

Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014

Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento

Ángel Carrasco Perera, Faustino Cordón Moreno, Alberto Díaz Moreno, José Manuel Gómez Benítez y Fernando Marín de la Bárcena

Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014

Mayo 2015

Diseño y maquetación: José Ángel Rodríguez León

Corrección de estilo y editorial: Cristina Sierra de Grado

Impreso en España

Impresión: Comunicación Impresa, S. L.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2015. Todos los derechos reservados

Introducción

Este libro recopila análisis que han sido publicados por el Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo acerca de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en vigor desde el 24 de diciembre del 2014. Reúne información sobre la nueva situación de los administradores y directivos y los cambios regulatorios que afectan al gobierno corporativo.

Este documento es una guía inicial de los temas legales presentados. No debe tomarse como asesoramiento. Por favor, pida asesoramiento jurídico específico antes de iniciar cualquier acción.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Índice

<p>9</p>	<p>El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales Ángel Carrasco Perera</p> <hr/>	<p>40</p>	<p>La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital Fernando Marín de la Bárcena</p> <hr/>
<p>13</p>	<p>La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión Fernando Marín de la Bárcena</p> <hr/>	<p>45</p>	<p>Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital Fernando Marín de la Bárcena</p> <hr/>
<p>16</p>	<p>Reforma del Derecho de sociedades para la mejora del gobierno corporativo José Manuel Gómez Benítez</p> <hr/>	<p>48</p>	<p>La <i>business judgment rule</i> Alberto Díaz Moreno</p> <hr/>
<p>19</p>	<p>La resistencia de los acuerdos de junta ante los «fallos procedimentales» y legitimación para impugnar en la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital Ángel Carrasco Perera</p> <hr/>	<p>55</p>	<p>Abuso de derecho de la mayoría, conflictos de intereses y lesión del derecho de información en la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital Ángel Carrasco Perera</p> <hr/>
<p>23</p>	<p>¿Son impugnables autónomamente los acuerdos de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones? Alberto Díaz Moreno</p> <hr/>	<p>59</p>	<p>El nuevo régimen de mayorías para la adopción de acuerdos en la junta general de la sociedad anónima Alberto Díaz Moreno</p> <hr/>
<p>28</p>	<p>Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas) Alberto Díaz Moreno</p> <hr/>	<p>63</p>	<p>La exclusión de la impugnación de determinados acuerdos sociales y su tratamiento procesal (art. 204.2 y 3 LSC) Faustino Javier Cerdón Moreno</p> <hr/>
<p>35</p>	<p>La figura del llamado «presidente ejecutivo» en las sociedades cotizadas Alberto Díaz Moreno</p>	<p>70</p>	<p>Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015) Faustino Javier Cerdón Moreno</p>

El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Me ha extrañado leer en un medio de comunicación normalmente bien informado que a partir de ahora el gravamen de las acciones de responsabilidad se hará más pesado para los administradores sociales porque el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) habría convertido en casi imprescriptible la acción para reclamarles responsabilidad, sea social o individual. Creo que esta apreciación es equivocada y que, si alguna previsión de cambio cabe augurar con el nuevo régimen, es justamente la contraria. Ignoro las razones que pueden haber llevado a introducir este precepto en la reforma societaria de la Ley 31/2014, pero estimo que el resultado indudable será una dulcificación del riesgo que hasta ahora pesaba sobre los administradores sociales. Si ésta ha sido o no la finalidad del legislador es ya otra cuestión.

Es conocido que la jurisprudencia ha sometido tradicionalmente el régimen prescriptivo de esta responsabilidad al artículo 949 del Código de Comercio (CCom), que impone un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde que el administrador haya cesado en el cargo. La regla siempre ha sido problemática cuando el cese no se reflejaba en el Registro Mercantil o cuando la falta de inscripción registral estaba suplida por un conocimiento de los hechos por parte del dañado. Una evaluación estadística de la enorme masa de jurisprudencia existente acredita que eran muchas más las veces en que la acción finalmente no estaba prescrita. El artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital abandona este criterio idiosincrático de la regulación societaria y retorna al Derecho común, reproduciendo la regla que se contiene en el artículo 1969 del Código Civil (CC): los cuatro años se cuentan «desde el día en que (la acción) hubiera podido ejercitarse».

La aplicación del artículo 949 del Código de Comercio a la acción individual siempre ha sido problemática porque la regla del citado código estaba pensada para el caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad por daño al patrimonio social y por eso se vinculaba al cese del administrador en el desempeño del cargo: se suponía que sería a partir de ese momento cuando la sociedad dispondría del acceso a la información necesaria para interponer la acción y, en particular, el conocimiento del daño derivado de un acto de gestión negligente o desleal del administrador cesado. La extensión jurisprudencial de esa regla legal a la acción individual derivada de daños directos a socios o terceros carecía de sentido. Al hacerse descansar el comienzo del plazo de prescripción en el cese, incluso cuando la acción la promovieran terceros directamente perjudicados (art. 241 LSC), se extendía el plazo de prescripción más allá de lo debido (podía ocurrir que el tercero pudiera promover la acción mucho antes, aunque el administrador no hubiera cesado).

2. La remisión al Código Civil y sus límites

Como hay que suponer que el legislador societario sólo disponía de un conocimiento *limitado* del Derecho de la prescripción común, creo que es plausible la inferencia de que con la presente redacción aquél trató de *huir* del criterio subjetivo de determinación del *dies a quo* que para las acciones de responsabilidad extracontractual contiene el artículo 1968 II CC («desde que lo supo el agraviado») y quiso

optar por una regla objetiva de cómputo que fuera idéntica para todos los posibles legitimados y que, previsiblemente, ofreciera seguridad y redujera los tiempos reales de prescripción. Es también plausible inferir que el legislador societario creyó que el artículo 1969 del Código Civil garantizaba que el plazo irremisiblemente correría desde que se hubieren producido todos los elementos del supuesto de hecho objetivo para que la acción de daños naciera en abstracto, al margen de las condiciones subjetivas de cada uno de los eventuales legitimados para la acción, es decir, al margen de que el legitimado en concreto hubiera estado en situación material o «moral» de reclamar y hubiera conocido o podido conocer la existencia de la conducta antijurídica (art. 225.1 LSC) y su concreción, siquiera inicial, en un daño social o individual.

Sin embargo, la realidad del Derecho de la prescripción es otra. Sin entrar en detalles —que aquí no son necesarios— lo cierto es que la evolución legal (*cf.* art. 35 de la Ley de Competencia Desleal y art. 143 de la Ley de Consumidores y Usuarios), doctrinal y jurisprudencial (*cf.* SSTs de 11 de diciembre del 2012, de 4 de abril del 2013, con otras muchas) ha conducido a una subjetivización casi total del inicio del cómputo y de la regla establecida por el artículo 1969 del Código Civil, o de otras normas especiales que incorporan una regla similar (como el art. 45.1 de la Ley de Marcas). En términos prácticos los dos regímenes disponibles se han reducido a uno y no existe ya diferencia real entre el comienzo del cómputo impuesto por los artículos 1968. II y 1969 del Código Civil. La única diferencia práctica procede de la naturaleza de la acción prevista en el artículo 1968 de este código, que, al tratarse de una pretensión de responsabilidad extracontractual, incorpora también como elemento de su supuesto de hecho fundamentador la exigencia de que el daño esté «consolidado» cuantitativamente para que empiece a correr el plazo de prescripción. Mas como también es una acción de responsabilidad «extracontractual» la contenida en el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital, el requisito de la consolidación cuantitativa lógicamente se impondría también aquí, a pesar de que se haya elegido la formulación «objetiva» del artículo 1969 del Código Civil.

