8 de octubre de 2004) se ha hecho coincidir con la expiración del plazo para transponer la Directiva. Sólo cuando, transpuesta la Directiva, los legisladores nacionales hayan tomado

opción sobre el régimen de implicación de los trabajadores en la gestión, podrá constituirse una SE.

De lo dicho, podemos extraer una idea principal sobre la que ya hemos apuntado algunas consideraciones: la publicación del Reglamento y la entrada en vigor de la Directiva, obligan al legislador español a adoptar las disposiciones de Derecho interno necesarias para asegurar la efectividad del Reglamento. En particular, el legislador español está obligado a hacer efectiva la opción de que las SE registradas en España hagan a favor del sistema monista o del sistema dualista, hasta ahora extraño a nuestro Derecho y a trasponer la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.

Por otro lado, como ponen de relieve ESTEBAN VELASCO y QUIJANO GONZÁLEZ, constituye una tarea pendiente la elaboración de una segunda SE: la Sociedad Privada Europea, con un estatuto más próximo al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y que tendría carácter complementario con el de la primera SE, de forma que ambas figuras se presentaran alternativamente como complementarias y compatibles”.

VI. Desde la óptica del Derecho comparado, el examen de la organización de la administración de las sociedades anónimas pone de relieve que, no obstante la diversidad de los distintos ordenamientos estudiados, la sociedad anónima y, en concreto, su administración presentan problemas comunes en todos los países. Frente a estos problemas se han adoptado soluciones que, hasta cierto punto, podemos decir que son unánimes. De esta manera, todos los ordenamientos examinados muestran interés por responder de manera adecuada a las necesidades de una eficaz gestión de la sociedad, por lo que en todos ellos la organización de la administración de las sociedades anónimas se regula de acuerdo con los mismos principios: el de especialidad y el de jerarquía a los que hay que añadir el de unidad del proceso de gestión. Es

lógico, por otro lado, que dentro de estos caracteres comunes las fórmulas articuladas en los distintos países para alcanzar el citado objetivo son, como hemos podido comprobar, diferentes. En cualquier caso, está claro que las sociedades anónimas de los distintos países se han ido acomodando a las necesidades impuestas por el tráfico.

Dentro de los ordenamientos estudiados presenta especial interés el Derecho de sociedades italiano y, en particular, la reforma operada en el mismo a través del Decreto Legislativo nº 6 de 17 de enero de 2003, el cual, a los efectos que a nosotros nos interesan, introduce como principal novedad la opción que se atribuye a las s.p.a. italianas de elegir entre tres sistemas de administración diferentes: el sistema tradicional (único vigente hasta diciembre de 2003), el sistema dualista y el sistema monista (arts. 2380 y ss *Cod. Civ.*).

Coincide gran parte de la doctrina (por todos, BUONOCORE) en poner de relieve que el rasgo que caracteriza toda la reforma está en la concesión a las empresas de una autonomía estatutaria sin precedentes por amplitud y calidad, como siempre han pedido los empresarios. Por ello, el éxito de la reforma depende, en gran medida, del modo en que éstos sepan aprovechar la ocasión y traducir en reglas estatutarias claras y eficientes las posibilidades de elección que la ley les otorga.

VI. Centrándonos en la regulación de la delegación de facultades del Derecho positivo español, de acuerdo con el art. 141.1 LSA la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar corresponde, en principio, al Consejo de administración salvo que los estatutos dispongan otra cosa. Esta salvedad unida al carácter dispositivo con el que se regula la delegación sirven de fundamento a la regulación estatutaria de la delegación. El contenido de esta regulación estatutaria de la delegación puede comprender desde la autorización para delegar, hasta la imposición de la delegación, pasando por

otras posibilidades como, por ejemplo, que los estatutos guarden silencio al respecto, prohíban la delegación o atribuyan a la Junta la decisión en materia de delegación. Finalmente, también es posible que los estatutos sometan a la aprobación de la Junta tanto los acuerdos de delegación como el nombramiento de los que hayan de ocupar el puesto.

En relación con lo anterior, sólo cuando se articula la estructura de la administración social por medio del Consejo de administración será posible la delegación.

En el desarrollo o ejercicio de esta facultad el Consejo de administración está supeditado a la observancia de los requisitos previstos en el art. 141.2 LSA, según el cual para la validez del acuerdo de delegación permanente de alguna facultad del Consejo en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil. El contenido de la LSA se completa, en este punto, con los arts. 149 a 152 del RRM, en virtud de los cuales la inscripción deberá practicarse mediante escritura pública una vez que conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos. Inscrita la delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde el nombramiento se retrotraen al momento de la celebración. En cuanto a su contenido, la inscripción deberá contener la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios Consejeros delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma. Los demás acuerdos del Consejo, incluidas las delegaciones no permanentes, se adoptarán por el procedimiento ordinario de adopción de acuerdos.

VII. El contenido de la facultad de delegar se concreta en la creación de una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados y en la atribución a estos cargos de determinadas funciones o facultades que son propias del Consejo, aspecto en el que la LSA ha concedido un amplio margen a la autonomía privada dado que se ha limitado a establecer las facultades que no podrán ser delegadas y que, por tanto, deberán ser desarrolladas por el Consejo de administración en pleno. Estas funciones o facultades indelegables son:

a) La rendición de cuentas y la presentación del balance a la Junta general (la referencia al balance debe extenderse a la cuenta de pérdidas y ganancias, a la memoria, al informe de gestión y a la propuesta de aplicación de resultado), prohibición absoluta para la que la Ley no contempla excepción alguna. De esta forma, se consigue que el Consejo en pleno se responsabilice ante la Junta no sólo de los resultados de la gestión y de la expresión contable de los mismos, sino también de la gestión, es decir, de toda la actividad administrativa. Además, al tratarse de funciones constitucionales de la sociedad, si se permitiese su delegación se estaría dejando vacío de competencias al Consejo de administración.

b) Las facultades que la Junta conceda al Consejo salvo que fuera expresamente autorizado por ella. En este caso nos encontramos ante una prohibición relativa que puede salvarse mediante la autorización de la Junta.

Los problemas que plantea este segundo grupo de funciones o facultades que, al menos en principio, son indelegables se centran en dos cuestiones: en primer lugar, la determinación de cuáles son los asuntos propios de la competencia de la Junta que se pueden delegar en el Consejo, es decir qué facultades puede delegar la Junta en el Consejo. Y, en segundo lugar, el alcance y las condiciones de la autorización de la Junta. En respuesta a la primera de estas cuestiones, la competencia de la Junta ha de venir determinada por la Ley y por los estatutos. Por ello, la Junta no podrá delegar cualquiera de las facultades que tiene legal o estatutariamente atribuidas, sino que sólo podrá delegar en el Consejo aquellas facultades que la propia Ley o,

en su caso, los estatutos hayan previsto que pueda confiar a los administradores. En otras palabras, la Junta podrá delegar sus facultades en el Consejo cuando venga autorizado expresamente por la Ley o por los estatutos para ello. Dentro de los supuestos de previsión legal expresa, en virtud de la cual la Junta podrá delegar facultades al Consejo, destacan: la delegación de la ejecución del aumento del capital social; el capital autorizado, procedimiento consistente en la posibilidad de que los administradores de una sociedad, en virtud de una autorización que les concede la Junta puedan aumentar el capital de la sociedad, en una o varias veces, hasta una cifra determinada no superior a la mitad del capital social en el momento de la autorización y en plazo máximo de cinco años a contar desde el acuerdo de la Junta; la delegación de la facultad de acordar la emisión de obligaciones ordinarias o convertibles en acciones.

La segunda cuestión consiste en determinar si las facultades que la Junta delega en el Consejo pueden ser delegadas por éste, a su vez. A la vista del último inciso del segundo párrafo del art. 141.1, la respuesta a este problema debe ser afirmativa: la autorización de la Junta hace posible que las facultades concedidas al Consejo puedan, a su vez, ser delegadas. No obstante, las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta General al Consejo sólo podrán delegarse por éste si se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación (art. 149. 1, 2º RRM).

Al margen de los dos supuestos a que expresamente se refiere la Ley, nada más establece respecto a qué materias son susceptibles de delegación y cuáles no lo son. En términos generales, podemos decir que se consideran delegables tanto las facultades de gestión como las de representación. De hecho, en la práctica lo normal es que los delegados tengan conferidas facultades de representación y de gestión, sea con limitaciones, sea con carácter general, teniendo atribuidas en este segundo caso “todas las facultades legal y estatutariamente delegables” (art. 149.3 RRM)

Por el contrario, se consideran indelegables las llamadas “facultades de organización social”, entre las que se incluyen las materias que por afectar a la estructura financiera de la sociedad, están estrechamente vinculadas al deber de contabilidad impuesto a los administradores y las actividades por las que se pretende la modificación de la estructura jurídica de la sociedad.

Finalmente, hay que hacer referencia a un supuesto especial: la delegabilidad de la convocatoria de la Junta. En nuestra opinión la posibilidad de delegar la facultad de convocatoria de la Junta debe ser admitida ya que de haberlo pretendido así, el legislador la habría excluido expresamente del conjunto de las facultades delegables.

En cualquier caso, dejando a un lado la cuestión de las facultades que pueden o no pueden ser objeto de delegación en uno o más Consejeros o en una Comisión ejecutiva, el Consejo conserva la competencia sobre las facultades delegadas y, además, puede impartir las instrucciones oportunas y rectificar la actividad de los delegados. El delegado, por tanto, dentro de los límites de la delegación, ejerce facultades que van a ser compartidas con el Consejo de administración sin que éste quede totalmente liberado de la responsabilidad que le corresponde en razón de la gestión social. En definitiva, aunque exista delegación de facultades, no se altera la estructura monista y la existencia de un solo órgano de administración. Y, en esta línea, el Informe Olivencia recomienda que el Consejo de administración asuma como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento. Y entre esas facultades indelegables, se pueden incluir (II. 1.2): (a) la aprobación de las estrategias generales de la sociedad; (b) el nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad; (c) el control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; (d) la identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y

de información adecuados; (e) la determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública. Todas estas funciones deben ser asumidas como indelegables por el Consejo de administración, dada la importancia que revisten desde el punto de vista del control de la gestión.

VIII. Mediante la delegación, la administración de la sociedad anónima puede organizarse de la forma que resulte más conveniente para la sociedad, siendo diversas las opciones. Así, es posible la designación de una Comisión ejecutiva o de uno o más Consejeros delegados e, incluso, combinar las dos figuras, aunque la Ley parece referirse a la creación alternativa bien de una Comisión ejecutiva, bien de uno o más Consejeros delegados.

Cuando el cargo de Consejero delegado es único, no plantea problemas distintos de los que se suscitan cuando la administración de la sociedad se atribuye a un administrador único: la voluntad del titular del cargo se identifica con la voluntad del cargo. Por otro lado, es posible, y así lo admite parte de nuestra doctrina, que se acumulen el cargo de Presidente del Consejo y el de Consejero delegado, aún cuando conserve la denominación de Presidente. En estos casos, los estatutos o el propio Consejo, en virtud del principio de autonomía consagrado en el art. 141, pueden atribuir al Presidente del Consejo las más amplias funciones o facultades de gestión, dirección y administración social, situándolo en la cúspide de la organización corporativa. Por esta vía se fortalecen los poderes del Presidente convirtiéndolo en Presidente-ejecutivo, el primero de los ejecutivos en la terminología del *corporate governance*. El problema que se plantea en los casos que comentamos es que, en la práctica, se termina por derivar en un régimen presidencialista en el que el Presidente del Consejo asume poderes omnímodos y absolutos en la dirección de la sociedad. En relación a esta cuestión resulta destacable lo dispuesto en los textos que sobre el gobierno de las sociedades existen en nuestro país. La Recomendación 5ª del Código Olivencia establece

“que, en el caso de que el Consejo opte por la fórmula de acumulación en el Presidente del cargo de primer ejecutivo de la sociedad, adopte las cautelas necesarias para reducir los riesgos de la concentración de poder en una sola persona”, criterio confirmado posteriormente por el Informe Aldama (IV, 4).

Cuando los Consejeros delegados son varios, caben dos posibilidades en cuanto a su forma de actuar:

1ª. La posibilidad de que se les dote de funciones distintas y separadas. En este caso, cada delegado deberá desarrollar su actividad dentro de los límites de sus facultades, respetando el sector de competencia de los demás Consejeros delegados, correspondiendo al órgano de administración, por su condición de órgano delegante, la resolución de los eventuales conflictos de competencia.

2ª. La posibilidad de que estas funciones sean total o parcialmente comunes. En este caso, su forma de actuación puede ser conjunta o solidaria. En los supuestos de actuación solidaria, los Consejeros delegados gozan de gran autonomía en su actuación sin que sea necesaria la adaptación recíproca de su actividad, es decir, cada uno de ellos está facultado para actuar con independencia de los demás. La delegación de funciones para ser ejercitadas conjuntamente supone que cada delegado necesita el consentimiento de los demás para poder realizar cualquier acto de su competencia. En caso de actuación conjunta la principal duda radica en si en el supuesto de que sean más de dos los Consejeros delegados, han de constituir necesariamente una Comisión ejecutiva, al igual que sucede, *ministerio legis*, cuando la administración de la sociedad se confía a más de dos personas conjuntamente, caso en el que éstas constituirán el Consejo de administración. La ausencia de una disposición legal en tal sentido nos puede llevar a la conclusión de que, de haberlo querido así, el legislador se habría manifestado expresamente en tal sentido.

En el supuesto de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma (art. 149.1 RRM).

La Comisión ejecutiva, por su parte, es un órgano colegiado que funciona dentro de otro órgano colegiado, el Consejo, pero que por estar compuesto de un número menor de miembros puede reunirse con mayor facilidad y adoptar decisiones con mayor rapidez y eficacia. Las funciones de la Comisión ejecutiva consisten en preparar los asuntos que han de ser resueltos por el Consejo y en dar ejecución a las decisiones de éste, la dirección de la marcha de la sociedad, la coordinación de la actividad de gestión, la aprobación de determinados actos y contratos...etc. Es decir, la actividad de la Comisión ejecutiva se desenvuelve, normalmente, en la esfera interna de la sociedad aunque, en ocasiones, ostente la representación de la misma. Las normas relativas a la Comisión ejecutiva serán fijadas en los estatutos o, en su caso, por el Consejo. De la misma manera, es posible que sea la propia Comisión ejecutiva la que se autorregule. Para el caso de que ni los estatutos ni el Consejo ni la Comisión hayan establecido el procedimiento de actuación de la Comisión ejecutiva, deberán aplicarse por analogía las normas de funcionamiento del propio Consejo de administración.

En relación con la composición de la Comisión ejecutiva, la Recomendación 7ª del Código Olivencia establece que ésta debe reflejar el mismo equilibrio que mantenga el Consejo entre las distintas clases de consejeros, y que las relaciones entre ambos órganos deben inspirarse en el principio de transparencia, de manera que el Consejo tenga conocimiento completo de los asuntos que se tratan y de las decisiones que se adoptan en el seno de la Comisión. El Informe Aldama, por su parte, manteniendo la Recomendación del Código Olivencia en relación a la Comisión ejecutiva, se refiere a la misma con la expresión Comisión ejecutiva o “delegada”, y la

define como aquél órgano “en el que el Consejo delega total o parcialmente, de forma estable o permanente, el ejercicio de sus funciones para la adopción de acuerdos sobre la administración y gestión de la sociedad” (Sección III, 5.1).