Una responsabilidad «prácticamente imprescriptible» de los administradores sociales sólo existiría si en materia de *daños continuados* se remitiera el *dies a quo* al momento final de producción y consolidación sucesiva o tardía del daño. Mas no es ésta hoy la posición de la jurisprudencia civil más cuidadosa y tampoco tendrá ya apoyo legal si triunfa la modificación propuesta al artículo 1973 del Código Civil que se contiene en una disposición final del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente en Cortes. De hecho, tampoco hoy cuenta con cobertura legal semejante teoría, al menos para los daños distintos de los corporales (*cf.* arts. 71.2 de la Ley de Patentes y 45.2 de la Ley de Marcas).

En términos realistas puede afirmarse, a partir del conocimiento de la amplia jurisprudencia civil sobre estas cuestiones, que en el futuro *será lo más probable* (aunque no siempre: *cf.* art. 228*b* LSC) que el principio del curso temporal del plazo de prescripción en el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital tenga ordinariamente lugar *antes de que el administrador haya cesado en el cargo* y que el resultado final sea una reducción del número de los casos en los que los administradores son condenados por vía de responsabilidad. Incluso contando —y con ello no contaba el legislador— con el socavamiento *subjetivo* a que está hoy sujeto el tenor del artículo 1969 del Código Civil.

3. Alcance de la nueva regla

El artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital no se aplica a la «responsabilidad por deudas» del artículo 367 de la misma ley. No sólo por la ubicación respectiva de los preceptos, sino porque la responsabilidad del artículo 367 cursa como una asunción pasiva de deuda y el plazo de prescripción es el mismo que aquel al que está sujeta la acción principal contra la sociedad, de la que los administradores son «fiadores legales».

Son distintos el régimen de prescripción de la acción social (art. 238 LSC) y el de la acción individual (art. 241 LSC). En el primer caso no es admisible que el *dies a quo* sea diverso en función de cuál sea el sujeto legitimado para la acción y de cuáles sean las condiciones subjetivas de cada uno de los eventualmente legitimados. Respecto de la acción social, *no rige* la reducción subjetiva a que hoy está sujeto el artículo 1969 del Código Civil. La legitimación de cada uno de los grupos listados en los

artículos 238 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital es exclusivamente fiduciaria del interés social que asumen procesalmente. Como no existe ningún sujeto *particularmente* concernido por el daño al patrimonio social, el plazo de prescripción empieza a contar desde que se completa el supuesto de hecho objetivo, de forma que se pueda afirmar que la acción de responsabilidad ha «nacido». La afirmación es importante sobre todo para los supuestos de responsabilidad de alcance difuso, como ocurre con el conflicto de intereses del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital o con la infracción de deberes de confidencialidad, que pueden permanecer desconocidos para los afectados a pesar de haberse producido el daño. La única excepción que cabe hacer es que el legitimado pasivo haya ocultado maliciosamente la causación o producción de los hechos relevantes (*cf.* STS de 11 de diciembre del 2012).

La afirmación anterior es de especial significado para las legitimaciones subsidiarias de los artículos 239 y 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Aunque la legitimación de la minoría y de los acreedores sociales esté subordinada a condiciones de procedibilidad y, en el caso de los acreedores, incluso a una exigencia de subsidiaridad material («siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos») similar a la que es propia de la acción pauliana del artículo 1111 del Código Civil, el comienzo del cómputo no se hace esperar a que se complete el supuesto de hecho de imposibilidad ordinaria de cobro frente al deudor original y, por ende, no rige al respecto la jurisprudencia elaborada a propósito de la determinación del *dies a quo* de la acción revocatoria pauliana, que retrasa dicho comienzo hasta la fecha de conocimiento del fraude o, incluso más allá, a la fecha en que al acreedor le resultan conocidos el fraude y la insolvencia del deudor (*cf.* STS de 27 de mayo del 2002).

Para la acción individual de responsabilidad —que no es otra cosa que un trasunto del artículo 1902 CC— rige ordinariamente el tándem de los artículos 1968.II-1969 del Código Civil, con sus actuales restricciones, en términos iguales a como regirían en cualquier acción de daños extracontractuales. Cada legitimado por el artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital está sujeto a su propia historia en materia de comienzo del cómputo porque hay tantas y diversas acciones de responsabilidad como eventuales perjudicados.

La diferencia que acaba de hacerse entre las acciones individual y social se traslada a la legitimación pasiva que resulta del régimen de solidaridad del artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital. La cuestión es de importancia sobre todo cuando concurren administradores de hecho (art. 236.3 LSC) o personal de alta dirección en el supuesto del artículo 236.4 de dicha ley porque pueden existir severas restricciones a la reconocibilidad de esta condición que no se padecen cuando se trata de administradores de derecho cuyo cargo figure inscrito en el Registro Mercantil. En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción individual puede ser uno u otro en función de cuál sea el administrador social demandado, a pesar de la relación de solidaridad. La cosa es así aunque pueda darse el caso de que un administrador ya relevado de responsabilidad merced a la prescripción se vea obligado a contribuir en la acción de regreso posterior de otro administrador (art. 1145 CC) respecto del cual la prescripción se consumará en un momento posterior. Creo que la cosa es distinta en la acción social.

4. Ley aplicable

La acción social de responsabilidad constituye un régimen de responsabilidad específicamente societario cuya competencia está atribuida al legislador estatal (*cf.* STS de 6 de septiembre del 2013). En consecuencia, no rigen aquí las particularidades del régimen autonómico de prescripción en cuanto al inicio, suspensión o interrupción del plazo. En cambio, la acción de responsabilidad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital no es una acción específicamente societaria, sino una pretensión de daños de Derecho civil sujeta a las reglas de prescripción propias de la legislación autonómica (por ejemplo, las del libro I del Código Civil catalán).

La última cuestión tiene su importancia porque afecta incluso al plazo de la prescripción. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre del 2013 había establecido lo siguiente:

En el presente caso no se trata de una simple acción derivada de culpa extracontractual en virtud de la cual el que ha sufrido un daño se dirige contra aquel que se lo produjo para reclamarle la indemnización

oportuna. Por el contrario el ejercicio de la acción contra el Consorcio de Compensación de Seguros nace precisamente de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana sino el artículo 11.1*b* de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, normas de las que deriva la obligación de dicho organismo de indemnizar cuando el daño haya sido causado por vehículo no asegurado.

Por el contrario, la acción de responsabilidad del artículo 241 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital es puro Derecho ordinario de daños, con lo que, dándose el supuesto de hecho determinante de la ley aplicable, en lugar de cuatro años regirían los tres años que al efecto dispone el artículo 121.21*d* del Código Civil de Cataluña. Esta afirmación no se puede rebatir con el argumento de que el legislador *societario* quiso imponer un régimen de prescripción común a las acciones sociales e individuales de responsabilidad de administradores porque la simple voluntad o propósito de los autores de la reforma no basta para cambiar la naturaleza de las cosas ni su implicación en términos de ley aplicable. Hasta tal grado es así que el punto de conexión para la acción individual de responsabilidad no es la ley del domicilio de la sociedad, sino el *forum delicti commissi* en los términos del actual Reglamento Roma II de la Unión Europea.

La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) ha extendido a todas las sociedades de capital la facultad de la junta general de impartir instrucciones o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre «determinados asuntos de gestión», salvo previsión contraria en los estatutos (nuevo art. 161 LSC).

Es una reforma que puede considerarse adecuada para las sociedades cerradas. Es relativamente frecuente establecer en pactos parasociales lo que debe ser decidido con su consentimiento y estaba generalmente admitido que la norma legal sobre las instrucciones de la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada fuera trasladable por analogía a las sociedades anónimas que reunieran el mismo carácter cerrado (sin capital disperso).

Sin embargo, es discutible que esta facultad de impartir instrucciones se haya extendido también como regla para las sociedades cotizadas. No tiene precedentes en los informes sobre gobierno corporativo que usualmente se tienen en cuenta para elaborar la regulación sobre este tipo de sociedades y creemos que puede ser utilizada para blindar todavía más la posición de los accionistas de referencia o de control.

2. La facultad de impartir instrucciones o autorizar determinados asuntos de gestión en sociedades cerradas

La ley expresa con claridad que no se autoriza a los socios a sustituir a los administradores en la gestión de la empresa mediante una injerencia constante que desbarate el sistema legal de distribución de funciones y competencias, sino que su intervención sólo puede ser puntual y sobre una o varias cuestiones concretas («determinados asuntos de gestión»).

Normalmente se dice que los administradores que reciban una instrucción o que no hayan logrado la autorización de la junta deberán ejecutar lo acordado por los socios o abstenerse de ejecutarlo, sin que puedan sustituir el criterio de aquéllos por *su* propio criterio empresarial. El incumplimiento de un acuerdo de este tipo puede ser constitutivo de infracción de los deberes inherentes al cargo con todas sus consecuencias legales o contractuales (*v. gr.*, cese en el cargo sin indemnización) más la obligación de indemnizar los daños causados al patrimonio social.

Los límites al deber de ejecución y por tanto a la responsabilidad vienen dados por la prohibición de ejecutar los acuerdos de la junta general si son antijurídicos (*v. gr.*, contrarios al principio de afección íntegra del patrimonio a la consecución del objeto social). Los administradores no quedarán exonerados de responsabilidad si la ejecución del acuerdo antijurídico causa un daño al patrimonio social de modo objetivamente imputable (art. 236.2 LSC), ni siquiera cuando se adopte por unanimidad (*cf.* la STS, Sala 1.^a, de 20 de julio del 2010 sobre acción social en un caso de una donación remuneratoria no justificada a favor de un antiguo directivo).

La otra vertiente es qué ocurre si los administradores desobedecen las instrucciones o no recaban la autorización de la junta debiendo hacerlo (teniendo en cuenta los límites expresados). En este caso, también están expuestos a acciones de responsabilidad. Seguramente sería el demandante el que tendría que acreditar que los administradores tenían el deber de ejecutar el acuerdo como presupuesto de su acción, pero es improbable que obstaculicen las decisiones adoptadas por los socios en estas condiciones. La presión se redobra para aquellos administradores que bloquean una decisión avalada por una mayoría de los miembros del consejo y por un acuerdo de la junta general porque se trataría de asumir en exclusiva la responsabilidad en caso de que ésta llegase a ser declarada por un tribunal. En conclusión, la forma más sencilla de evitar un conflicto en el consejo sobre algún asunto concreto de gestión consistirá en elevarlo a la junta general para que devuelva la decisión en forma de instrucción de ejecución obligatoria *prima facie* bajo sanción de responsabilidad.

En todo caso, no es necesario recordar que este tipo de limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores carecen de eficacia frente a terceros (de buena fe) conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. La extensión de la regla a sociedades cotizadas

El argumento que tradicionalmente se ha utilizado para negar la extensión de la facultad de impartir instrucciones al órgano de administración de las sociedades cotizadas, con la consiguiente merma de la autonomía del órgano de administración, es que los socios carecen del conocimiento y experiencia necesarios para decidir de modo vinculante en esa materia. Se dice que los gestores no pueden sustituir el criterio empresarial de los socios, pero la cuestión es si los socios *pueden* tener ese tipo de criterio, y lo cierto es que todas las sociedades de capital deben regirse con la diligencia de un ordenado empresario.

La justificación que ofrecía el Comité de Expertos cuyo informe está en la base de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, para extender la facultad de impartir instrucciones a las sociedades cotizadas es que se pretenden afrontar ciertos «problemas de agencia» (sin especificar cuáles) que, parece ser, no quedan debidamente resueltos de otro modo. Por su parte, la exposición de motivos de la ley dice que se pretenden abrir los cauces para «facilitar la participación accionarial».

Los dos objetivos pueden ser compartibles, pero también puede ocurrir que esa finalidad de política jurídica no llegue a alcanzarse y que sean más los inconvenientes que las ventajas que se pretende obtener.

Los socios inversores carecen en realidad de interés por participar en la vida societaria y continuarán ausentes por mucho que se reduzcan los porcentajes para el ejercicio de los derechos de participación. Es dudoso que los acuerdos de la junta general de una cotizada reflejen en realidad el interés de los socios, como ocurre de principio en las sociedades cerradas, sino que pueden ser el resultado del absentismo accionarial y el fruto de la desinformación en conexión con la utilización del sistema de *proxies* por los administradores y accionistas de control. Éste es un problema que ni está resuelto ni es previsible que se resuelva en un futuro cercano por mucho empeño que se ponga en «revitalizar» la junta de accionistas de las sociedades cotizadas. A esto se pueden añadir los problemas derivados de la disociación entre poder político y riesgo empresarial que se produce —en ocasiones— por la contratación de derivados que tienen como subyacente las acciones de la sociedad o la realización de determinados negocios jurídicos con la posición de socio (*empty vote*).

En conclusión, esta norma se puede convertir en una pieza más del engranaje que tiende a blindar el control de los accionistas integrados en el grupo de referencia y en detrimento, en algunos casos, de los intereses del mercado de capitales. La mejor manera de evitar cualquier reticencia de consejeros no alineados con el grupo de control respecto de asuntos que puedan considerarse conflictivos para éste consistirá en derivar la decisión sobre el asunto a la junta general. Es sabido que los mecanismos de impugnación de acuerdos sociales en un contexto de conflicto con los accionistas de referencia no

suelen resultar atractivos al inversor institucional con intereses, a menudo contrapuestos, en muchas otras compañías.