IX. El desarrollo o ejercicio de las funciones delegadas supone, también, la necesidad de designar o nombrar a las personas que han de desempeñar los cargos que se han creado mediante la delegación. La competencia para designar a los Consejeros delegados y a los miembros de la Comisión ejecutiva se rige por lo establecido en el propio art. 141.1 de la LSA, en virtud del cual la designación de una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados corresponde al Consejo “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa”. Por tanto, el nombramiento de los titulares de los órganos delegados es, en principio, competencia del Consejo. No obstante, esa competencia está sometida al hecho de que en los estatutos de la sociedad no se disponga otra cosa.

La designación de los delegados por el Consejo de administración se configura como el supuesto más normal en relación al nombramiento de los titulares de los órganos delegados fundamentalmente porque es el Consejo el que delega sus propias facultades en los órganos delegados y, lógicamente, quien debe designar a las personas que habrán de ocuparlos. Además, la atribución al Consejo de la facultad que comentamos está reconocida por el art. 141.1 de la LSA de forma directa e, igualmente, en los art. 124.2 d) RRM, al decir “cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados”, y en los 149. 1 y 150, también del RRM, al presuponer que el nombramiento de los Consejeros delegados y de los miembros del Comisión ejecutiva, se efectúa en todo caso mediante “un acuerdo del Consejo de administración”.

La designación o nombramiento de los delegados por el Consejo ha de revestir la forma de un acuerdo colegiado y debe ser adoptado con los

requisitos que la Ley exige para la validez de las decisiones de este órgano. Así, el art. 141.2 exige el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo para la validez del acuerdo de designación de las personas que han de desempeñar tales cargos. Además, para la validez del acuerdo de nombramiento (y de delegación) es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil porque dice el art. 141.2 LSA *in fine* que la delegación permanente de facultades del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos “no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil”, de donde se deduce que la inscripción tiene eficacia constitutiva, al menos a efectos externos. Para proceder a practicar la inscripción del nombramiento es requisito previo que se haya producido la aceptación del cargo delegado por parte de la persona que haya sido designada para ocuparlo (art. 150 RRM). La inscripción se practicará en virtud de escritura pública (art. 151.1 RRM) y deberá contener, bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables, si bien, deben enumerarse expresamente en el acuerdo de delegación las facultades concedidas por la Junta la Consejo con tal carácter. Y si son varios los Consejeros delegados, el régimen de su actuación (art. 149. 1 y 2 RRM). Por otro lado, también es posible que en estos supuestos, se pueda plantear la aplicación analógica del art. 138 RRM, relativo a las circunstancias de la inscripción del nombramiento de administradores ya que no existe uno similar para el supuesto de inscripción del nombramiento de los cargos delegados, de forma que en la inscripción del nombramiento se hará constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento así como el plazo (al que también se refiere el art. 144 como mención necesaria de la inscripción del nombramiento) y el cargo para el que, en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de administración.

Por lo que se refiere a la regulación estatutaria del nombramiento de los delegados, las razones que se indicaron al analizar la legitimación para el ejercicio de la facultad de delegar son las mismas que sirven para admitir o fundamentar la regulación estatutaria del nombramiento de los delegados. Centrándonos en el posible contenido de la regulación estatutaria del nombramiento de los delegados, debemos diferenciar diversos supuestos:

1º. El nombramiento de los delegados en el acto constitutivo. Aun cuando no estamos ante un supuesto propiamente dicho de regulación estatutaria del nombramiento de los delegados, es posible que los Consejeros delegados y los componentes de la Comisión ejecutiva sean designados en el acto constitutivo de la sociedad. El fundamento de esta posibilidad lo encontramos en el texto de la propia LSA. Así el art. 10 de la Ley establece que “En la escritura se podrán incluir, (...), todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima”. Por su parte, art. 8 LSA dispone que en la escritura de constitución de la sociedad se expresaran “f) Los nombres y apellidos de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social (...)”. Nada parece oponerse, por tanto, a que en los estatutos se determinen las personas que han de entenderse titulares de los órganos delegados.

2º. Dentro de la libertad con que la LSA permite la regulación estatutaria de la delegación, podemos plantearnos la posibilidad de que los estatutos atribuyan a la Junta la facultad de nombrar a los titulares de los órganos delegados. Bajo la vigencia de la LSA de 1951 se admitió que los órganos delegados podían ser nombrados no sólo por el Consejo de administración sino también por la Junta general, cuando así lo hubieran previsto los estatutos. En esta línea se manifestaba parte de la doctrina así como la Dirección General de los Registros y del Notariado. Hoy día, sin embargo, la validez de estas cláusulas es bastante más discutida ya que las mismas pueden introducir perturbaciones que no las hacen aconsejables. Por ejemplo, se privaría al Consejo de la

posibilidad, o mejor dicho, de la facultad de revocar a los delegados por no haberlos designado, es decir, el cese de los cargos delegados vendría sustraído al Consejo y ello supondría un fortalecimiento en la posición de los delegados así nombrados frente a los nombrados por el procedimiento ordinario. A ello se le añaden los problemas que en orden a la exigencia de responsabilidades surgirían en estos casos. Se aduce, además, que tanto la LSA como el RRM presuponen que la designación de los cargos delegados es competencia exclusiva del Consejo. A favor de esta opción se alega que cuando el art. 141.1 deja a salvo que los estatutos puedan disponer otra cosa, se refiere no a que puedan atribuir a la Junta ese nombramiento sino a que los estatutos nieguen o impidan al Consejo el ejercicio de tal facultad. Fundamentan legalmente la posición que mantenemos de que sólo el Consejo es competente para el nombramiento de los delegados los citados arts. 124.2 d), 149. 1 y 150 RRM.

Finalmente, es posible que los estatutos condicionen el nombramiento de los delegados a la Junta, es decir, que se someta a la aprobación de la Junta tanto los acuerdos de delegación como el nombramiento de los que hayan de ocupar el puesto. Ello implica un control o supervisión sobre el órgano delegado que de otra forma no podría hacerse salvo a la hora de exigir responsabilidades. De la misma manera, es posible que existan pactos de sindicación entre los accionistas para que el nombramiento del delegado recaiga sobre determinada persona. El incumplimiento de estos pactos, que sólo tienen eficacia entre quienes los han suscrito, no afectará a la validez del acuerdo de nombramiento.

3º. En el caso de que exista una cláusula estatutaria que imponga la delegación la designación de los delegados se convierte en una obligación para el Consejo de administración.

X. El acuerdo de nombramiento ha de recaer sobre personas que forman parte del Consejo. Así lo establece el art. 141, que en su apartado 1 dice que ‘el Consejo de administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados’, y que en su apartado 2 se refiere a la “designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos”. Esta exigencia, que es la única que establece la Ley para poder ser designado Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva, nos aparta del sistema dualista de administración en el que existe una expresa incompatibilidad, de modo que una misma persona no puede ser al mismo tiempo miembro del órgano de dirección y del Consejo de vigilancia.

De ello se deduce, además, que la capacidad o aptitud necesaria para ser Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva es la misma que la que se exige a los administradores en general, teniendo en cuenta que, así como las personas jurídicas pueden ser designadas administradores sociales, también podrán ser designadas para ocupar un cargo de Consejero delegado o miembro de la Comisión ejecutiva. En todo caso, deberá ejercer su cargo a través de su representante -persona física- y cuya identidad debe constar registralmente para proceder a la inscripción del nombramiento. Así lo exige el art. 143 RRM.

XI. El cargo de administrador es normalmente retribuido por lo que lo normal es que también lo sea el de delegado, como compensación a la especial actividad que desarrollan. En este sentido, el art. 130 TRLSA, referido solamente a la retribución de los administradores, se limita a indicar que la retribución deberá ser fijada en los estatutos y, después, añade dos posibles formas de retribución: Una de ellas, consiste en una participación en las ganancias; la otra consiste en la entrada de acciones, o de derechos de opción sobre ellas o que esté referenciada a su valor.

Ante el silencio legal, se entiende que será de aplicación a los delegados el régimen retributivo dispuesto para los administradores por los estatutos. Este criterio se sigue expresamente en el art. 124.3 RRM que indica que “salvo disposición contraria de los estatutos, la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos”. No obstante, nada impide que mediante cláusulas estatutarias se establezca un régimen de retribución distinto para los delegados (e, incluso, para otros cargos del Consejo) que para el resto de los Consejeros. De esta forma, es posible, y frecuente, que en los estatutos se confíe al Consejo la determinación de la retribución de los cargos delegados. Sin embargo, también es posible que, aunque no exista una previsión estatutaria al respecto, y teniendo en cuenta las distintas funciones, obligaciones y deberes que desarrollan los delegados en relación a los demás miembros del Consejo, se establezca una retribución diferente, desde el punto de vista cuantitativo, para ellos. En este sentido, el Consejo podrá tener en consideración la índole de los cargos que desempeñan los Consejeros cuando distribuya entre sus miembros la suma que corresponda a los administradores en concepto de retribución.

En relación a la retribución, el Informe Olivencia (II, 7.1, 7.2 y 7.3) pone de manifiesto que ésta “ha de calcularse de tal manera que ofrezca incentivos suficientes para la dedicación del consejero, pero que al propio tiempo no comprometa su independencia”. Y para facilitar su implantación y control, se insiste “en la conveniencia de que el Consejo constituya una Comisión de Retribuciones (...) y formalmente le atribuya, al menos, las siguientes competencias: (a) proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros; (b) revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación y sus rendimientos; y (c) velar por la transparencia de las retribuciones”. En ello insiste la Recomendación 8ª del Código. En todo caso, a estos efectos resulta importante “revisar periódicamente las políticas retributivas al objeto de

asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riesgos y tareas de los consejeros. Desde este punto de vista, conviene que el propio Consejo, con la ayuda de los informes que a tal efecto le facilite la Comisión de Retribuciones, evalúe estos extremos al menos una vez al año e incluya en la memoria información sobre este aspecto”. A ello hay que añadir la Recomendación 15ª en virtud de la cual se recomienda que “la política de remuneración de los consejeros, cuya propuesta, evaluación y revisión debe atribuirse a la Comisión de retribuciones, se ajuste a los criterios de moderación, relación con los rendimientos de la sociedad e información detallada e individualizada”.

Por su parte, la Comisión que ha elaborado el Informe Aldama “considera que, (...), la cuantía de la remuneración percibida por cada consejero debería recogerse en la Memoria anual, desglosando esta remuneración en todos los conceptos, incluyendo la entrega o asignación de acciones, opciones sobre acciones o sistemas referenciados al valor de la acción, que requerirán aprobación de la Junta General”. En relación con los ejecutivos se considera, por otro lado, que “podría separarse la remuneración que les corresponde como consejeros, que iría recogida en la Memoria anual de manera individualizada, de la que les corresponde en su calidad de directivos de la sociedad, que se comprendería, sin mención individualizada” dentro del informe anual, donde debe constar, en general, el coste total de la alta dirección junto con el número e identificación de los cargos que lo componen (IV, 6).

XII. La terminación en el cargo de administrador delegado se puede producir por diversas causas:

a. Por transcurso del tiempo de duración del nombramiento, tiempo que debe venir determinado en los estatutos sociales o por el propio órgano delegante, aunque en todo caso queda sometida al desempeño del cargo de Consejero. A

falta de determinación, y ante el silencio legal, se entiende que el nombramiento se ha realizado por tiempo indefinido, en cuyo caso las personas designadas pueden desempeñar sus cargos mientras no sean revocadas o no pierdan su condición de miembros del Consejo de administración. El fundamento legal de esta consideración se encuentra en el art. 149 RRM, que no exige para la inscripción del nombramiento de las personas que ostenten la delegación el plazo de duración en el cargo que los arts. 9 h) y 126 LSA y el propio Reglamento del Registro Mercantil en los arts. 138 y 144 exigen para los administradores. En definitiva, el nombramiento de los delegados se puede someter a plazo o bien revestir carácter indefinido, pero, en tal caso, ha de entenderse que el nombramiento dura mientras dure el cargo de administrador.

b. Por pérdida de la condición de administrador. De acuerdo con el art. 141 LSA para poder ser Consejero delegado es requisito indispensable formar parte del Consejo de administración, ser Consejero, en definitiva, ser administrador. Ello determina que el cese como tal por cualquier causa lleve consigo el cese en la condición de miembro de la Comisión ejecutiva o de Consejero delegado. Además, hay que tener en cuenta que, aunque el Consejero pueda ser reelegido, se produce la extinción de las facultades delegadas por el Consejo en el reelegido. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 146. 2 para la reelección en el cargo de delegado por el consejero reelegido, será necesario nuevo acuerdo del Consejo de administración con las mayorías cualificadas que la Ley establece al respecto. Y son causas de cese en la condición de administrador la separación por la Junta general; el cumplimiento de la edad de jubilación, si se hubiera establecido; el fallecimiento; la dimisión; el cumplimiento del plazo...etc.

c. Por revocación. Al ser el delegado un cargo de confianza, es posible que, tanto los miembros de la Comisión ejecutiva, como los Consejeros delegados sean separados de sus cargos o revocados en cualquier momento. La revocación corresponde al órgano competente para la designación. En este

sentido, la revocación de los delegados que han sido nombrados en el acto constitutivo de la sociedad no plantea problema alguno ya que su posición es igual que la de los delegados nombrados por el Consejo, de forma que la revocación corresponderá al Consejo, salvo que los estatutos hayan atribuido el nombramiento, y por tanto, la revocación a la Junta. En el caso que el nombramiento de los delegados se haya encomendado a la Junta, ésta es el órgano competente para decidir, por mayoría ordinaria, la revocación de los mismos. Lo normal es que la Junta proceda a instancia del Consejo de administración sobre el que pesa el deber de vigilar la actuación de los Consejeros. Finalmente, el supuesto normal es que los delegados sean nombrados por el Consejo de forma que, en estos casos, será también el Consejo el que acuerde su separación en cualquier momento. No obstante, la Junta General puede revocar a los delegados, incluso a los nombrados por el Consejo, por el procedimiento de revocarles como administradores, circunstancia que lleva consigo la pérdida de la condición de delegado.

La revocación del delegado por acuerdo del Consejo no requiere la mayoría que exige el art. 141.2 TRLSA, sino que será suficiente la mayoría absoluta que, con carácter general, requiere el art. 140 para la adopción de acuerdos.

Por lo que se refiere a los efectos de la revocación, la revocación de un delegado no implica la pérdida de su condición de administrador, en tanto puede seguir formando parte del Consejo salvo acuerdo en contrario de la Junta. Sin embargo, existe la posibilidad de exigir al delegado la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños causados en el desempeño de su cargo.