El objetivo fundamental de política jurídica en materia de cotizadas ha de ser la protección del accionista inversor con un portafolio diversificado y toda regulación en esta materia ha de tener en cuenta la posición de la empresa en los mercados de capital, cambios de control y de directivos. Un sistema que tienda a aminorar la autonomía del órgano de administración en beneficio del órgano de los socios —en las *corporaciones* por antonomasia— no parece coherente con esa idea. Quizá la orientación de política jurídica debería ser la de lograr que la composición de los consejos refleje la realidad de los distintos intereses afectados por la actividad a la que sirven este tipo de estructuras corporativas y el mercado en el que buscan financiación. Una vez conseguido esto, lo que habría que hacer es fomentar la autonomía de los gestores en lugar de limitarla.

No es necesario aclarar que, en ocasiones, la composición accionarial de una cotizada puede resultar muy similar a la de una sociedad cerrada (práctica totalidad del accionariado en manos de inversores institucionales y de los fundadores) y es posible que los socios prefieran un sistema que garantice un mayor control del órgano de administración y no exista en este contexto la necesidad de protección propia de las sociedades de capital disperso (del accionista inversor). Sin embargo, para lograr ese resultado podría haber sido suficiente reconocer para las cotizadas la facultad estatutaria de impartir instrucciones, en lugar de convertirla en una regla general.

Reforma del Derecho de sociedades para la mejora del gobierno corporativo

José Manuel Gómez Benítez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La reciente y profunda reforma del Código Penal publicada en el *BOE* del 31 de marzo, que entrará en vigor el próximo 1 de julio del 2015, ha modificado sustancialmente el artículo 31 *bis* del Código Penal (CP), dedicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por primera vez, una norma penal establece el deber de los administradores sociales de adoptar y ejecutar modelos *eficaces* de vigilancia y control para la prevención de delitos, cuyo cumplimiento exime de responsabilidad penal a la sociedad, si es total, o la atenúa, si es parcial. El artículo 31 *bis* del Código Penal exige, por tanto, adoptar modelos de organización y gestión eficaces para prevenir determinados delitos¹ cometidos en beneficio directo o indirecto de la sociedad por los propios administradores, directivos o subordinados² conforme a unas pautas que el propio artículo 31 *bis* establece. Pero, además, la norma penal exige la puesta en práctica eficaz de dichos modelos, lo que, salvo en las sociedades que pueden presentar cuenta de resultados abreviada, incluye la implantación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control.

Tal y como demuestra el artículo 31 *bis*.3 del Código Penal recién reformado, la implantación de este órgano de control es un supuesto específico de delegación de las facultades de supervisión y control que corresponden a los administradores societarios cuyo incumplimiento, si ocasiona un daño, puede generar responsabilidad social (art. 236 Ley de Sociedades de Capital o LSC), ya que parece poco discutible que el incumplimiento de su deber de adoptar y ejecutar modelos eficaces de organización y control para la prevención de esos delitos causa un daño a la sociedad si la persona jurídica es condenada por la vía penal, precisamente, por dicho incumplimiento³. Frente a la tradicional línea doctrinal que considera que la delegación de la facultad de vigilancia es plena, es decir, que libera al delegante de toda obligación al respecto, existe una fuerte tendencia doctrinal actualmente a incluir expresamente en la ley como indelegable la facultad de supervisión del funcionamiento de los órganos delegados. Buena prueba de ello es el artículo 249 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la naturaleza indelegable de una serie de facultades, entre las que se encuentra «la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los altos directivos que hubiera designado». La implantación de un órgano de control para la prevención de delitos con poderes autónomos de iniciativa y control a la que se refiere el artículo 31 *bis* del Código Penal es, ciertamente, un cortafuegos capaz de evitar la responsabilidad

¹ En el ámbito de la delincuencia económica pueden provocar responsabilidad penal de la persona jurídica los delitos de trata de personas (177 *bis*.7), descubrimiento y revelación de secretos (197.3), estafa (251 *bis*), insolvencia fraudulenta (261 *bis*), daños informáticos (264.4) contra la propiedad intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores (288), blanqueo de capitales (302.2), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 *bis*), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 *bis*.4), contra la ordenación del territorio y el urbanismo (319.4), contra el medio ambiente (327 y 328.6), emisión de radiaciones ionizantes (343.3), de riesgo provocados por explosivos (348.3), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399 *bis*), de cohecho (427.2), de tráfico de influencias (430) y de corrupción en las transacciones internacionales (445.2). Al margen de la delincuencia económica, también está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de tráfico de órganos (156 *bis*), prostitución y corrupción de menores (189 *bis*), tráfico de estupefacientes (369 *bis*) y terrorismo (576 *bis*).

² En sentido estricto, por quienes «están sometidos a la autoridad de las personas físicas» mencionadas en el artículo 31 *bis*.1a.

³ No sólo pecuniarias, como es sabido, sino también la disolución, suspensión temporal de actividades, clausura temporal de locales, prohibición de realizar determinadas actividades dentro de su objeto social, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas e intervención judicial.

penal de la persona jurídica por determinados delitos. Pero la exigencia explícita en los números 2 y 4 de dicho artículo de que «el órgano de administración haya ejecutado con eficacia» los modelos de vigilancia apunta directamente al deber de los administradores de asegurarse directamente o por medio de un sistema organizativo adecuado de que dicho órgano de control funciona de forma satisfactoria, es decir, de supervisar su funcionamiento eficaz para evitar la comisión de ciertos delitos y la consiguiente responsabilidad penal de la propia sociedad. El Código Penal impone que esta conclusión deba extenderse también a los administradores de sociedades cotizadas, pese a que en este ámbito el artículo 529 *ter* de la Ley de Sociedades de Capital sólo considera indelegables las facultades de *decisión* contenidas en el antes mencionado artículo 249 *bis*, dejando fuera, por tanto, las de supervisión y control.

Así pues, el deber de los administradores establecido en el artículo 31 *bis* del Código Penal complementa la legislación mercantil sobre la delegación de facultades a efectos penales y de responsabilidad social de los administradores. A la luz del mencionado artículo 31 *bis* debe concluirse, por tanto, que este deber tiene un contenido triple: 1) adoptar modelos eficaces de organización y control para la prevención de determinados delitos que sean conformes con las pautas establecidas en el número 5 de dicho artículo; 2) ejecutar eficazmente dichos modelos mediante la creación de un órgano con poderes autónomos de decisión y control y la supervisión de su funcionamiento (no basta, por tanto, la existencia de un acuerdo o una normativa interna), y 3) tomar las medidas pertinentes en caso de percibir un funcionamiento ineficaz de este órgano para la consecución de sus fines. La infracción de este deber no sólo puede provocar la responsabilidad social en el ámbito mercantil, sino también la responsabilidad penal de la propia sociedad por determinados delitos cometidos por sus administradores, directivos y subordinados. La sociedad puede ser condenada a penas de extraordinaria gravedad, incluso si aquéllos no resultan condenados.