Por otro lado, en todos los casos comentados la revocación tiene carácter *ad nutum*, pero en la medida en que el desempeño de un cargo de delegado suele ir unido a una relación contractual superpuesta, dará lugar al ejercicio por quien era delegado de las acciones de indemnización correspondientes, es decir, es frecuente en la práctica societaria de fijar

determinadas cantidades, indemnizaciones, para el caso de extinción de la relación delegado-sociedad. Siendo normal, en este sentido, la conclusión de un contrato entre el delegado y la sociedad que fije una indemnización para el caso de cese del delegado. Estas indemnizaciones suelen fijarse tanto para el caso de la libre separación del delegado por parte del Consejo de administración, como para otros supuestos de extinción de la relación, dentro de los que se puede incluir, aunque sean escasas, las indemnizaciones a favor de la sociedad cuando el delegado cesa en su cargo por su propia voluntad.

En relación con esta cuestión - el establecimiento de “cláusulas de garantía o de blindaje”, para casos de despido o en favor de los componentes de la alta dirección de las sociedades-, el Informe Aldama recomienda que cualquier contrato de este tipo cuente con la aprobación formal del Consejo de Administración. Una vez aprobada por el Consejo la cuantía de la indemnización pactada, cuando su importe exceda de dos años del salario acordado, el exceso debe ser provisionado en el balance del mismo ejercicio en que se apruebe, constanding su importe separadamente” (IV. 6).

d. Por la dimisión o renuncia del delegado. Como contrapartida a la libre revocabilidad de los delegados por parte del Consejo, se reconoce a los delegados (como a los administradores en general) la facultad, o mejor dicho posibilidad, de dimitir de sus cargos. A esta causa se refiere, en concreto, el art. 151. 2 RRM al referirse a la inscripción de la renuncia de los delegados. La aceptación de la dimisión corresponde al Consejo, en virtud de lo dispuesto en el art. 141.1 LSA, pero sin que ello pueda ser entendido en el sentido considerar que la efectividad de la dimisión está condicionada al consentimiento del Consejo. La dimisión o renuncia es una declaración unilateral de voluntad que tiene carácter recepticio, de forma que ha de ser conocida por el Consejo, siendo a partir del mismo, cuando deben retrotraerse los efectos de la misma. Por lo que se refiere a la inscripción de la terminación en el cargo, el art. 151.2 RRM establece que “la renuncia de los delegados podrán inscribirse en virtud de los documentos a que se refieren los artículos

142 y 147” (relativo, éste último, a la dimisión y cese de los administradores): certificación del acta del Consejo con las firmas legitimadas notarialmente; testimonio notarial de dicha acta; copia autorizada del acta notarial. La inscripción de la dimisión de los administradores se podrá practicar, también, mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad.

Advertir, además, que otra de las causas de cese en la condición de delegado se produce por la modificación o supresión del órgano delegado, bien por los estatutos, bien por acuerdo del Consejo de administración. La causa principal en virtud de la cual puede tener lugar la terminación de la delegación es su revocación por parte del Consejo, a través de un acuerdo que podrá tomarse conforme al régimen ordinario de funcionamiento del mismo y que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil. En caso de que la delegación fuera impuesta por los estatutos, será necesaria la modificación de los mismos. Y, si se admite que la Junta pueda ser competente en la materia, por disposición de los estatutos, será necesario un acuerdo de éste órgano.

XIII. La delegación, facultad legal que corresponde al Consejo de administración, consiste en un acto en virtud del cual se crean determinados cargos -Comisión ejecutiva o Consejero delegado- y se les dota de una esfera de competencias concreta pero integrada por funciones del Consejo de administración. Además, dentro de este supuesto de hecho hay que incluir también el acto de designación de los titulares de dichos cargos, es decir, de las personas que han de ejercitar las funciones delegadas. No obstante, la creación de los cargos delegados y el nombramiento de sus titulares suelen producirse de manera simultánea. Por tanto, la delegación puede ser considerada como una institución típica del derecho de sociedades consistente en un acto por el cual, teniendo como base la autorización concedida por el legislador, se modifica la organización de la administración prevista por la Ley

y por los estatutos, pero sin alterar sus rasgos esenciales. Por ello, se suele calificar este acto como un “acto de organización”.

En cualquier caso, de esta concepción de la delegación se deduce que cuando los delegados actúan es el propio Consejo el que actúa y ello tiene relevancia a la hora de determinar la calificación que corresponde a los mismos, ya que si se considera que es el propio Consejo el que actúa, los cargos delegados van a participar de la misma naturaleza que el Consejo. De ello se deduce que la Comisión ejecutiva y los Consejeros delegados pueden ser calificados como órganos sociales, como órganos de la sociedad, no del Consejo. Esta afirmación encuentra un cierto apoyo en el articulado de la LSA. Por un lado, en la contraposición que contiene el art. 141.1 entre delegación y apoderamiento o, entre Comisión ejecutiva y Consejeros delegados, de una parte, y apoderamientos a cualquier persona, de otra y que permite suponer que los delegados no son simples apoderados de la sociedad. Además, la Ley ha rodeado la facultad de delegar de especiales garantías cuya justificación radica en la trascendencia que tiene la creación de los cargos delegados en razón de su condición de órganos de la sociedad.

Por otro lado, es significativa la distinción que hace el art. 141.2 entre los cargos delegados y los titulares de los mismos (distinción entre el órgano y el titular del mismo), que no resultaría necesaria si los delegados fueran simples mandatarios o representantes. Por su parte el art. 143 de la LSA se refiere, al tratar de la impugnación de los acuerdos del Consejo, al Consejo de administración o “cualquier otro órgano colegiado de administración”. Finalmente, resulta también destacable el art. 149. 3 RRM que de forma expresa se refiere al “ámbito del poder de representación de los órganos delegados”.

Por tanto, de acuerdo con lo dicho, la delegación da lugar al nacimiento de un verdadero órgano social, órgano social que se caracteriza por ser voluntario y subordinado. Partiendo de este presupuesto, se considera que

el nombramiento del delegado y su aceptación da lugar al nacimiento de una relación jurídica de carácter orgánico entre el delegado y la sociedad que ha de considerarse diversa de la que ya tenía el delegado con la sociedad en virtud de su condición de administrador. Relación orgánica de carácter interno entre la sociedad y el titular del órgano delegado que puede dar lugar a un contrato de empleo en el que se precisen las condiciones en que el delegado va a desarrollar su actividad. Es decir, normalmente la relación jurídica que surge entre el delegado y la sociedad como consecuencia de la delegación se completa con un contrato de empleo en el que se precisan los derechos y obligaciones de las partes, pero cuyo régimen ha de respetar lo dispuesto en las normas que rigen la sociedad anónima. No obstante, no existe en el TRLSA ningún precepto que regule esta cuestión.

Lo que hay que subrayar es que, en ningún caso, dicha relación pueda ser considerada de carácter laboral de alta dirección, sino que se ha de regir por la normativa mercantil societaria, según ha declarado el TS en diversas Sentencias. Cuando se desempeñen simultáneamente actividades de administración social y de alta dirección o gerencia lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo, en virtud del cual se realizan.

Por lo que se refiere a la naturaleza del acto de nombramiento de los administradores que han de desempeñar los cargos delegados las opciones predominantes son dos. Por un lado, hay quien considera que el nombramiento de los delegados se configura como un negocio jurídico unitario bilateral, es decir, como un contrato en el que concurren dos voluntades: la de la sociedad, manifestada a través del acuerdo de nombramiento, y la del administrador designado para desempeñar el cargo delegado, que se manifiesta a través de la aceptación del nombramiento. Hay quien considera, por el contrario, que el nombramiento de los delegados es un acto jurídico unilateral que no precisa de la aceptación por parte del designado, puesto que este nombramiento no

supone una modificación de la posición que este tiene como miembro del Consejo de administración.

Aceptado que el nombramiento de los delegados es un contrato, queda por determinar la naturaleza de este contrato. En este sentido, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que estamos ante un contrato *sui generis* al que denomina “contrato de delegación”. El contenido del contrato se centra en el propio de la relación entre el administrador de la sociedad y a esta se unen otros elementos propios que se desprenden de la posición que ocupa el cargo dentro de la organización de la administración. En cualquier caso, dada la atipicidad de este contrato, le son aplicables las disposiciones propias de otras figuras tales como el mandato o la comisión, figuras con las que presenta ciertas analogías.

En resumen, la delegación de funciones del Consejo se configura como una institución típica del derecho de sociedades anónimas que presenta una estructura compleja integrada por un acto, calificado como acto de organización, por el que se crean determinados órganos facultativos y subordinados. Los titulares de estos órganos son miembros del Consejo de administración y su nombramiento se configura como un contrato atípico de contenido complejo en relación con el cual habrá que tener en cuenta las disposiciones legales que son contenido del cargo en la Ley, así como las normas sobre administradores en general y las que provienen de otras figuras que, como la delegación en el mandato o en la comisión, guardan ciertas analogías con esta institución.

XIV. Cuando el Consejo de administración hace uso de su facultad legal de delegar se producen, como es lógico, una serie de efectos que se pueden clasificar en internos y externos. Desde el punto de vista interno, la cuestión principal a determinar es si entre los delegados y el Consejo se establece alguna relación (y, en caso de ser así, qué relación es y cuál es su contenido), o

si, por el contrario, los cargos creados en virtud de la delegación se independizan del Consejo de Administración. Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el italiano, la LSA no alude de forma expresa a esta cuestión. No obstante, teniendo en cuenta que la descentralización de funciones que se produce a través de la delegación no supone la creación de centros de decisión totalmente independientes, el Consejo debe y puede ejercitar un control sobre toda la actividad de gestión. Del mismo modo, el principio de unidad de gestión impone configurar el cargo delegado como subordinado jerárquicamente de manera que las competencias que le corresponden no son idénticas e independientes, sino las mismas que corresponden al Consejo.

En cualquier caso, debe quedar claro, y así lo hemos puesto de manifiesto, que entre las funciones principales que en la actualidad ostentan los Consejos de administración se encuentran tanto la determinación de la política general de la sociedad (al margen de que la administración propiamente dicha o la ejecución de dicha política se lleve a cabo por los delegados), como el ejercicio de un cierto control sobre los cargos creados por la delegación. A su vez, este control se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de dar instrucciones a quienes de hecho administran la sociedad y, por otro, en la vigilancia de la actividad de los órganos delegados. La atribución al Consejo de estas funciones de instrucción y vigilancia sobre los delegados no está expresamente prevista en el ordenamiento español, pero es posible deducirla del art. 141.2 pár. 2, en virtud del cual se hace responsable al Consejo de la marcha general de la gestión y deberá responder ante la Junta, por tanto, de los actos que los delegados lleven a cabo y sean perjudiciales para la sociedad. Además, los deberes de instrucción y de vigilancia están implícitos en el deber de diligencia que el art. 127.1 de la LSA impone a los administradores. En concreto el art. 127.1 establece que “Los administradores desempeñan su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal”. Se considera necesario, sin embargo, redefinir el modelo

de conducta diligente, así como añadir algunos ejemplos de lo que son conductas diligentes o no diligentes. En este sentido, el Informe Olivencia (8.1) establece que dado el carácter abstracto o genérico de la norma de conducta de los administradores, es recomendable, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan las principales obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y de lealtad. Por otro lado, sobre la base del Informe Aldama, se ha producido la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas en diversos aspectos. Uno de ellos es el relativo a los deberes de los administradores. En este sentido, se da nueva redacción al art. 127 donde se redefine el deber de diligencia de los administradores (como ya hemos puesto de manifiesto al comentar su contenido) y se introducen los arts. 127 *bis a quarter*, relativos a los deberes de fidelidad, lealtad y secreto. Por otro lado, aunque en relación con los deberes de los administradores se da nueva redacción a los arts. 112 (“Derecho de información”) y art. 133, que regula la responsabilidad de los administradores.

Hay que tener en cuenta, además, que uno de los elementos que contribuyen a determinar el grado de diligencia debida es el de cuál sea la posición concreta que se ocupa dentro del Consejo. Y, desde este punto de vista, la diligencia exigible a los administradores delegados, como administradores que son conlleva, cuando menos, la misma labor que obliga a todos los demás miembros del Consejo. Es decir, la Ley no establece un tipo específico de diligencia que sea exigible exclusivamente a los administradores delegados, por lo que se les aplica el régimen general de “diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. No obstante, para la valoración de su conducta hay que tener en cuenta las particularidades propias de las funciones que realizan y de las actividades que se les exigen. La diferencia con la diligencia debida por los otros administradores no reside tanto en la intensidad como en el ámbito o contenido de las actividades que los delegados desarrollan.

En definitiva, el deber de diligencia de los delegados les obliga a utilizar su especial situación de poder a favor del interés social. Sin embargo, la existencia de delegación no implica que el resto de los Consejeros queden exentos del deber de actuar diligentemente en aquellas funciones delegadas. Los administradores no delegados deben realizar las funciones que por Ley son indelegables, y están encargados de elegir, instruir y vigilar a los delegados. Y todo ellos, deben hacerlo como “un ordenado empresario y un representante leal”.

Por otro lado, el eficaz ejercicio de las funciones de instrucción y vigilancia y, en definitiva, el mejor desarrollo del deber de diligencia requiere que el Consejo conozca en todo momento la marcha de la gestión y ello, a su vez, implica que existe por parte de los delegados el deber de informar al Consejo sobre su actuación y, correlativamente, el deber de los consejeros de informarse. En definitiva, existe una clara relación entre los deberes de instrucción y control y el deber de información, a que se refiere al apartado 2 del art. 127 LSA, deber de información que deberá ser ejercitado conforme a la buena fe y sin abuso de derecho, lo cual, por otra parte está implícito en el art. 127 bis al exigir “fidelidad al interés social” en el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.

XV. En relación a los efectos de la delegación y, en especial, desde el punto de vista de las relaciones que se originan en la esfera externa de la sociedad, debemos hacer referencia a la distinción entre la representación orgánica. Como ya se puso de manifiesto (v. Conclusión final 7), en la práctica lo frecuente es que los delegados tengan conferidas facultades de representación y de gestión, sea con limitaciones, sea con carácter general, teniendo atribuidas en este segundo caso “todas las facultades legal y estatutariamente delegables” (art. 149.3 RRM). En estos casos, hablamos de representación orgánica.

Sin embargo, los órganos legales de representación social, dentro de los cuales incluimos a los delegados, no agotan las posibles fórmulas de exteriorización de la voluntad de la persona jurídica sociedad, sino que la representación voluntaria complementa la actividad representativa externa de la sociedad.

La representación orgánica se caracteriza frente a la voluntaria, por razón de la falta de alteridad entre representante y representado, por tener carácter necesario frente al carácter potestativo del apoderamiento - representación voluntaria-, y por un contenido típico de facultades, indisponible y sólo limitable con efectos internos. Respecto al ámbito de la representación orgánica que corresponde al Consejo y, en concreto, al Consejero delegado, el art. 149. 3 RRM dispone que “el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores”. Y dice el art. 129 TRLSA que “La representación de la sociedad se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos (...)”. El objeto social constituye, por tanto un ámbito mínimo e inderogable frente a terceros del poder de representación, teniendo en cuenta que es doctrina consagrada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo de los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también de los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos a dicho objeto, sino los claramente contrarios a él esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo.

A continuación, el art. 129. 2 se refiere a la vinculación de la sociedad frente a terceros no sólo por los actos comprendidos en el objeto social sino frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave por los actos extraños al mismo. En concreto, afirma que “La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

Finalmente, por lo que se refiere a las limitaciones de la facultad de representación se impone la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación a la misma, que no sea una limitación legal, aunque esté inscrita en el Registro Mercantil. Así, el mismo art. 129.1 dispone que “Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”. Es decir, es posible imponer limitaciones al poder de representación de los administradores, e incluso éstas pueden figurar inscritas, pero únicamente van a afectar a la esfera interna o de actuación lícita de los administradores. Sin embargo, es posible ampliar estatutariamente las facultades de representación del administrador. Estas facultades, tendrán como fuente legitimadora los estatutos o los acuerdos sociales y no el art. 129.

La representación voluntaria, a diferencia de la representación orgánica, es de utilización potestativa y tiene la función de autorizar al apoderado legitimándolo para llevar a cabo frente a terceros y en nombre del poderdante una actuación cuyos efectos son asumidos por éste en razón del mismo apoderamiento. Por tanto, podemos decir que los apoderamientos constituyen un nuevo instrumento en el ámbito de la representación de la sociedad, del que puede hacer uso el Consejo de administración en virtud de lo dispuesto en el art. 141 LSA y en el art. 281 CCom.

Los apoderados pueden ser singulares o generales (“factor”), recibiendo en la práctica denominaciones muy diversas (Gerente, Director General, Director Gerente, etc.). Respecto a los apoderados singulares, se admite sin dificultad que son los términos del poder los que configuran la amplitud y extensión de sus facultades. Por lo que concierne a los apoderados generales (factor), su poder de representación se extiende al giro o tráfico de la empresa. Además, los apoderamientos que confiera el órgano de administración de la sociedad no pueden conformarse sobre la base de una configuración ilimitable de los mismos, sino que, siempre que estén inscritos en el Registro Mercantil (a lo que obliga el art. 94 RRM) habrá de estarse a las facultades conferidas en cada caso. En consecuencia, en caso de apoderado general con poderes inscritos, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que al factor notorio, la ley le ha conferido un poder general comprensivo de todas las operaciones relativas al giro o tráfico de la empresa en defensa de los terceros que no pueden conocer el ámbito real de su poder. Al ser el apoderado un representante voluntario, su ámbito de representación no viene establecido imperativamente por la Ley sino que habrá que estar a los términos del poder que se le ha conferido.

En conclusión, mientras que el Consejero delegado es miembro del Consejo y ostenta la representación orgánica, siendo su poder de representación ilimitable frente a terceros en los términos del art. 129 TRLSA, el apoderado general es un auxiliar nombrado por el Consejo de administración, pero no ostenta la cualidad de administrador ni es representante necesario de la sociedad, sino voluntario, estando su poder de representación limitado frente a terceros a las facultades expresamente contenidas en el poder.

XVI. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u

omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, que son aquellos a que se refiere los arts. 127 y 127 *bis* a 127 *quater*.

Son presupuestos para que surja la responsabilidad de los administradores: en primer lugar, ser administrador en el ejercicio o desempeño del cargo y realizar actos u omisiones contrarios a la Ley, a los estatutos o incumpliendo los deberes inherentes a su cargo. La existencia de un daño consecuencia de dicho incumplimiento. Y, por último, el nexo causal entre la actuación o actitud del administrador y el daño. Es decir, la acción u omisión de los administradores y el daño han de estar causalmente relacionados, aunque hay que advertir que a relación de causalidad puede presentar alguna dificultad cuando la actuación no haya sido propiamente de los administradores, sino de apoderados suyos o delegados.

Por lo que se refiere a los administradores responsables la Ley establece la regla de la solidaridad y sólo se exoneran aquellos que “prueben que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido aceptado, autorizado o ratificado por la Junta general.

Este régimen de responsabilidad se extiende al administrador de hecho, figura que comprende tanto a los administradores de hecho, en sentido estricto, es decir, los que en la realidad del tráfico desempeñan sin título o con título nulo o extinguido las funciones propias de administrador, como al llamado “administrador oculto”, que es aquella persona o grupo cuyas instrucciones de hecho son vinculantes para los administradores de la sociedad. Ello no supone sino la plasmación legal de algo que la

jurisprudencia ya había admitido (v. la S.T.S. de 24 de septiembre de 2001 y la S.A.P. de La Coruña de 17 de enero 2000).

A todo ello se refiere el art. 133 LSA.

En cuanto las acciones que se pueden ejercitar en caso de responsabilidad de los administradores, la LSA diferencia entre la acción social, que se dirige a la reconstitución del patrimonio social por daño ocasionado en el ejercicio del cargo por los administradores y la acción individual de responsabilidad que corresponde a socios y acreedores para el resarcimiento del daño originado a ellos también por los administradores. Es decir, para el ejercicio de la acción social es necesario que la sociedad sea sujeto pasivo del daño. Sin embargo, si el administrador causa un daño directamente a los socios o a terceros, el perjudicado podrá ejercitar la acción individual de responsabilidad.

A la acción social de responsabilidad se refiere al art. 134 LSA y a la acción individual el art. 135. La acción social y la individual son, por tanto, independientes y sus diferencias residen, fundamentalmente:

a) En el distinto bien jurídico protegido por cada una, en un caso el patrimonio social y en el otro el patrimonio de socios y terceros.

b) Y la legitimación para su ejercicio.

XVII. La determinación de la forma en que la responsabilidad de los miembros del Consejo de administración se ve afectada cuando la actuación que da origen a la responsabilidad ha sido llevada a cabo por una persona en quien el Consejo ha delegado sus facultades constituye una de las cuestiones centrales de la disciplina societaria. Sin embargo, la vigente normativa societaria se limita a regular el régimen general de responsabilidad de los

administradores sin consideración del supuesto en que para el ejercicio de las funciones de administración coexisten Consejo de administración y una o varias personas en quien éste delega todas o algunas de sus facultades. No obstante, dado que los delegados comparten la condición de administradores de la sociedad, quedan sometidos a un régimen de responsabilidad análogo al de los demás miembros del Consejo de administración. Es decir, si la administración se ha organizado en forma de Consejo de administración, el sistema de responsabilidad recogido en los arts. 133 y ss LSA, se entiende aplicable tanto a los miembros del órgano colegiado como, en su caso, a los órganos delegados.

Pero, ¿en qué medida incide la delegación sobre el régimen de responsabilidad expuesto, es decir, en qué manera se ve afectado éste régimen de responsabilidad por el hecho de la delegación misma?. ¿Cuál es la responsabilidad de los demás administradores por los actos realizados por los delegados?. A este respecto, se han mantenido posiciones diferentes. Nosotros entendemos que, aunque la Ley no contempla especialidad alguna en la responsabilidad del administrador en función de que exista o no delegación, es evidente que la introducción de esta figura en una sociedad supone una redefinición del papel del administrador, sobre todo del administrador no delegado, que pasa de ser un gestor de la sociedad a ser un supervisor de la actuación del delegado. En consecuencia, en caso de que exista delegación, la responsabilidad de los consejeros no delegados debe vincularse a la existencia de un deber propio infringido, cual es su deber de vigilancia. Ello determina la importancia que adquiere en estos supuestos el ejercicio del derecho de información de los consejeros como instrumento para cumplir su función de vigilancia y control.

La particularidad del supuesto de la delegación no radica, por tanto, en que se exceptione la solidaridad, sino en que, al probar la falta de culpa, el

módulo de diligencia exigible es distinto según se trate de administrador delegado o no delegado.

Hay que señalar, sin embargo que, cuando quien actúa y decide es el propio Consejo, todos los administradores, delegados y no delegados, responden en igual medida, y lo mismo ocurrirá cuando los delegados sometan ciertas actuaciones al Consejo y, antes de su ejecución, cambien las circunstancias.

A la Comisión ejecutiva se aplicará el régimen general anteriormente expuesto respecto al Consejo. Aunque en la mayoría de las ocasiones los administradores no delegados desconocerán las actuaciones concretas del órgano delegado, ello no será causa de exoneración automática, sino que ésta exigirá la prueba por los administradores no delegados de que han cumplido con el módulo de diligencia exigible a los mismos (inexistencia de culpa *in eligendo, in instruendo e in vigilando*). Si los administradores no delegados conocieran del acto del órgano delegado causante del daño, la exoneración exigirá bien la prueba de que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o bien de que, al menos, se opusieron expresamente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es posible establecer el régimen de responsabilidad de los miembros del Consejo en los supuestos en los que la actuación que da origen a la responsabilidad ha sido realizada por un Consejero delegado en el ejercicio de las funciones que le habían sido delegadas por el Consejo de administración. En este sentido, el principio general de responsabilidad basada en la culpa, del art. 133 LSA, no puede quedar sustituida por la exigibilidad de una responsabilidad puramente objetiva por el hecho de que el Consejo de administración haya delegado sus facultades. Por tanto, queda excluida la responsabilidad de primer grado o directa de los miembros del Consejo respecto de aquellas actuaciones que

hayan sido llevadas a cabo por el delegado. Es decir, no se puede imputar al Consejo de administración responsabilidad *in committendo* por una actuación que ha sido llevada a cabo por otra persona en ejercicio de sus propias facultades de administración. Sin embargo, la ausencia de responsabilidad *in committendo* no excluye la responsabilidad del Consejo por las actuaciones culpables de sus delegados. Al Consejo le corresponde una responsabilidad de segundo grado o indirecta en cuanto a la acción. Esta responsabilidad de segundo grado, que sigue estando sometida al principio de culpabilidad, representa un supuesto típico de responsabilidad por hecho ajeno, que de acuerdo con el art. 1903 CC es exigible con carácter general por los actos de todas “aquellas personas de quienes se deba responder”.

Finalmente, al tratarse de una responsabilidad personal y orgánica no afecta a quienes ejerciendo funciones de administración carecen de la cualidad de órgano. Este sería el caso de los Directores Generales, Gerentes, apoderados, etc. Este es, como pone de manifiesto la profesora MORILLAS JARILLO, uno de los principales inconvenientes o defectos del régimen legal español porque introduce una dicotomía injustificada, un diverso tratamiento de funciones materialmente idénticas. Por ello, sería conveniente, la equiparación a efectos de responsabilidad de todos aquellos que, bajo distintas denominaciones, se encargan de la administración social o de la dirección de la empresa. Así ocurre en otros ordenamientos como el italiano y el portugués.

XVIII. La descentralización de las facultades del Consejo de administración, necesaria para su adecuado funcionamiento, puede operar a través de dos técnicas: bien mediante apoderamientos (singulares o generales), o bien por medio de la delegación de facultades. A esta doble posibilidad se refiere el art. 141.1 pár. 1º TRLSA al establecer que “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá (...) designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio

de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”, facultad esta última, que tiene todo comerciante, individual o social, en virtud del art. 281 CCom, de “constituir apoderados o mandatarios singulares o generales”.

Sin embargo, hay que tener en cuenta las indudables diferencias que se dan entre la delegación y el apoderamiento. En este sentido, una de las principales diferencias reside en que sólo cuando se articula la estructura de la administración social por medio del Consejo de administración será posible la delegación. Por el contrario, la designación de apoderados, tanto singulares como generales, es posible cualquiera que sea la forma en que se estructure la administración social. Unida a esta cuestión surge la siguiente: ¿Quién puede apoderar?. Según el art. 141 TRLSA la facultad de delegar corresponde *ex lege* al Consejo, competencia exclusiva y excluyente que sólo puede ser sustraída o limitada por disposición estatutaria. Podrán apoderar, (mediante acuerdo adoptado con los requisitos ordinarios -no los agravados del art. 141-, y sólo si son apoderamientos generales, tendrán acceso al Registro, pero sin eficacia constitutiva -art. 94.5 RRM y art. 141.2 TRLSA *a sensu contrario*-), los titulares del poder de representación de la sociedad, esto es, el órgano de administración cualquiera que sea la forma que adopte, con lo cual, podrán hacerlo también los administradores delegados. Es decir, no sólo el Consejo sino también los administradores delegados. El órgano de que delegue deberá tener la facultad que cede. En consecuencia, la Junta, al carecer de poder de representación, no podrá conceder apoderamientos generales.

Otra de las diferencias fundamentales entre delegación y apoderamiento radica en la delegación debe recaer sobre miembros del Consejo de administración, es decir, sobre administradores. El apoderamiento, por el contrario, puede recaer sobre cualquier persona, pero, ¿es posible que sobre quien ya es Consejero recaiga un apoderamiento?, es decir, ¿es posible que confluyan en una persona las condiciones Consejero delegado y apoderado de

la sociedad?. La ambigüedad con que se expresa la Ley podría hacernos pensar que nada impide que el poder se atribuya, no sólo a un extraño al Consejo, sino también a un Consejero. Sin embargo, creemos que para resolver la cuestión planteada debemos diferenciar dos supuestos:

1º. Que el poder se otorgue a un Consejero que no es titular del poder de representación. Estos casos no deben plantear problemas, dado que se otorga al administrador algo de lo que carecía hasta ese momento: la posibilidad de vincular con su voluntad a la sociedad tanto para actos concretos como con carácter general.

2º. Que el apoderamiento se otorgue a un administrador que ya es titular del poder de representación, es decir, un consejero o Consejero delegado. En estos casos las dudas aumentan y no se advierten razones por las que deba admitirse tal concurrencia, salvo que, con un criterio estricto y siguiendo una interpretación literal, se sostenga que el art. 141.1 no lo prohíbe expresamente (así, la S.T.S. de 19 de febrero de 1997).

Por lo que se refiere a los caracteres de unos y otros, los delegados del Consejo son representantes legales de la sociedad. En cambio, los apoderados no son representantes legales, sino simplemente voluntarios. La consecuencia fundamental de la anterior consideración es que, mientras los delegados tienen el carácter de órganos de la sociedad con el mismo rango que el Consejo de administración, del cual constituyen una parte dotada de facultades autónomas, los apoderados, en cambio, no son órganos de la voluntad de la sociedad (aunque puedan ser empleados de la misma), no son un órgano de la sociedad, con lo cual no quedarán sometidos a las normas de derecho de sociedades, sino a las normas propias de la representación en Derecho Mercantil. Esta diferencia tiene gran importancia desde el punto de vista de las facultades que ostentan, o pueden ostentar, unos y otros. Resumidamente, el apoderado no asume, a diferencia del delegado, la dirección de los negocios

sociales, sino que sus facultades son siempre subordinadas, ni tampoco las denominadas “facultades de organización social”. Además, los límites legales establecidos para la delegación de facultades rigen también para los apoderamientos, de modo que estos no podrán recaer sobre facultades indelegables.

Por otro lado, la relación del empresario con el auxiliar presenta un doble aspecto:

1º. Por un lado, existe entre ellos una relación contractual, cuyo contenido nos sitúa en el ámbito del contrato de trabajo.

2º. Por otra parte, nos encontramos con la existencia de una relación de apoderamiento.

A diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, la LSA no se ha ocupado de regular la cuestión de la responsabilidad del apoderado. Al apoderado general, ajeno al Consejo al caracterizarse como factor así como por el carácter voluntario y no orgánico de la representación que se le confiere, no le resulta aplicable el régimen de responsabilidad previsto para los administradores. Por tanto, será necesario recurrir a las normas del CCom sobre responsabilidad del auxiliar del empresario, en general, y del factor, en particular, y, en caso necesario, a las normas del mandato. Todo ello, sin perjuicio de que el titular del órgano de administración sea responsable por la falta de instrucciones o vigilancia sobre el apoderado. Por todo lo dicho se considera conveniente introducir una norma similar a la que existe en otros ordenamientos, consistente en extender la responsabilidad del administrador a los Directores generales de la sociedad.

El apoderamiento puede tener una duración determinada o indefinida, aunque la fijación de un plazo no vincula al poderdante quien podrá hacer uso de la su facultad de revocación libremente. Operan como causas de extinción las del art. 1732 CC: revocación, renuncia del mandatario, muerte,

incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, el poder se mantiene en tanto no sea revocado e, incluso, subsiste en caso de fallecimiento del principal (art. 290 CCom).

Como se desprende de las consideraciones expuestas el apoderado, en sus diversas denominaciones, desempeña un importante papel en la vida de las sociedades anónimas, pero sus perfiles aparecen bastante borrosos, resultando especialmente difícil su distinción de los Consejeros delegados. De ello se deduce la consecuencia fundamental de que sería conveniente una regulación más o menos extensa de la misma en la Ley de Sociedades Anónimas.

## BIBLIOGRAFÍA

**ABRIANI, N.**, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998.

**AGUILÓ PIÑA, J. F.**, “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *R.D.M.*, nº 246, octubre-diciembre, 2002, pp. 1795 y ss.

**ALCOVER GARAU, G.**, “La retribución de los administradores de las sociedades de capital (Coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)”, *R.d.S.*, nº 5, 1995, pp. 131 y ss.

**ALFARO ÁGUILA-REAL, J.**, “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 45 y ss.

**ALONSO LEDESMA, C.**, “El buen gobierno de las sociedades en Europa”, *R.D.B.B.*, nº. 88, octubre-diciembre, 2000, pp. 129 y ss.

**ALONSO UREBA, A.**,

- “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *R.D.M.*, nº 198, octubre-diciembre, 1990, pp. 639 y ss.

- “El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal *versus* Códigos de Conducta)”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 95 y ss.

**ALONSO UREBA, A./RONCERO SÁNCHEZ, A.**, “Sistema de elección de consejeros. Comité de nombramiento”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 213 y ss.

**ALPA G.**, “La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura”, *Riv. Dir. Priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 217 y ss.

**ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M.**, “Los Códigos de buen gobierno en las sociedades. El cumplimiento de las recomendaciones del Informe Olivencia”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2517 y ss.

**ALLEGRI, V.**, “La amministrazione e il controllo”, en *Diritto Commerciale*, 4ª ed. Monduzzi, Bologna, 2004, pp. 185 y ss.

**AMBROSINI S.,**

- “L'amministrazione e i controlli nella società per azioni”, *Giur. Comm.*, 2003, fasc. 3, pt. 1, pp. 308 y ss.
- “Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società (Relazione al Convegno "La riforma delle società di capitali", Alessandria, 6 diciembre 2002)”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2bis, pp. 354 y ss.

**ANGULO RODRÍGUEZ, L.,**

- “De la obligaciones” en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F., t. VIII, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 263 y ss.
- “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, en AA. VV., coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, 8ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 278 y ss.

**ARANGUREN URRIZA, F. J.,**

- “Los órganos de la sociedad anónima”, en AA. VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, dir. por GARRIDO DE PALMA, Trivium, Madrid, 1990, pp. 433 y ss.
- “Régimen general de responsabilidad civil de los administradores en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en AA.VV., dirigidos por BOLÁS ALFONSO, J. *Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 17 y ss.
- “Los órganos de las sociedades de capital. Parte Segunda: El administrador. El Consejo de Administración”, en AA. VV., *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, vol. 2º [*Derecho de Sociedades. Parte Especial (I)*], coordinado por DELGADO DE MIGUEL, J. F., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 437 y ss.

**ARANGUREN URRIZA F. J./ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.,**

- “El poder de representación en la sociedad anónima: poder orgánico y apoderamiento”, *A.A.M.N.*, t. XXX, vol, II, 1991, pp. 265 y ss.
- “La representación de la Sociedad Anónima”, en AA.VV. dir. Por GARRIDO DE PALMA, V.M., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 159 y ss.

**ARIAS BONET, J. A.,** “Societas Publicanorum”, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX, 1948-1949, pp. 218 y ss.

**ARLT, M.A., / BERVOETS, C., / GRECHNING, K., /KALSS, S.,**

- “Die Europäische Corporate Governance Bewegung (Frankreich, Niederlande, Spanien, Italien)”, *GesRZ Sonderheft*, 2002, pp. 64 y ss.
- “The Societas Europaea in Relation to the Public Corporation of Five Member States (France, Italy, Netherlands, Spain, Austria)”, *EBOR*, 2002, pp. 733 y ss.

**ARROYO MARTÍNEZ, I.**, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord., por ARROYO MARTÍNEZ y EMBID IRUJO, J. M., Madrid, 1997, pp. 713 y ss.

**ATLANTE N.**, “I tre modelli di gestione della S.p.A.: la prospettiva del Notaio (Intervento al Seminario sul tema "Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società", Facoltà di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza, Roma, 20 marzo 2003), *Rivista del Notariato*, 2003, fasc. 3, pt. 1, pp. 531 y ss.

**AURIOLES MARTÍN, A.**, “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y limitadas: presupuestos normativos y aplicación jurisprudencial”, en *Jornadas de Derecho de Sociedades (Málaga 14, 15 y 16 de mayo de 1997)*, coord. por AURIOLES MARTÍN, A. y MARTÍN ROMERO, J. C., Ilustre Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998, pp. 31 y ss.

**AA. VV.**, coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Traducción al español del Informe Vienot I sobre “El Consejo de Administración de las Sociedades Cotizadas”, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 895 y ss.

**ÁVILA NAVARRO, P.**,

- “La Sociedad ante el Registro de la Propiedad”, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1991, pp. 271 y ss. También en *R.C.D.I.*, nº 599, julio-agosto, 1990, pp. 103 y ss.
- “El ámbito del poder de los administradores en la sociedad anónima”, *R.C.D.I.*, nº 606, septiembre-octubre, 1991, pp. 1918 y ss

**BAUMBACH, A., /HUECK, G.**, *Aktiengesetz*, 11ª ed., C.H. Beck, München/Berlín, 1961.

**BELTRÁN SÁNCHEZ, E.**,

- voz “Factor (Derecho Mercantil)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3042 y ss.
- voz “Auxiliares del empresario (Derecho Mercantil)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995.

**BÉRGAMO, A.**, *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, t., III, Prensa Castellana, Madrid, 1970.

**BERR, C.**, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, Paris, 1960.

**BISBAL MÉNDEZ, J.**, “El gobierno de las compañías mercantiles: teoría práctica y materiales”, *R.D.M.*, nº 226, octubre-diciembre, 1997, pp. 1673 y ss.

**BISSARA, P.**, “L'intérêt social”, *Rev. Soc.*, pp. 1999, pp. 5 y ss.

**BLANQUER UBEROS, R.**, “La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General”, *R.D.M.*, nº 211 y 212, enero-junio, 1994, pp. 11 y ss.

**BLASCO PELLICER, A.**, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, 2º ed., Titant lo Blanch, Valencia 1997.

**BONELLI, F.**,

- *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1974

- *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milán, 1985.

**BORGIOI, A.**,

- *I direttori generali di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975.

- “La delega di attribuzioni amministrative”, *Riv. Soc.*, 1981, fasc. 1-2, pp. 17 y ss. .

- *L'amministrazione delegata*, Nardini Editori, Florencia, 1982

**BOUCORECHLIEV, J.**, *Pour une SERL*, Creda, Paris, 1973.

**BROSETA PONT, M.**, *Manual de Derecho Mercantil*, 23ª ed., Tecnos, Madrid, 1977.

**BRUNETTI, A.**, *Trattato del Diritto delle Società*, t. II, (*Società per azioni*), Giuffrè, Milano, 1948.

**BUONOCORE, V.**,

- “Premessa” en *La riforma del diritto societario (Commento ai d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003)*, a cura di VINCENZO BUONOCUORE, Giappichelli Editori, Torino, 2003, pp. 1 y ss.

- “Comentario breve al decreto legislativo 17 gennaio 2003 núm. 6 recante la <<reforma della disciplina delle società di capitali e società cooperative>> in

attuazione della legge 3 ottobre 2001 núm. 366”, *Giur. Comm.*, suplemento al núm. 4, 2003, pp. 1 y ss.

- “Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate (Relazione al Convegno "dell'Associazione dei giovani dottori commercialisti", Venezia 4 e 5 aprile 2003)”, *Giur. Comm.* 2003, fasc. 4, pt. 1, pp. 389 y ss.

**BUREAU, D.**, “La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés”, *Bull. Joly*, 2001, pp. 553 y ss.

**BURGARD, J. J.**, *Direction général et direction technique des sociétés anonymes*, LGDJ, Paris, 1968.

**CACHÓN BLANCO, J. E.**, “Notas sobre los sistemas de administración y representación de la sociedad anónima”, *La hoja Mercantil*, nº 1, 1992, pp. 2 y ss.

**CAGNASSO, O.**,

- *Gli organi delegati*, Giappichelli, Torino, 1976.

- “L’amministrazione collegiale e la delega”, in *Trattato delle società per azioni*, dir. Colombo e Portale, Vol. 4, Torino, 1991.

- “La delega di potere amministrativo”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Vol. IV, 1991, pp. 283 y ss

- “Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali (Relazione al Convegno "La nuova disciplina delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata", Biella 28 marzo 2003)”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 6, pp. 801 y ss.

**CALANDRA BUONAURA V.**,

- *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1984.

- “I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario (Relazione all'incontro nell'ambito delle iniziative di Ius Novum, Milano 9 giugno 2003)”, *Giur. Comm.*, 2003, fasc. 5, pt. 1, pp. 535 y ss.

**CÁMARA ÁLVAREZ, M., DE LA,**

- “Representación de sociedades Mercantiles”, *R.D.N.*, 1967, pp. 236 y ss

- “Carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978”, *R.D.M.*, nº 152, abril-junio, 1979, pp. 275 y ss

- “La administración de la sociedad anónima”, *R.J.N.*, nº 4, octubre-diciembre, 1992, pp. 51 y ss.

- “Comentarios al Anteproyecto de Código de sociedades mercantiles”, en AA. VV. *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, vol. 2º [*Derecho de Sociedades. Parte Especial (I)*], coordinado por DELGADO DE MIGUEL, J. F., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 17 y ss

**CAMPINS VARGAS, A.**, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *R.D.M.*, nº 249, julio-septiembre, 2003, pp. 981 y ss.

**CAMPOBASSO, G.F.**,

- *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino 2001.

- *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino 2003.

**CANNU LE, P.**, “La loi pour l’initiative économique et le droit des sociétés”, *Rev. Soc.* 3, 2003, pp. 409 y ss.

**CANO FERNÁNDEZ, E.**, “Representación sociedades anónimas”, *R.C.D.I.*, nº 598, mayo-junio, 1990, pp. 1053 y ss.

**CASELI, G.**, “I sistema di amministrazione nella riforma delle s.p.a.”, *Contratto e impresa*, 2003, fasc. 1, pp. 149 y ss.

**CASERO MEJÍAS, M.**, “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp.71 y ss.

**CESSI**, “Studi sulle “maone” mediovali”, *Archivio Storico Italiano*, 1919.

**CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.**, “Informe de la Comisión Europea <<Corporate Governance>> en Alemania. Gobierno y control societario”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 327 y ss.

**CÍRCULO DE EMPRESARIOS**, Comité de Gestión Empresarial y Productividad, “Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración”, *R.d.S.*, nº. 5, 1995, pp. 382 y ss.

**COLLIA F.**, “Natura del rapporto tra amministratore delegato e società (Comento a Trib. Bologna 4 luglio 2002)”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 8, pp 1140 y ss.

**CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.**,

- “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, *R.D.M.*, nº 153-154, julio-diciembre, 1979, pp. 411 y ss

- “Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades” en AA. VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 205 y ss.

**COSTI, R.**, “Modifiche della composizione del consiglio di amministrazione e sopravvivenza del rapporto di delega”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1965, I.

**COUTINHO DE ABREU, J. M.**, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 3ª edición, Alamedina, Coimbra, 2002

**CRISTOBAL MONTES, A.**,

- *La administración delegada de la sociedad anónima*, EUNSA, Pamplona, 1977.

-“La administración de las sociedad anónima en el Derecho Comparado”, *A.D.C.*, julio-septiembre, 1983, pp. 843 y ss.

**DEL VAL TENA, A.**, *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

**DESDENTADO BONETE, A./DESDENTADO DAROCA, E.**, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores. Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

**DÍAZ ECHEGARAY, J.L.**,

- *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 2ª ed., Montecorvo, Madrid, 1995.

- *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

**EMBED IRUJO, J. M.**, “Revocación de consejero delegado en una sociedad anónima (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)”, *R.L.L.*, 1993, 3, p.397 y ss.

**ESCARRA, J., ESCARRA, E./ RAULT, J.**, *Traité théorique et pratique de Droit Commercial. Les sociétés commerciales*, 4 tomos, Sirey, París, 1950-1959.

**ESTEBAN VELASCO, G.**,

-“La representación de la sociedad frente a terceros”, en *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la CEE*, dirigidos por GIRÓN TENA, Universidad, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio Madrid, 1978, pp. 253 y ss .

- *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982.

-“Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital”, en AA.VV., coord. por ALONSO UREBA, A/ CHICO ORTÍZ, J.M./ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, , Civitas, Madrid, 1987, pp. 389 y ss,

- La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (El Proyecto modificado de Quinta Directiva)”, en *CDC*, nº 5, 1989, pp. 231 y ss..

- “La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho Comunitario (El proyecto modificado de Quinta Directiva)”, en, AA.VV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./ MUÑOZ MACHADO, S., vol. III, Civitas, 1986, pp. 111 y ss.
- “Configuración estatutaria del órgano de administración”, en AA.VV., coord. por ALONSO UREBA/DUQUE DOMÍNGUEZ/ESTEBAN VELASCO/GARCÍA VILLAVERDE/SÁNCHEZ CALERO, *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La fundación*, Civitas, Madrid. 1991, pp. 345 y ss.
- “Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación”, en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 305 y ss.
- AA.VV., coord. por PAU PADRÓN, A., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 189 a 248.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Derecho de información del accionista”, en AA.VV., coord. por ALONSO UREBA, A., *Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones: Estudios*, Facultades de Derecho de Albacte y Toledo, Civitas, 1994, p. 190.
- “Responsabilidad civil de los administradores”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5912 y ss
- “Administradores de sociedad anónima”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 342 a 348
- “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en AA.VV., coord. por IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 1679 y ss.
- “Una contribución sobre el gobierno societario: una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de administración”, *R.d.S.*, nº 8, 1997, pp. 409 y ss.
- “Propuesta de reforma del Derecho alemán de sociedades anónimas (el “Referenten-Entwurf” de 1996 sobre control y transparencia)”, *R.d.S.*, nº. 8, 1997, pp. 534 y ss.
- “La sociedad europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, pp. 163 y ss.
- “Presentación: ¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 25 y ss.
- “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 137 y ss.