Modelos de prevención y comisión por omisión de delitos

Ahora bien, dentro del ámbito objetivo de los delitos que provocan responsabilidad penal de las personas jurídicas, la no adopción y ejecución eficaz de modelos de prevención puede trascender del ámbito de la responsabilidad penal de la sociedad y extenderse a la de los propios administradores por los delitos cometidos por los subordinados, ya que el artículo 31 *bis.1b* del Código Penal establece en concreto que estas personas «han podido realizar los hechos» precisamente por haberse incumplido ese deber por parte de los administradores. Hay que resaltar que esta especial relevancia del incumplimiento del deber para la comisión del delito por los subordinados no es casual, pues, cuando los que cometen delitos son los propios administradores o directivos⁴, el artículo 31 *bis.2* del Código Penal exige tan sólo que los autores individuales hayan cometido el delito «eludiendo fraudulentamente» los modelos de organización y prevención establecidos. Eludir fraudulentamente los modelos de prevención existentes para cometer un delito no es lo mismo que haber podido cometer el delito por haber incumplido los administradores el deber de adoptar y ejecutar eficazmente tales modelos. A efectos penales, el artículo 31 *bis.1b* del Código Penal establece para los administradores un específico deber de garantes, de controlar la fuente de peligro (los subordinados) en lo que se refiere a la indemnidad de los bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos penales. En efecto, que los delitos han podido cometerse, precisamente, por la infracción de ese deber legal significa que —en terminología del artículo 11 del Código Penal— *la inexistencia* de la omisión de los administradores habría evitado el resultado delictivo⁵. Esto significa que se les pueden imputar a los administradores a título de comisión por omisión los delitos de resultado cometidos por los subordinados, siempre que su omisión haya sido dolosa. Inadvertidamente, tal vez el artículo 31 *bis.1* se adentra en el delicado terreno de la posición general de garantes de los administradores en lo que al establecimiento y ejecución eficaz de modelos de supervisión y control para la prevención de delitos se refiere. Ahora bien, el propio artículo 31 *bis.1b* matiza que la relevancia del

⁴ En sentido estricto, según el artículo 31 *bis.1a* de la Ley de Reforma del Código Penal, cometidos por los «representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

⁵ Excede el marco de esta nota el debate sobre los criterios de causalidad e imputación objetiva en la dogmática de la comisión por omisión.

incumplimiento del deber de adoptar y ejecutar eficazmente modelos y órganos de prevención de la comisión de delitos debe establecerse atendiendo a las «concretas circunstancias del caso». Es una obviedad, pero no sobra, puesto que de ello depende no sólo la responsabilidad penal de la sociedad, sino también la relevancia de la omisión del garante —es decir, de los administradores— en Derecho penal. No es lo mismo a estos efectos no haber adoptado ningún modelo de prevención o no haber creado el órgano de control o no haber supervisado en absoluto —directa o indirectamente— su funcionamiento, que haberlo hecho, pero de forma insuficiente, pues de la misma manera que la acreditación del cumplimiento parcial de esos deberes puede atenuar, pero no excluir, la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe también afectar a la relevancia de la omisión para la responsabilidad penal de los administradores. De la dicción del artículo 31 *bis.1b* del Código Penal se deduce que la infracción de los deberes de vigilancia y control eficaces debe ser total para poder generar responsabilidad penal de los administradores a título de la autoría en comisión por omisión de los delitos cometidos por los subordinados.

Una vez afirmada la posición específica de garante de los administradores *ex artículo 31 bis.1b* del Código Penal, así como que la acción debida habría evitado el resultado delictivo ocasionado por los subordinados, debe abordarse la imputación de los delitos a los administradores a título de dolo o imprudencia, si bien esta última resultaría generalmente impune, dado que sólo los delitos de blanqueo de capitales (art. 301.3) y contra el medio ambiente (art. 331) pueden imputarse a título de imprudencia también a la propia persona jurídica. Pero esto no resta importancia práctica al problema, puesto que no puede afirmarse que la infracción del deber de adoptar modelos eficaces de prevención de delitos por parte de los administradores es siempre una conducta imprudente. La no adopción o ejecución de ninguna clase de modelo de organización y control, o bien su manifiesta ineficacia y la ausencia de control de su funcionamiento pueden ser indicativas de un dolo eventual en relación con los hechos delictivos cometidos por los subordinados, en su forma incluso de ignorancia deliberada (*willful blindness*). Salvo en los dos supuestos recién mencionados, la imprudencia impune por los delitos de los subordinados queda reservada, por tanto, al incumplimiento de los deberes relativos a la vigilancia por falta de la diligencia debida.

En este contexto, el artículo 11 del Código Penal vigente se comporta como cláusula genérica de imputación a los administradores a título de comisión por omisión de delitos de resultado cometidos por otros administradores, o bien por delitos cometidos por los subordinados que no están entre los que pueden originar responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, aunque la cláusula específica de comisión por omisión implícita en el artículo 31 *bis.1b* desplaza a la genérica del mencionado artículo 11, aquella sólo afecta a los delitos cometidos por los subordinados en un ámbito delictivo amplio, pero —no obstante— limitado, como son los delitos en beneficio directo o indirecto de la sociedad que están específicamente previstos en el Código Penal como generadores de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Por último, hay que dejar constancia de que el legislador ha decidido prescindir del muy peculiar tipo penal que preveía el artículo 286.seis [*sic*].1 del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, cuya única razón de ser parecía ser penar a los administradores por el mero hecho de no haber adoptado las medidas de vigilancia y control exigibles. Se trataba, por tanto, de incorporar al Código Penal un específico delito de omisión propia o simple, para fortalecer así el mensaje de la importancia de adoptar dichos modelos de prevención de delitos. Un delito que pretendía incorporar al Código Penal la muy criticada infracción administrativa del artículo 130 de la Ley de Contravenciones alemana, que sanciona la simple omisión dolosa o imprudente de medidas de control que habrían impedido una conducta constitutiva de delito o de infracción administrativa por los empleados. Aunque durante la tramitación de la reforma los defensores de la inclusión de este delito en el Código Penal argumentaban que pretendía evitar la deriva de su artículo 31 *bis* hacia la posible responsabilidad penal de los administradores en comisión por omisión, lo cierto es que las críticas fueron tan intensas y bien fundamentadas que han dado al traste, felizmente, con tan inmanejable tipo penal.

La resistencia de los acuerdos de junta ante los «fallos procedimentales» y legitimación para impugnar en la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Ostensiblemente es un rasgo de la Ley 31/2014 que el legislador ha querido limitar los supuestos en que puede impugnarse un acuerdo de la junta de socios. ¿Pero es consistente el nuevo articulado de la Ley de Sociedades de Capital en la persecución de este propósito?

1. Impugnación de acuerdos y relevancia causal del fallo procedimental. Presentación

En la estructura normativa anterior a la Ley 31/2014 existía una vinculación automática entre «fallo procedimental» y legitimación para impugnar el acuerdo afectado por aquél. Los ejemplos más abundantes de impugnaciones sociales (no mayoritariamente exitosos) son precisamente de la clase de los que al impugnante no se le ha entregado o dispensado la información que él entendía exigible que se le suministrara antes o durante la junta. La infracción de las reglas de convocatoria, *quorum* y mayorías pueden legitimar para impugnar, y el resultado de la resolución judicial de fondo no depende de que el «fallo procedimental» haya sido causalmente adecuado para producir un resultado negativo para el socio, o, al menos, distinto del que se hubiese producido aunque se hubiera observado el imperativo procedimental. En muchas ocasiones las impugnaciones degeneran en estrategias oportunistas porque se pretende por vía de nulidad la restauración de una situación que tampoco existiría para el socio en cualquier curso causal hipotético lícito.

La reforma no llega hasta el extremo de haber producido una norma en virtud de la cual todo acuerdo se reputará finalmente válido cuando el resultado obtenido con él se habría obtenido igual de haberse operado en un curso de acción lícito alternativo. Esta «ley de bronce» de la resistencia absoluta de un acuerdo apoyado por la mayoría no se asume por la Ley 31/2014, aunque no porque le falte lógica (¿no es ya incluso abusiva cualquier clase de impugnación instada por el minoritario por un defecto procedimental de cualquier clase y gravedad, dado que el acuerdo será reproducido ordinariamente por la mayoría, incluso de ser nulo por aquella razón?), sino porque, llevada a sus extremos, una solución como ésta acabaría sin más con todo régimen de protección de la minoría. Pero examinaré hasta dónde llega la norma en este camino. El resultado conjunto de la reforma no es coherente, como se explicará.

Las cuatro causas listadas en el nuevo artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme a las que no procede la impugnación, están construidas sobre el empleo de conceptos jurídicos indeterminados que son inexplicablemente divergentes y, en algún caso, excesivamente difusos, lo que dará lugar a una mayor litigiosidad que la (mucho) actualmente existente.

2. La «mera infracción de requisitos procedimentales»

Conforme a la letra *a* del mencionado artículo 204.3, no serán causas de impugnación estas infracciones «meras», relativas a la convocatoria y constitución del órgano, a la adopción de acuerdos y a las reglas (salvo que sean *esenciales*) de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para el acuerdo. Se exceptúa la infracción relativa «a la forma y plazo previo de la convocatoria» y a cualquier otra regla que tenga carácter *relevante*.

La formulación de la norma es calamitosa si se consideran la multitud de costes terciarios de litigación más los costes de pérdida de seguridad jurídica que la norma va a causar. ¿Hay reglas *esenciales* (de constitución o mayorías) y reglas *relevantes*? ¿Puede darse el caso de un atributo sin el otro? ¿Puede una regla esencial no haber resultado relevante en un caso concreto, como muy bien puede ocurrir con el cómputo erróneo de mayorías o con la inobservancia de plazos de convocatoria si el socio estaba de otra forma ya informado? Más aún, las infracciones relativas a «la forma y plazo de la convocatoria» son las que la praxis acredita como menos determinantes y menos esenciales: ¿por qué son relevantes *en todo caso*? La jurisprudencia enseña que las infracciones relativas a la inobservancia de normas relativas al modo de convocatoria acaban discutiéndose finalmente bajo la perspectiva, correcta, del abuso de derecho de la sociedad o del socio, no por la «esencialidad» del requisito de forma, es decir, que no existen «esencialidades» por principio. Cabe cuestionar también si la regla procedimental es «relevante» siempre que en abstracto pueda considerarse una norma «importante» del sistema jurídico societario o si se requiere adicionalmente que haya sido relevante de hecho («determinante», en el supuesto de la letra *d* del art. 204.3 LSC) para la producción del acuerdo en cuestión.

La larga experiencia jurisprudencial habida en este sector —que parece no haber sido consultada por los autores de la reforma— aconsejaba haber sustituido este barullo terminológico por una regla mucho más limpia. A saber, la regla de que no procedería la impugnación cuando la inobservancia de requisitos procedimentales pudiera haber sido salvada posteriormente por una advertencia o denuncia del socio que éste hubiera omitido hacer cuando estaba en condiciones de hacerlo (*cf.* art. 206.5 LSC) ni procederá la impugnación cuando la inobservancia procedimental no hubiera afectado negativamente al interés que se trataba de salvaguardar ni, finalmente, cuando, respetándose el derecho de participación del socio, el resultado producido por la votación se habría alcanzado igualmente de no haber existido la infracción en cuestión.

3. Inobservancia del deber de suministrar información

Según el nuevo artículo 197.5 de la Ley de Sociedades de Capital, la vulneración del derecho de información «previsto en el apartado 2» (información exigida durante la celebración de la junta) —en consecuencia, no del derecho relativo a la información a ser suministrada antes de la junta— legitima para el ejercicio de una acción de cumplimiento específico (entregar la información) y en su caso una indemnización de daños, pero no será causa de impugnación «de la junta general». Adviértase que el artículo 197 de dicha ley no es una norma relativa a la impugnación de acuerdos sociales, cuyo lugar propio es el artículo 204 de la misma ley.

Reparemos en la falta de sentido a que conduce la interpretación conjunta de los artículos 197.5 y 204.3*b* de la Ley de Sociedades de Capital. La inobservancia del deber de facilitar información exigida antes de la junta no atribuye legitimación para impugnar el acuerdo, salvo que la información no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto u otro derecho de participación. Es el carácter esencial lo que determina, pues, la relevancia impugnatoria. Pero ¿por qué no puede darse el caso de que en el mencionado artículo 197.5 se haya negado también una información que es relevante para el voto? Es absurdo que se conceda al socio acción de cumplimiento para la entrega de esta información *después de haber votado* cuando seguramente solicitaba esta información para el ejercicio adecuado del derecho de voto.

Además, ninguna de las dos normas enfoca adecuadamente el problema de que se trata. Es razonable que si el «fallo procedimental» ha sido causalmente determinante de un acuerdo que en otro caso no se hubiera producido, la inobservancia de dicho artículo 197.5 tendría que ser relevante como causa de impugnación. Pero no basta que el *voto* del socio afectado hubiera sido otro ni tampoco, contra el tenor del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, que la posesión de dicha información hubiera sido «esencial» para determinar el voto de *un socio de tipo medio* si éste lo ha ejercido de todas maneras en el mismo sentido en que lo habría emitido sin disponer de ella. Lo decisivo habría sido (sólo) que el acuerdo, no el voto individual, habría sido otro si no se hubiera producido la infracción procedimental. De no haber sido así, la solución residual, pero única, es la reclamación de la indemnización correspondiente a los daños producidos.

4. La «prueba de resistencia» de la mayoría precisa para el acuerdo

Las letras *c* y *d* del artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital salvan el acuerdo, aunque en la votación hubieran intervenido sujetos no legitimados o resultaran inválidos «uno o varios votos» o erróneo su cómputo, salvo, en ambos casos, que el fallo procedimental hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano (en el supuesto de participación de sujetos no legitimados) o para la consecución de la mayoría exigible (en el caso de invalidez de votos o cómputo erróneo). Obsérvese que la secuencia de las letras *c* y *d* no es de supuestos separados. Un sujeto no legitimado puede concurrir para formar *quorum*, y el supuesto se encuentra en la letra *c*; si, además, vota, la hipótesis queda cubierta ahora por la letra *d*. Es decir, la «participación de personas no legitimadas» producirá, si votan, votos «inválidos».