- “La sociedad europea: nuevas perspectivas desreguladoras”, en *Manuales de la reforma mercantil en España*, vol. I *Derecho, tipología y estructura de las sociedades*, Recoletos, Madrid, 1999, pp. 107 y ss.
- “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *R.d.S.*, nº 16, 2000, pp. 141 y ss.
- “Participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: ¿Más cerca de un compromiso político?”, en *Derecho de Sociedades Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1677 y ss.
- El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española”, *C.D.C.*, nº 35, 2001, pp. 11 y ss

**FANELLI, G.**, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1952

**FERNÁNDEZ-ARMESTO J./ HERNÁNDEZ, F.**, *Conclusiones del Seminario “El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes”*, Madrid, junio de 2000.

**FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.**, “El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Diario La Ley*, nº 5465, enero 2002, pp. 1 y ss.

**FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.,**

- “Presentación”, en J&A GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. XIX y ss.
- “Códigos de conducta y administración de sociedades”, en J&A GARRIGUES ASOCIADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 319 y ss.
- “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: Supuestos, Principios y Problemas”, *B.I.C.A.M.*, nº 5, junio, 1997. pp. 9 y ss.
- “Ley General de Sociedades: Una reforma para el nuevo siglo”, en *Manuales de la reforma mercantil en España*, I, *Derecho, Tipología y estructura de las sociedades*, Expansión, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.
- “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 55 y ss

**FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ GARCÍA-PITA PEMÁN, D./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.,** “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, en J&A

GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 1 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español”, *R.d.S.*, nº 22, 2004, pp. 87 y ss.

FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1952

FERRI, G., “Vizi della deliberazione di nomina dell’amministratore delegato e applicabilità dell’art. 2409”, *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, pp. 459 y ss.

FIorentino, A., *Gli organi delle società di capitali*, Eugenio Jovene, Napoli, 1950.

FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> S., “En torno a la concurrencia de relaciones laborales y societarias (Orientaciones de la jurisprudencia laboral)”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 429 y ss.

FONT GALÁN, J. I., “La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: sistema, presupuestos y alcance”, en AA.VV., *Responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 293 y ss.

FONT RIBAS, A., “La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades”, en AA.VV., coord. por GALÁN CORONA E, y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J. A, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 91 y ss.

FORTUNATO, S., “I controlli nella riforma delle società”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 303 y ss.

FRAILE BARTLOMÉ, G., “Los administradores en las sociedades anónimas”, en *Consideraciones sobre la Ley de Sociedades Anónimas*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1990, pp. 235 y ss.

FRÈ, G., *Società per azioni (art. 2325-2461)*, en *Commentario al Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Zanichelli, Bologna/Roma, 1972.

FRELS,

- Die Geschäftsverteilung, im Vorstand der Aktiengesellschaft, *Z.H.R.*, V. 122, H. 1, pp. 10 y ss.

- Überweisung von Vertrrungs an einzelne Mitglieder des Vorstand der Aktiengesellschaft, *Z.H.R.*, V. 122, H. 4, pp. 173 y ss.

**GALGANO, F.**, *Diritto Commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna 2000/2001.

**GAMBINO, A.**,

- “Gobierno societario e mercanti mobiliari”, *Giur. Comm.*, 1997, fasc. 6, pt.1, pp. 788 y ss.

- “Apuntes sobre la reforma de las sociedades de capitales no cotizadas en Italia”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 2683 y ss.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, J.**, “La prohibición de delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones: ¿un supuesto de incumplimiento de las directivas comunitarias?”, *La Ley*, 1990. 2, pp. 931 y ss

**GARCÍA DE MESA, J. A./GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.**, “Distintas modalidades en la organización de la administración de la sociedad anónima (Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 y 5 de octubre de 1982)”, *R.D.B.B.*, nº 10, abril-junio, 1983, pp. 435 y ss.

**GARCÍA LUENGO, R., /SOTO VÁZQUEZ, R.**, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991.

**GARCÍA VLLAVERDE, R.**, “Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1321 y ss

**GARRIGUES, J.**,

- *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947.

- *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 5ª ed., Imp. Aguirre, Madrid, 1968.

- *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª ed., Imp. Aguirre, Madrid, 1976.

**GARRIGUES ABOGADOS, J&A**, *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

**GARRIGUES, J./ URÍA, R.** , *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I y II, 3ª ed., revisada corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA M., Madrid, 1976.

**GARRIGUES WALKER, A.**, “Nota introductoria”, en J&A GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. XV y ss.

**GARRETA SUCH, J.M.**, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996

**GIRÓN TENA, J.**,

- *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.

- “Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España”, *La Ley*, nº 2145, enero, 1989, pp. 923 y ss.

**GODIN, F., /WIHELMI, H.**, *Aktiengesetz*, 4ª ed., Berlín, Walter de Wuyter, 1971 pp. 411 y ss.

**GRAZIANI, A.**, *Diritto delle Società*, Morano Nápoli, 1963.

**GUERRA MARTÍN, G.**,

- “El Código de Autodisciplina para las sociedades cotizadas italianas”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, 537 y ss.

- “Publicación por la CNMV de un modelo de información sobre la asunción del Código de Buen Gobierno”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 551 y ss.

- “Publicación de códigos de conducta para sociedades cotizadas alemanas e italianas”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 643 y ss.

- “Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas. Modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno societario en la Unión Europea”, *R.d.S.*, nº 20, I, 2003, pp. 465 y ss.

**GUGLIELMETTI, G.**, “Delegabilità di poteri per i compimenti di affari sociali nella società per azioni », *Riv. Soc.*, 1958, pp. 506 y ss.

**HAMIAUT, M.**, *La réforme des sociétés commerciales*, 3 tomos, Dalloz, Paris, 1966.

**HEBRERO ÁLVAREZ, J. I.**, “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles. Especial incidencia de su regulación legal”, *R.E.S.*, nº 71, julio-septiembre, 1992, pp. 51 y ss.

**HENZE, H.**, “Leitungsverantwortung des Vorstand- Überwachungspflicht des Aufsichtsrat”, *B.B.*, 2000, pp. 209 y ss.

**HERNANDEZ MARTÍ, J.**, “Órganos de la Sociedad Anónimas: el órgano de administración”, *R.G.D.*, nº 59, abril, 1991, pp. 2947 y ss.

**HOMMELHOFF, P.**,

- En SCHUBERT, W., / HOMMELHOFF, P., *Hundert Jahre Modernes Aktienrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1985.

- “Corporate Governance nach dem KonTraG”, *A.G.*, 6, 1998, pp. 250 y ss

**HÜFFER, U.**, *Aktiengesetz*, 4ª ed, Beck, Munchen, 1999.

**HURTADO COBLES, J.**, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Ed., Atelier, Barcelona, 1998.

**IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.**, “La comisión de control de cumplimiento normativo (Complánse Comité) del Consejo de Administración”, *R.D.B.B.*, nº 92, octubre-diciembre, 2003, pp. 89 y ss.

**IGLESIAS PRADA, J.L.**, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971.

**ILLESCAS ORTIZ, R.**, “Diez años -y algo más- de reforma de la legislación societaria en España”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. pp. 265 y ss.

**JANBERG, H.**, Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht, *A.G.*, enero, 1966, pp. 1 y ss.

**JIMÉNEZ DE PARGA, R.**, “Reglamentación interna de los Consejos de administración”, *R.D.B.B.*, nº 69, enero-marzo, 1998, pp. 127 y ss.

**JUGLART, M.**, / **IPPOLITO, B.**, *Cours de Droit Commercial*, vol. II, Editions Montchrestien, Paris, 1966.

**JUSTE MENCÍA, J.**,

- “Retribución de consejeros”, AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999 pp. 497 y ss

- “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 441 y ss.

- *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (estudio jurídico mercantil)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001.

-“Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1351 y ss.

**LANGLE RUBIO, E.**, *Manual de Derecho Mercantil español*, t. I, Bosch, Barcelona, 1950.

**LARGO GIL, R.**, “La constitución de la Sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 99 y ss.

**LEARNED, E.**, “Le rôle de la direction général”, en *L’entreprise et l’économie de XX siècle* (Etude internationale à l’initiative de BLOCH-LAINÉ et FRANÇOIS PERROUX), tres tomos, Presses Universitaires de France, Paris, 1966.

**LEICHT, P. S.**, *Storia del Diritto Italiano*, terza parte, Le obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1948.

**LOJENDIO OSBORNE, I.**

- “La sociedad anónima”, en AA. VV., coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil I*, 8ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 216 y ss.

- “Los administradores de la sociedad anónima”, en AA. VV. coord. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ *Derecho Mercantil I*, 8ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 340 y ss.

**LÓPEZ DE MEDRANO, F.**

- *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.

- “En torno a la retribución del administrador de la sociedad anónima”, *R.G.D.*, nº. 577-578, diciembre, 1992, pp. 10129 y ss.

**LUTTER, M.**

- “Defizite für eine eficiente Aufsichtsrätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung”, *ZHR*, 1995, pp. 287 y ss.

- “Una introduzione al Codice tedesco di corporate governance”, *Riv. Soc.*, 2003, fasc. 1, pp. 231 y ss.

**LUTTERMANN, C.**, “Desarrollos del derecho de la empresa en Alemania. Años 1997-1998” (Traducido al castellano por Pedro José Bueso Guillén), *R.d.S.*, nº. 6 (10), pp. 491 y ss.

**LYON CAEN, Ch., y RENAULT, L.**, *Traité de Droit Commercial*, II, 2º, Librairie Cotillon, Paris, 1909.

**LLAVERO RODRÍGUEZ- PORRERO, M.**,

- *El Consejo de administración de la sociedad anónima*, CISS, Valencia, 1999.

- *Los administradores de la Sociedad Anónima*, Editorial CISS, Valencia, 1999

**LLEBOT MAJÓ, J.O.**,

- *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

-“El sistema de responsabilidad de los administradores, doctrina y jurisprudencia”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp. 49 y ss.

**MAIRATA LAVIÑA, J.**, “Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1832 y ss.

**MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.**, “La acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, pp. 304 y ss.

**MARTÍ LACALLE, R.**, “Nombramiento de Apoderado General por el Consejo de Administración (STS de 19 de febrero de 1997)”, *R.D.M.*, nº 226, octubre-diciembre, 1997, pp. 2036 y ss.

**MARTÍN VILLA, P., /GONZÁLEZ PRIETO, R.**, “Sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores societarios”, *R.D.P.*, septiembre de 1994, pp. 762 y ss.

**MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.A.**, “El aumento de capital”, en AA. VV., *Las Sociedades de Capital conforme a la nueva legislación*, dir. por GARRIDO DE PALMA, Trivium, Madrid, 1990, pp. 633 y ss.

**MARTÍNEZ GUTIERREZ, A.**, “El director general de las sociedades capitalistas. Un estudio interdisciplinar”, *R.D.M.*, nº 253 julio-septiembre, 2004, pp. 977 y ss.

**MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> T.**, “Consideraciones sobre el derecho de información del administrador –y en particular, del Consejero”, *R.d.S.*, nº 12, 1999, pp. 175 y ss.

**MARTÍNEZ MORENO, C.**, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

**MARTÍNEZ NADAL, A.**, “En torno a la delegabilidad de las facultad de convocatoria de la Junta en caso de consejo de administración (STS 24 de febrero de 1995), *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp. 249 y ss.

**MARTÍNEZ PEREDA y RODRÍGUEZ, J. M.**, “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en la nueva normativa”, *R.C.D.I.*, nº 603, marzo-abril, pp. 491 y ss.

**MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A.**, “Recomendaciones de la CNMV sobre el gobierno de las sociedades cotizadas. Portugal, 1999”, *R.d.S.*, nº. 14, 2000, pp. 547 y ss.

**MARTINEZ SANZ, F.**,

- *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1992.

- “Régimen interno y delegación de facultades”, en AA. VV., ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M., coordinadores, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, , vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 1487 y ss.

- “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la sociedad anónima”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1739 y ss.

**MASERA, R.**, “Note in tema di nuove regole per l'impresa quotate”, *Giur. Comm.*, fasc. 6, pt. 1, 1997, pp. 801 y ss.

**MATEU DE ROS, R.**, “La pluralidad de plazos de mandato de los administradores de la Sociedad Anónima. Comentario a la RDGRN de 26 de marzo de 2002”, *R.d.S.*, nº 19, 2002, pp. 223 y ss.

**MELLADO RODRÍGUEZ, M.**, “Los órganos de administración y representación”, en AA.VV., coordinados por CACHÓN BLANCO, J. E., *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, 1<sup>a</sup> edición, Actualidad Editorial, Madrid, 1991, pp. 119 y ss.

**MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.**, “Auxiliares del empresario”, *R.D.M.*, nº 72, abril-junio, 1959, pp. 269 y ss (publicado recientemente en AA.VV., *Liber*

*amicorum, Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid, 2003, pp. 195 y ss).

**MERTENS, H. J./ZÖLNER, W., M** *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymanns, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1985.

**MESTMÄCKER, E.J.**, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1958.

**MINERVINI, G.**,

- "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche privati", en *R.T.D.P.C.*, 1953, II, pp. 935 y ss.

- *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956.

**MONTALENTI, P.**,

- *Persona giuridica, gruppi di società, Corporate Governance*, CEDAM, Padova, 1999.

- "Corporate governance: la tutela delle minoranze enlla reforma delle società quotate", *Guir. Comm.*, 1998, fasc. 3, pt. 1, pp. 329 y ss.

- "Dalla legge Draghi al progetto Mirone. Un quado d'insieme", *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, pp. 410 y ss;

- "La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone", *Giur. Comm*, 2000, fasc. 3, pt.1, pp. 407 y ss;

- "Le linee della reforma", en AA. VV, *La reforma del diritto societario, Atti e Documenti*, Eutekne, Torino, 2001, pp. 25 y ss.

- "L'amministrazione sociale dal testo unico alla reforma del diritto societario", *Giur. Comm.*, 2003, fasc 4, pt. 1, pp. 423 y ss

- "La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales", *R.d.S.*, n° 22, 2004, pp. 35 y ss (traducción de David Pérez Millán), publicada también en *Riv. Dir. Com.*, 2003, fasc. 1-4, pt. 1, pp. 57 y ss ("La reforma del diritto societario, profili generali").

- "La reforma delle società di capitali: prospettive e problema (Relazione al Convegno "La reforma delle società: corporate governance, principi interpretativi ed autonomia statutaria", Alba, 23 novembre 2002)", *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 2 bis, pp. 341 y ss.

**MORILLAS JARILLO, M. J.**, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002

**MORILLAS JARILLO, M. J./GRECHENING, K.**, "La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español", *D.N.* n° 145, octubre, 2002, pp. 1 y ss.

**MOSCO G. D.**, “Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell’assemblea”, en *Il nuovo diritto societario frà società aperte e società private*, a cura di **PAOLO BENAZZO**, **SEGIO PATRIARCA**, **GAETANO PRESTI**, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 121 y ss.