Tampoco en este caso se llega al resultado último de sancionar la validez de un acuerdo cuando se hubieran conseguido de todos modos los votos precisos en un curso procedimental alternativo en que no se hubieran cometido fallos o inobservancias legales. La preterición de socios legítimos, a quienes no se convoca o no se permite votar, conduce directamente a la nulidad del acuerdo, aunque se trate de votos irrelevantes para alterar el resultado final. ¿Por qué? Se dirá que la razón se encuentra en que el derecho de participación es absolutamente «resistente» incluso a su manifiesta ineffectividad y que el socio de minoría tiene un derecho cuasi constitucional a participar en las deliberaciones sociales, aunque sus propósitos siempre sean derrotados. Aunque el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital no formula —¿debería hacerlo?— esta especie de derecho cuasi constitucional del socio sin poder a la participación irrelevante en los procedimientos orgánicos, implícitamente se halla reconocido en la arquitectura del precepto.

5. ¿Y qué pasa con la información exigida antes o durante la junta por socios de minoría cualificada?

Se trata de socios que representan al menos el 25 % del capital. En tal caso, «la información solicitada no podrá denegarse» (art. 197.4 LSC). Supongamos que se deniega la información «que no puede denegarse». ¿Se aplicará el artículo 204.3b de la Ley de Sociedades de Capital, de forma que el acuerdo no será impugnado salvo que se trate de información «esencial» para el ejercicio «razonable» del derecho de voto? ¿Se aplicará el artículo 197.5 de la misma ley y no habrá lugar a impugnar bajo ninguna condición, al menos si se trata de información solicitada durante la celebración de la junta? En mi opinión, los citados artículos 197.5 y 204.3b no se aplican a los supuestos de información denegada a socios de minoría cualificada. El acuerdo será impugnado en los términos ordinarios.

6. Resistencia del acuerdo y minoría para impugnar

Sea cual fuere la naturaleza e importancia del defecto en que haya incurrido el acuerdo —aunque se trate de un acuerdo tomado con preterición dolosa de un socio cuyo voto hubiera sido relevante!—, el acuerdo es resistente a toda impugnación si el socio o socios interesados en ésta no alcanzan el 1 % del capital social (0,1 % en cotizadas, art. 495.2b LSC) según el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En una sociedad cotizada esta regla supone que el inversor minorista queda institucionalmente fuera del juego societario, lo cual no deja de ser curioso, a juzgar por los propósitos de la Ley 31/2014. El segundo párrafo del citado artículo 206.1 añade que el socio afectado podrá reclamar indemnización cuando pruebe que el acuerdo, no impugnado, le produce daños.

La norma persigue el efecto de evitar que los minoritarios querulantes puedan ejercer oportunistamente acciones impugnatorias con objeto de extraer pagos transaccionales u otras ventajas extrasociales. En este sentido, el objetivo perseguido es correcto. Pero tiene el inconveniente que padecen todas las normas que se sostienen sobre *anclajes de tipo cuantitativo*. Superado el umbral porcentual, el acuerdo es impugnado. Desde luego lo es en trámite de admisión, es decir, en ningún caso se puede inadmitir como abusiva la demanda de impugnación. Pero también lo es en el fondo de la controversia. En otras palabras, si se acredita que concurre el motivo que hace impugnado el acuerdo, ¿el juzgador no podrá desestimar la demanda por la sola razón de que dicha impugnación (no el acuerdo) incurre en abuso de

derecho por tratarse de una minoría que busca exclusivamente la extracción de alguna ventaja económica contraria al interés de la sociedad? ¿Tiene el 1 % (o el 0,01 en cotizadas) derecho a chantajear una transacción final con pagos a los bolsillos privados?

7. Disfunciones en la legitimación para impugnar

Los apartados 1 y 2 del artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital acreditan de nuevo el descuido con que se ha operado en la presente reforma. Como es sabido, una novedad de la Ley 31/2014 ha consistido en suprimir la distinción entre acuerdos nulos y anulables. Con todo, mantiene la distinción entre acuerdos impugnables en general y acuerdos contrarios al orden público. Los primeros pueden ser impugnados por cualquier tercero con «interés legítimo», pero no por los socios que hayan adquirido tal condición después de la adopción del acuerdo. ¿Pero un socio de esta clase no puede ostentar acaso un interés también legítimo en la impugnación? ¿Por qué no va a estar legitimado si, por ejemplo, lo está un tercer acreedor con interés «legítimo», aunque hubiera adquirido por cesión el crédito después de la adopción del acuerdo? La distinción es arbitraria porque no se puede pretender tratar a un socio peor que como se trata a un tercero en este particular.

No menos criticable es el apartado 2. Para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, estará legitimado cualquier socio, aunque hubiera adquirido esta condición después del acuerdo. También están legitimados administradores o un «tercero». Por contraposición al apartado 1, no se exige que el tercero ostente un interés legítimo. Es decir, puede impugnar un acuerdo de esta clase cualquier tercero, aunque no tenga interés ninguno en la subsistencia o eliminación del acuerdo. Y no se le puede oponer la excepción de abuso de derecho, aunque pretenda únicamente chantajear a la sociedad con el mantenimiento del pleito, porque ya la norma le ha procurado la posibilidad de esta «ilegítima» legitimación para impugnar.

Especialmente chocante es la legitimación del socio en los dos apartados considerados. Repárese en que aquí no existe —a diferencia de los supuestos del art. 204.3 LSC— una especie de incidente de previo pronunciamiento que sirva para determinar en una fase temprana del proceso si el acuerdo va a ser de la clase 1 o de la clase 2. Legitimación y fondo del proceso se resuelven conjuntamente en la sentencia. El socio que no se halle en la condición del apartado 1 está motivado a sostener que el acuerdo en cuestión es contrario al orden público, y no será fácil oponerse a ello porque no hay un criterio seguro para distinguir entre acuerdos ilegales y acuerdos contrarios al orden público. Imaginemos que se llega al final del proceso y el juzgador determina que el acuerdo es contrario a la ley o incurre en abuso de derecho, pero que no es contrario al orden público. ¿Desestimaré por ello la demanda instada por el socio que adquirió esta condición después de la adopción del acuerdo? Se admiten apuestas.

¿Son impugnables autónomamente los acuerdos de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones?