**MOYA JIMÉNEZ, A.**, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

**MUÑOZ GARCÍA, A./ SACRISTÁN BERGIA, F.**, “La responsabilidad de los administradores y la competencia del orden jurisdiccional de lo social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *R.d.S.*, nº 12, 1999, pp. 315 y ss

**MUÑOZ PLANAS, J. Mª/MUÑOZ PAREDES, J.**, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *R.D.M.*, nº 250, octubre-diciembre, 2003, pp. 1341 y ss

**NEILA NEILA, J. M.**, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, EDERSA, Madrid, 1995.

**OLIVENCIA RUIZ, M.**,

-“Managers´revolution/independents´counter-revolution: Ensayo sobre una nueva fase en la evolución de la Sociedad Anónima”, en AA. VV., coord. por **IGLESIAS PRADA**, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2173 y ss

- “Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración”, *A.A.M.N.*, n 38, 1998, pp. 341 y ss.

- “El gobierno de las sociedades”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1771 y ss.

- “Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima”, *R.G.D.*, nº 603, diciembre, 1994, pp. 12833 y ss.

**PAILLUSSEAU, J.**, *La société anonyme, technique d’organisation de l’entreprise*, Paris, Sirey, 1967.

**PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.**, “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 1805 y ss.

**PERDICES HUETOS A.**, “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7489)”, *R.d.S.*, nº 18, 2002, pp. 277 y ss.

**PÉREZ CARRILLO, E. F.,**

- *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *R.d.S.*, nº 14, 2000, pp. 275 y ss

**PESCATORE, S.**, “L’impresa societaria a base capitalistica”, en *Manuale di Diritto Commerciale a cura di VINCENZO BUONOCORE*, Giappichelli, Torino 2001, p. 316 y ss.

**PESCE A.**, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1969.

**PIC**, “El administrador delegado, el director general y el director técnico en las sociedades anónimas” *R.G.L.J.*, 1914, pp. 389 y ss.

**PIEDELIEVRE, B.**, *La situation juridique et responsabilités des dirigeants de la société après la Lois du 24-VII-66*, Dunod, Paris, 1957.

**POLO SÁNCHEZ, E.,**

- “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *R.D.M.*, nº. 98, octubre-diciembre, 1965, pp. 199 y ss.

- “Reflexiones sobre el régimen de quorums y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima”, *R.D.M.*, nº 128-129, abril-septiembre, 1973, pp. 199 y ss.

- “Ámbito del poder de representación de los administradores de S.A y S.R.L. en el Proyecto de Ley de Reforma”, *R.J.C.*, , nº 4, 1988, pp. 847 y ss.

- “La reforma y adaptación de las Ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea”, en AA. VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 777 y ss

- “Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad anónima. Arts. 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en AA.VV., dirigidos URÍA, R., /MENÉNDEZ, A., /OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, , t. VI, Civitas, Madrid, 1992.

- “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, *R.G.D.*, julio-agosto, nº 634-635, 1997, pp. 9119 y ss.

- “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades Libro. Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, MacGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1411 y ss

**PORRES DE MATEO, M<sup>a</sup> C.**, Traducción al español del “Informe del Comité sobre el Gobierno de Empresas”, *R.d.S.*, nº. 14, 2000, pp. 519 y ss

**PUIG SALELLAS, J.M.**, “El ámbito representativo del órgano de administración de las S.A”, *R.D.N.*, 1983, pp. 183 y ss.

**QUIJANO GONZÁLEZ, J.**,

- *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid-Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985.

- “Responsabilidad de los Consejeros”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 537 y ss.

- “La Sociedad Anónima Europea”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, McGraw Hill Madrid, 2002, pp. 4285 y ss.

**QUINTANA CARLO, I.**, “La reforma del derecho de sociedades de capital: su oportunidad y significado”, en AA. VV., *El nuevo derecho de sociedades de capital*, dirigido por QUINTANA CARLO, Trivium, Zaragoza, 1989, pp. 7 y ss.

**RECALDE CASTELLS, A.**, “La reforma de las sociedades cotizadas”, *R.d.S.*, nº 13, 1999, pp. 172 y ss.

**RIVERA, S. E.**, “A vueltas con la limitación de responsabilidad de los administradores”, *R.G.D.*, nº 642, marzo, 1998, pp. 1851 y ss.

**ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.**, “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *R.D.M.*, nº 248, abril-junio, 2003, pp. 683 y ss.

**ROCA FERNÁNDEZ- CASTANY, J.A.**,

- “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la sociedad anónima”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1819 y ss.

- “La delegación en los administradores del aumento de capital”, *R.d.S.*, nº 7, 1996, pp. 115 y ss.

**RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.**,

- *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1971.

- “Notas sobre el régimen jurídico del director general”, en AA.VV., *Estudios jurídicos homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. 3, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 113 y ss.

- “La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima”, *R.d.S.*, nº. 1, 1993, pp. 91 y ss,

-“El deber de diligencia”, en AA.VV. coord. ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 419 y ss.

**RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., /ESTEBAN VELASCO, G.**, “Los órganos de la sociedad anónima”, en *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1991.

**RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J.**, “Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de a sociedad anónima: junta general y administradores”, en AA. VV., *El nuevo derecho de sociedades de capital*, dirigido por QUNITANA CARLO, Trivium, Zaragoza, 1989, pp. 121 y ss.

**RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.**, “Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva”, *R.G.D.*, nº 577-578, octubre-noviembre, 1992, pp. 10177 y ss.

**ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A.**, “La representación en el Derecho Mercantil”, en URÍA, R., /MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 207 y ss.

**RORDORF R.**, “Le società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli”, *Il foro italiano*, 2003, fasc. 9, pt. 5, pp. 184 y ss.

**RUANO BORELLA, J.P.**,

- “El órgano de administración después de la reforma de 1989”, *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1991, pp. 171 y ss.

- “Esquema del órgano de administración de las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996”, *R.C.D.I.*, nº 638, enero-febrero, 1997, pp. 119 y ss.

**RUBIO, J.**, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2º edición, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.

**SACRISTÁN REPRESA, M.**, “El presidente del Consejo”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 245 y ss.

**SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.**, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990.

**SAGARDOY DE SIMÓN, I.**, “Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Homenaje al Profesor Antonio Sagardoy Bengoechea*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1999.

**SALA FRANCO, T./GARCÍA NINET, J.I.**, “Consejeros y administradores sociales”, en AA.VV., dir. por . BORRAJO CRUZ, *El Estatuto de los trabajadores*, t. I, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 119 y ss.

**SALAFIA V.,**

- “Gli organi direttivi nella società quotate in mercati regolamentati”, *Le Società*, 3, 1998, pp. 253 y ss

- “Il sistema monistico nell'amministrazione e controllo della società per azioni”, *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, fasc. 7, pp. 921 y ss.

**SAELLES CLIMENT, .J R.**, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

**SALINAS ADELANTADO, C.**, “La problemática de los “contratos blindados o paraguas dorados” en la acumulación de las figuras de consejeros delegado y de director general (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)”, *R.G.D.*, nº 584, mayo, 1993, pp. 4983 y ss.

**SÁNCHEZ ANDRÉS, A.**, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1990.

**SÁNCHEZ CALERO, F.**,

- *Instituciones del Derecho Mercantil*, 14ª ed., EDERSA, Madrid, 1990.

-“Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en AA. VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 904 y ss.

- “Administradores. Art 123 a 143” en AA.VV., dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. VI, , EDERSA, Madrid, 1994.

- “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, *R.d.S.*, nº 20, 2003, pp. 27 y ss.

- *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 26ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2004.

-“Informe anual del gobierno corporativo”, *R.D.B.B.*, nº 94, abril- junio, 2004, pp. 7 y ss.

**SÁNCHEZ JIMENO, S.**, “Los contratos -civiles o laborales- de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades”, *R.D.M.*, nº 245, julio-septiembre, 2002, pp. 1461 y ss.

**SÁNCHEZ RUIZ, M.**, “Apoderamiento general a favor de un consejero”, *R.d.S.*, nº 9, 1997, pp. 347 y ss.

**SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.**, “Administradores y altos directivos [en torno a los artículos 1.3 c) y 2.1º a)], *R.E.D.T.*, nº 100, mar-ago, 2000, pp. 61 y ss.

**SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.**, “Reflexiones sobre el gobierno corporativo comparado”, *R.D.B.B.*, nº. 70, abril-junio, 1998, pp. 499 y ss.

**SANTOS BRIZ, J.**, “Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles”, *R.D.P.* abril, 1995, pp. 315 y ss.

**SANTOSUOSSO, D.**, *Il nuovo diritto societario. I principi della legge delega e le linee guida della riforma. Decreti legislativi 5 e 6 del 2003*, Giuffrè, Milano, 2003.

**SANZ GARCÍA, J.**, “Emisiones de obligaciones convertibles”, *R.d.S.*, nº 8, 1997, pp. 272 y ss.

**SANZ PARAÍSO, L. F.**, “Las comisiones de auditoría y cumplimiento”, en AA.VV., coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 373 y ss.

**SCHMIDT, K.**, “La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1998 y 2002 y el Código Cromme”, *R.d.S.*, nº 22, 2004, pp. . 21 y 22 (traducción al español supervisada por Mª Concepción Chamorro Domínguez).

**SCHMIDT/MEYER/LANDRUT**, *Grosskommentar AktG*, t.I , 2ª ed., Berlín, 1961.

**SCHÜTZ, C.**, “Neuerungen im Anfechtungsrecht durch den Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts”, *D.B.*, 2004, pp. 419 y ss.

**SCIARELLI, S.**, *Il processo decisorio nell'impresa*, CEDAM, Padova, 1967.

**SEIBT, C. H.**, “Deutscher Corporate Governance Kodex: Antworten auf Zweifelsfragender Praxis”, *A.G.*, 9, 2003, pp. 465 y ss.

**SEIBERT, U./SCHÜTZ, C.**, “Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)”, *Z.I.P.*, 2004, pp. 252 y ss.

**SUÁREZ-LLANOS, GÓMEZ, L.**,

- “Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles”, *R.D.M.*, nº 85, 1962, pp. 47 y ss.

- “Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *A.D.C.*, octubre-diciembre, 1962, pp. 921 y ss.

- “La responsabilidad por deudas de los administradores de una sociedad anónima”, en AA.VV., coord. por IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2421 y ss.

**TAPIA HERMIDA, A.**, “El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1541 y ss.

**TAPIA HERMIDA, A., J.**, “La alta dirección empresarial (administración y altos cargos)”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3723 y ss.

**THÜMMEL, R. C.**, “Organhaftung nach dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) –Neue Risiken für Manager?”, *D.B.*, 2004, pp. 471 y ss.

**TUSQUETS TRIAS DE BES, F.**, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998.

**URÍA, R.**,

- *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1968.

- *Derecho Mercantil*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1990.

- *Derecho Mercantil*, 25ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1998.

- *Derecho Mercantil*, 27ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

- *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.

**URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.**, “La Sociedad Anónima: La modificación de los estatutos sociales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 943 y ss.

**VARGAS VASSEROT, C.**, “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, *R.d.S.*, nº 22 I, 2004, pp. 305 y ss.

**VELASCO SAN PEDRO, L.**, “La información en el Consejo de administración: derechos y deberes del Consejo y de los Consejeros”, en AA.VV. coord. por ESTEBAN VELASCO, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 305 y ss.

**VERNON, G.**, *Le président-directeur général dans le sociétés anonymes*, L.G.D.J., Paris, 1958.

**VICENT CHULIÁ, F.**,

- “La Sociedad Anónima en el Derecho comunitario europeo”, en AA. VV., *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Civitas- Fundación Manuel Broseta, Madrid, 1995, pp. 85 y ss.

- *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, Bosch, Barcelona, , 1991.

**VIERA GONZÁLEZ, J.**, “Principios para el gobierno de las sociedades cotizadas alemanas”, *R.d.S.*, nº. 14, 2000, p. 531 y ss.

**VIETTI M.**, “Le linee guida della riforma del diritto societario (Relazione al Convegno “La riforma delle società: corporate governance, principi interpretativi ed autonomia statutaria”, Alba, 23 novembre 2002)”, *Le Società: rivista e pratica commerciale, societaria e fiscale* , 2003, fasc. 2bis, pp. 266 y ss.

**WERTH, H.-J.** *Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Wirtschaftsprüfer G.M.B.H., Düsseldorf, 1960.

**WIETHÖLTER, R.**, *Interesen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961.

Además, se han consultado las siguientes páginas web:

[europea.eu.int](http://europea.eu.int)

[www.borsaitalia.it](http://www.borsaitalia.it)

[www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)

[www.ecgi.org](http://www.ecgi.org)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

## **LISTADO DE RESOLUCIONES**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

S.T.S. de 9 de noviembre de 1949

S.T.S. de 30 de abril de 1954

S.T.S. de 14 de mayo de 1955

S.T.S. de 3 de mayo de 1956

S.T.S. de 4 de octubre de 1956

S.T.S. de 25 de junio de 1959

S.T.S. de 5 de noviembre de 1959

S.T.S. de 23 de marzo de 1960

S.T.S. de 4 de noviembre de 1961

S.T.S. de 3 de febrero de 1962

S.T.S. de 1 de julio de 1963

S.T.S. de 3 de julio de 1963

S.T.S. de 16 de abril de 1964

S.T.S. de 3 de febrero de 1965

S.T.S. de 26 de mayo de 1965

S.T.S. de 10 de junio de 1966

S.T.S. de 30 de enero de 1969

S.T.S. de 16 de abril de 1970

S.T.S. de 2 de diciembre de 1970

S.T.S. de 30 de abril de 1971

S.T.S. de 29 de enero de 1974

S.T.S. de 22 de octubre de 1974

S.T.S. de 20 de marzo de 1975

S.T.S. de 15 de octubre de 1976

S.T.S. de 10 de junio de 1978

S.T.S. de 23 de octubre de 1978

S.T.S. de 18 de diciembre de 1978  
S.T.S. de 2 de diciembre de 1979  
S.T.S. de 17 de mayo de 1979  
S.T.S. de 22 de junio de 1979  
S.T.S. de 19 de enero de 1980  
S.T.S. de 4 de julio de 1980  
S.T.S. de 10 de julio de 1981  
S.T.S. de 30 de junio de 1981  
S.T.S. de 10 de octubre de 1983  
S.T.S. de 11 de octubre de 1983  
S.T.S. de 3 de diciembre de 1983  
S.T.S. de 14 de mayo de 1984  
S.T.S. de 12 de julio de 1984  
S.T.S. de 31 de octubre de 1984  
S.T.S. de 21 de marzo de 1985  
S.T.S. de 28 de marzo de 1985  
S.T.S. de 21 de mayo de 1985  
S.T.S. de 9 de mayo de 1986  
S.T.S. de 13 de octubre de 1986  
S.T.S. de 9 de julio de 1987  
S.T.S. de 10 de julio de 1987  
S.T.S. de 18 de septiembre de 1987  
S.T.S. de 29 de septiembre de 1988  
S.T.S. de 30 de septiembre de 1988  
S.T.S. de 4 de enero de 1989  
S.T.S. de 12 de abril de 1989  
S.T.S. de 24 de noviembre de 1989  
S.T.S. de 24 de enero de 1990  
S.T.S. de 3 de febrero de 1990  
S.T.S. de 13 de febrero de 1990

S.T.S. de 13 de marzo de 1990  
S.T.S. de 30 de marzo de 1990  
S.T.S. de 3 de abril de 1990  
S.T.S. de 8 de mayo de 1990  
S.T.S. de 11 de junio de 1990  
S.T.S. de 19 de junio de 1990  
S.T.S. de 12 de septiembre de 1990  
S.T.S. de 21 de septiembre de 1990  
S.T.S. de 11 de octubre de 1990  
S.T.S. de 26 de noviembre de 1990  
S.T.S. de 2 de enero de 1991  
S.T.S. de 21 de enero de 1991  
S.T.S. de 5 de febrero de 1991  
S.T.S. de 11 de mayo de 1991  
S.T.S. de 13 de mayo de 1991  
S.T.S. de 3 de junio de 1991  
S.T.S. de 18 de junio de 1991  
S.T.S. de 11 de octubre de 1991  
S.T.S. de 4 de noviembre de 1991  
S.T.S. de 5 de diciembre de 1991  
S.T.S. de 16 de diciembre de 1991  
S.T.S. de 26 de diciembre de 1991  
S.T.S. de 27 de enero de 1992.  
S.T.S. de 5 de febrero de 1992  
S.T.S. de 5 de marzo de 1992  
S.T.S. de 21 de mayo de 1992  
S.T.S. de 16 de junio de 1992  
S.T.S. de 30 de diciembre de 1992  
S.T.S. de 26 de febrero de 1993  
S.T.S. de 25 de mayo de 1993

S.T.S. de 6 de abril de 1993  
S.T.S. de 28 de julio de 1993  
S.T.S. de 21 de octubre de 1993  
S.T.S. de 1 de diciembre de 1993  
S.T.S. de 23 de diciembre de 1993  
S.T.S. de 1 de marzo de 1994  
S.T.S. de 22 de abril de 1994  
S.T.S. de 26 de julio de 1994  
S.T.S. de 29 de julio de 1994  
S.T.S. de 22 de octubre de 1994.  
S.T.S. 22 de noviembre de 1994  
S.T.S. de 22 de diciembre de 1994  
S.T.S. de 24 de febrero de 1995  
S.T.S. de 13 de mayo de 1995  
S.T.S. de 30 de mayo de 1995  
S.T.S. de 12 de junio de 1995  
S.T.S. de 22 de junio de 1995  
S.T.S. de 20 de julio de 1995  
S.T.S. de 21 de julio de 1995  
S.T.S. de 9 de septiembre de 1995  
S.T.S. de 5 de febrero de 1996  
S.T.S. de 28 de febrero de 1996  
S.T.S. de 22 de junio de 1996  
S.T.S. de 11 de junio de 1996  
S.T.S. de 18 de junio de 1996  
S.T.S. de 27 de junio de 1996  
S.T.S. de 24 de septiembre de 1996  
S.T.S. de 10 de diciembre de 1996  
S.T.S. de 19 de febrero de 1997  
S.T.S. de 22 de abril de 1997

S.T.S. de 9 de junio de 1997  
S.T.S. de 19 de septiembre de 1997  
S.T.S. de 21 de noviembre de 1997  
S.T.S. de 30 de diciembre de 1997  
S.T.S. de 20 de marzo de 1998  
S.T.S. de 3 de abril de 1998  
S.T.S. de 26 de mayo de 1998  
S.T.S. de 10 de septiembre de 1998  
S.T.S. de 10 de octubre de 1998  
S.T.S. de 20 de octubre de 1998  
S.T.S. de 29 de abril de 1999  
S.T.S. de 18 de mayo de 1999  
S.T.S. de 4 de junio de 1999  
S.T.S. de 7 de junio de 1999  
S.T.S. de 2 de julio de 1999  
S.T.S. de 9 de julio de 1999  
S.T.S. de 21 de septiembre de 1999  
S.T.S. de 27 de noviembre de 1999  
S.T.S. de 22 de diciembre de 1999  
S.T.S. de 11 de enero de 2000  
S.T.S. de 18 de enero de 2000  
S.T.S. de 16 de febrero de 2000  
S.T.S. de 22 de junio de 2000  
S.T.S. de 28 de junio de 2000  
S.T.S. de 6 de octubre de 2000  
S.T.S. de 30 de noviembre de 2000  
S.T.S. de 29 de diciembre de 2000  
S.T.S. de 30 de enero de 2001  
S.T.S. de 31 de enero de 2001  
S.T.S. de 1 de marzo de 2001

S.T.S. de 30 de marzo de 2001  
S.T.S. de 16 de abril de 2001  
S.T.S. de 19 de abril de 2001  
S.T.S. de 29 de abril de 2001  
S.T.S. de 9 de mayo de 2001  
S.T.S. de 11 de junio de 2001  
S.T.S. de 30 de junio de 2001  
S.T.S. de 20 de julio de 2001  
S.T.S. de 30 de julio de 2001  
S.T.S. de 24 de septiembre de 2001  
S.T.S. de 3 de octubre de 2001  
S.T.S. de 26 de octubre de 2001  
S.T.S. de 29 de octubre de 2001  
S.T.S. de 30 de noviembre de 2001  
S.T.S. de 14 de marzo de 2002  
S.T.S. de 7 de junio de 2002  
S.T.S. de 7 de julio de 2002  
S.T.S. de 18 de julio de 2002  
S.T.S. de 4 de diciembre de 2002  
S.T.S. de 20 de diciembre de 2002  
S.T.S. de 24 de diciembre de 2002  
S.T.S. de 30 de diciembre de 2002  
S.T.S. de 6 de febrero de 2003  
S.T.S. de 6 de marzo de 2003  
S.T.S. de 19 de mayo de 2003  
S.T.S. de 20 de noviembre de 2003  
S.T.S. de 17 de diciembre de 2003  
S.T.S. de 11 de febrero de 2004  
S.T.S. de 23 de febrero de 2004  
S.T.S. de 5 de marzo de 2004.

S.T.S. de 24 de marzo de 2004  
S.T.S. de 29 de marzo de 2004  
S.T.S. de de 7 de mayo de 2004  
S.T.S. de 26 de mayo de 2004  
S.T.S. de 8 de junio de 2004  
S.T.S. de 17 de junio de 2004  
S.T.S. de 17 de julio de 2004

### **AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Auto del TS de 31 de octubre de 2000.

### **SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES**

S.A.P. Lérida de 1 de marzo de 1991  
S.A.P. Toledo de 24 de octubre de 1992  
S.A.P. Valencia de 14 de abril de 1993  
S.A.P. Álava de 1 de octubre de 1993  
S.A.P. Navarra de 12 de abril de 1996  
S.A.P. Vizcaya de 17 de octubre de 1996  
S.A.P. Madrid de 8 de mayo de 1997  
S.A.P. Madrid de 14 de julio de 1997  
S.A.P. Pontevedra de 8 de enero de 1998  
S.A.P. Jaén de 18 de enero de 1998  
S.A.P. Guipúzcoa de 7 de febrero de 1998  
S.A.P. Murcia de 14 de febrero de 1998  
S.A.P. Murcia de 19 de febrero de 1998  
S.A.P. Toledo de 27 de febrero de 1998  
S.A.P. Lérida de 30 de marzo de 1998  
S.A.P. Tarragona de 1 de abril de 1998  
S.A.P. Valencia de 7 de octubre de 1998

S.A.P. Burgos de 23 de diciembre de 1998  
S.A.P. Murcia de 20 de enero de 1999  
S.A.P. Madrid de 8 de febrero de 1999  
S.A.P. Málaga de 17 de marzo de 1999  
S.A.P. La Coruña de 17 de enero de 2000  
S.A.P. Barcelona de 8 de febrero de 2000  
S.A.P. Madrid de 30 de mayo de 2000  
S.A.P. Barcelona de 3 de julio de 2000  
S.A.P. Málaga de 31 de julio de 2000  
S.A.P. Baleares de 27 de septiembre de 2000  
S.A.P. Vizcaya de 18 de octubre de 2000  
S.A.P. Madrid de 2 de febrero de 2001  
S.A.P. Valladolid de 26 de marzo de 2001  
S.A.P. Castellón de 7 de febrero de 2002  
S.A.P. Cáceres de 26 de febrero de 2002  
S.A.P. Valencia de 25 de junio de 2002.  
S.A.P. Vizcaya de 15 de octubre de 2002  
S.A.P. Granada de 3 de diciembre de 2002  
S.A.P. Castellón de 21 de julio de 2003  
S.A.P. Guadalajara de 23 de septiembre de 2003  
S.A.P. Castellón de 27 de noviembre de 2003  
S.A.P. Madrid de 16 de enero de 2004  
S.A.P. Murcia de 29 de abril de 2004  
S.A.P. Zaragoza de 6 de julio de 2004  
S.A.P. Guadalajara de 18 de diciembre de 2004

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS  
REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

R.D.G.R.N. de 6 de diciembre de 1954

R.D.G.R.N. de 29 de noviembre de 1956  
R.D.G.R.N. de 1 de febrero de 1957  
R.D.G.R.N. de 24 de junio de 1968  
R.D.G.R.N. de 17 de abril de 1972  
R.D.G.R.N. de 25 de abril de 1972  
R.D.G.R.N. de 26 de abril de 1972  
R.D.G.R.N. de 16 de junio de 1973  
R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1975  
R.D.G.R.N. de 1 de julio de 1976  
R.D.G.R.N. de 9 de mayo de 1978  
R.D.G.R.N. de 8 de febrero de 1979  
R.D.G.R.N. de 31 de marzo de 1979  
R.D.G.R.N. de 24 de abril de 1980  
R.D.G.R.N. de 9 de junio de 1980  
R.D.G.R.N. de 11 de junio de 1980  
R.D.G.R.N. de 13 de junio de 1980  
R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1981  
R.D.G.R.N. de 13 de abril de 1982  
R.D.G.R.N. de 15 de septiembre de 1981  
R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1981  
R.D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1981  
R.D.G.R.N. de 26 de noviembre de 1981  
R.D.G.R.N. de 6 de septiembre de 1982  
R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 1982  
R.D.G.R.N. de 5 de octubre de 1982  
R.D.G.R.N. de 1 de diciembre de 1982  
R.D.G.R.N. de 11 de febrero de 1983  
R.D.G.R.N. de 25 de febrero de 1983  
R.D.G.R.N. de 29 de septiembre de 1983  
R.D.G.R.N. de 11 de octubre de 1983

R.D.G.R.N. de 13 de julio de 1984  
R.D.G.R.N. de 16 de julio de 1984  
R.D.G.R.N. de 30 de enero de 1985  
R.D.G.R.N. de 3 de marzo de 1985  
R.D.G.R.N. de 4 de marzo de 1985  
R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 1985  
R.D.G.R.N. de 31 de marzo de 1986  
R.D.G.R.N. de 9 de junio de 1986  
R.D.G.R.N. de 24 de octubre de 1986  
R.D.G.R.N. de 21 de abril de 1987  
R.D.G.R.N. de 26 de abril de 1989  
R.D.G.R.N. de 12 de mayo de 1989  
R.D.G.R.N. de 16 de mayo de 1989  
R.D.G.R.N. de 31 de octubre de 1989  
R.D.G.R.N. de 16 de marzo de 1990  
R.D.G.R.N. de 15 de mayo de 1990  
R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1990  
R.D.G.R.N. de 30 de diciembre de 1990  
R.D.G.R.N. de 18 de enero de 1991  
R.D.G.R.N. de 19 de febrero de 1991  
R.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1991  
R.D.G.R.N. de 28 de febrero de 1991  
R.D.G.R.N. de 11 de marzo de 1991  
R.D.G.R.N. de 20 de marzo de 1991  
R.D.G.R.N. de 25 de marzo de 1991  
R.D.G.R.N. de 25 de abril de 1991  
R.D.G.R.N. de 26 de julio de 1991  
R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 1991  
R.D.G.R.N. de 11 de noviembre de 1991  
R.D.G.R.N. de 3 de diciembre de 1991

R.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1992  
R.D.G.R.N. de 28 de febrero de 1992  
R.D.G.R.N. de 17 de febrero de 1992  
R.D.G.R.N. de 11 de marzo de 1992  
R.D.G.R.N. de 26 de mayo de 1992  
R.D.G.R.N. de 27 de mayo de 1992  
R.D.G.R.N. de 8 de junio de 1992  
R.D.G.R.N. de 12 de junio de 1992  
R.D.G.R.N. de 23 de julio de 1992  
R.D.G.R.N. de 2 de diciembre de 1992  
R.D.G.R.N. de 1 de marzo de 1993  
R.D.G.R.N. de 8 de junio de 1993  
R.D.G.R.N. de 9 de junio de 1993  
R.D.G.R.N. de 24 de junio de 1993  
R.D.G.R.N. de 7 de diciembre de 1993.  
R.D.G.R.N. de 25 de febrero de 1994  
R.D.G.R.N. de 24 de marzo de 1994  
R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1994  
R.D.G.R.N. de 23 de junio de 1994  
R.D.G.R.N. de 12 de septiembre de 1994  
R.D.G.R.N. de 3 de octubre de 1994  
R.D.G.R.N. de 17 de julio de 1995  
R.D.G.R.N. de 27 de noviembre de 1995  
R.D.G.R.N. de 13 de noviembre de 1995  
R.D.G.R.N. de 14 de marzo de 1996  
R.D.G.R.N. de 30 de diciembre de 1996  
R.D.G.R.N. de 14 de febrero de 1997  
R.D.G.R.N. de 5 de marzo de 1997  
R.D.G.R.N. de 7 de marzo de 1997  
R.D.G.R.N. de 13 de marzo de 1997

R.D.G.R.N. de 14 de marzo de 1997  
R.D.G.R.N. de 25 de abril de 1997  
R.D.G.R.N. de 6 de mayo de 1997  
R.D.G.R.N. de 23 de mayo de 1997  
R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1997  
R.D.G.R.N. de 17 de diciembre de 1997  
R.D.G.R.N. de 25 de mayo de 1998  
R.D.G.R.N. de 4 de junio de 1998  
R.D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1998  
R.D.G.R.N. de 11 de marzo de 1999  
R.D.G.R.N. de 5 de abril de 1999  
R.D.G.R.N. de 21 de abril de 1999  
R.D.G.R.N. de 10 de mayo de 1999  
R.D.G.R.N. de 12 de mayo de 1999  
R.D.G.R.N. de 17 de mayo de 1999  
R.D.G.R.N. de 3 de junio de 1999  
R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1999  
R.D.G.R.N. de 22 de noviembre de 1999  
R.D.G.R.N. de 23 de diciembre de 1999  
R.D.G.R.N. de 21 de marzo de 2000  
R.D.G.R.N. de 19 de abril de 2000  
R.D.G.R.N. de 19 de septiembre de 2000  
R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 2000  
R.D.G.R.N. de 21 de septiembre de 2000  
R.D.G.R.N. de 11 de diciembre de 2000  
R.D.G.R.N. de 23 de enero de 2001  
R.D.G.R.N. de 21 de mayo de 2001  
R.D.G.R.N. de 12 de abril de 2002  
R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 2002  
R.D.G.R.N. de 27 de febrero de 2003