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

El artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) —referido a la impugnación de los acuerdos del consejo y de otros órganos colegiados de administración— ha sido modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se reforma la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

El nuevo texto del artículo 251 LSC presenta cuatro diferencias relevantes con respecto al anterior: 1) en consonancia con el nuevo régimen de la impugnación de los acuerdos de la junta general, ha desaparecido la doble referencia a los acuerdos nulos y anulables; 2) se ha reducido del 5 % al 1 % del capital social el porcentaje de participación necesario para que los socios puedan impugnar los acuerdos del consejo (conviene advertir que, tratándose de sociedades cotizadas, el porcentaje requerido se fija en el 1 ‰ del capital social —art. 495.2b—); 3) la remisión a la disciplina de la impugnación de acuerdos de la junta en cuanto a la tramitación de la impugnación de los acuerdos del consejo ha sido sustituida por una remisión a aquella disciplina en lo que se refiere específicamente a las causas de impugnación, a la tramitación de ésta y a los efectos de la sentencia que se dicte; 4) se establece ahora que, sin perjuicio de lo anterior, constituirá causa de impugnación de los acuerdos del consejo la infracción del reglamento de este órgano.

Pero, al margen de lo que se acaba de señalar, y según dispone el artículo 529 *tercer* de la Ley de Sociedades de Capital, el consejo de administración de las sociedades cotizadas deberá constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión (o dos comisiones separadas) de nombramientos y retribuciones. El hecho de que se haya convertido en un deber legal lo que antes no era más que una recomendación recogida en los textos relativos al gobierno corporativo pone de manifiesto la oportunidad de preguntarse por la posibilidad de impugnar los acuerdos de estas comisiones de manera autónoma.

2. La impugnabilidad de los acuerdos de otros órganos colegiados de administración

2.1. Primer requisito: la colegialidad del órgano

El artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a los «acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración». Esto significa que el funcionamiento colegial constituye un presupuesto para la aplicación del régimen de impugnación previsto en dicho precepto. Por tanto, cuando la administración se haya encomendado a un administrador único, a administradores mancomunados o a administradores solidarios, tal régimen será inaplicable y las correspondientes decisiones no serán combatibles por este cauce. Lo mismo sucederá en relación con las decisiones de los consejeros delegados (incluso cuando sean varios que hayan de actuar mancomunadamente).

Por el contrario, y como regla general, el funcionamiento de las comisiones especializadas del consejo de la sociedad cotizada será colegiado: se ajustará, en suma, a un procedimiento

formalizado de convocatoria, de reunión, de deliberación, de adopción de acuerdos con arreglo a un principio mayoritario y de documentación de tales acuerdos. Es cierto que, en rigor, la ley no exige que estas comisiones sigan un procedimiento colegial y que serán los estatutos o el reglamento del consejo los que regulen su funcionamiento (arts. 529 *quaterdecies*.3 y 529 *quindecies*.2 LSC). Sin embargo, la experiencia y el sentido general de la su regulación permiten asumir que, en la inmensa mayoría de los casos, las referidas comisiones actuarán como órganos colegiados.

2.2. Segundo requisito: el carácter de órgano de administración. El caso de la comisión ejecutiva

El artículo 251 regula la impugnación de los acuerdos de órganos «*de administración*». En realidad, en un sistema monista, como el que rige en España para las sociedades anónimas y limitadas, la administración de las sociedades cotizadas se encomienda a un único órgano: el consejo de administración (art. 529 *bis*). O, si se prefiere decirlo de otra manera: las funciones de administrar la compañía se encomiendan por la ley a un órgano colegiado, el consejo de administración, que goza de una esfera propia, autónoma y exclusiva de competencias.

Es cierto, no obstante, que el consejo puede delegar parte de sus facultades (las que no son indelegables: *cfr.* arts. 249 *bis* y 529 *ter* LSC) en consejeros delegados y en comisiones ejecutivas. Pero, obsérvese bien: estos «órganos delegados» pueden no existir y, cuando lo hacen, no cuentan con un ámbito exclusivo de competencias, ya que las del consejo son siempre concurrentes con las de aquéllos (incluso en el caso de que la delegación venga impuesta por los estatutos). Pues bien, ciñéndonos a las comisiones ejecutivas, hay que observar que participan de las genuinas funciones de administración de la compañía y que, en el ámbito de las competencias delegadas, sus acuerdos expresan la voluntad social. El hecho de que este tipo de comisiones ejerza por delegación funciones propias del consejo justifica sobradamente su calificación como órganos de administración (siquiera sean delegados). De manera que, prescindiendo de otro tipo de consideraciones dogmáticas, sus acuerdos han de considerarse impugnables en las mismas condiciones que los del propio consejo.

3. Las comisiones de auditoría, nombramientos y retribuciones

Las comisiones «especializadas» del consejo pueden tener la consideración de órganos colegiados, pero difícilmente cabrá entender que son propiamente órganos de administración. En este sentido, la posición más extendida en la doctrina es la de negar la posibilidad de impugnación de los actos de estas comisiones o comités.

3.1. Naturaleza y función de las llamadas comisiones de supervisión y control

Las comisiones o comités de auditoría y de nombramientos y retribuciones (cuya constitución viene exigida por la Ley de Sociedades de Capital y, antes, venía sugerida por los textos relativos al buen gobierno corporativo: *vid.* las recomendaciones 39 a 53 del Código Unificado de Buen Gobierno —CUBG—) actúan básicamente como «órganos de apoyo», auxiliando al consejo en el desarrollo de sus funciones de supervisión y control de la gestión social. En su configuración típica ejercen funciones circunscritas al asesoramiento, la información, la consulta y la propuesta. En términos generales, no tienen funciones decisorias, de modo que no ejercen competencias de administración de la compañía. Las facultades decisorias de administración permanecen siempre retenidas en el consejo en pleno y no se atribuyen a estas comisiones, las cuales simplemente auxilian al consejo, facilitándole su labor de control y supervisión del equipo gestor (de ahí que, al menos las expresamente previstas en la ley, hayan de estar compuestas por consejeros no ejecutivos: arts. 529 *quaterdecies*.1 y 529 *quindecies*.1 LSC; para las restantes, *vid.* Recomendación 52 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas del 2015). La voluntad que se expresa con sus acuerdos es, en cuanto procedente de una instancia meramente interna, la voluntad de la comisión o del comité de que se trate, pero no representa la voluntad de la sociedad, que sólo es manifestada por la junta y por el órgano de administración (y, en su caso, por los órganos delegados).

El mero hecho de que el consejo designe de entre sus miembros un grupo al que encargue la recopilación de información sobre ciertos asuntos, su estudio o análisis previo y la elaboración de informes o propuestas no convierte a esos colectivos en auténticas instancias de administración. Y tampoco sucede esto por el hecho de que sea la ley la que obligue a la constitución de estas comisiones y defina su composición y sus funciones básicas. De ahí que, como regla de principio, sus acuerdos no pueden decirse emanados de un auténtico órgano de administración.

De hecho, los pronunciamientos y acuerdos de estas comisiones suelen ser estrictamente preparatorios o facilitadores de los acuerdos posteriores del consejo. Normalmente son actos de trámite que se enmarcan en un procedimiento complejo de toma de decisiones, pero que no determinan el contenido de los acuerdos del consejo. Y, en cuanto actos de trámite que no deciden ni terminan ningún procedimiento, en principio no deben ser considerados separables a los efectos de su impugnación, sino que ésta deberá dirigirse contra el acuerdo final del consejo.

3.2. Algunos datos

Existen una serie de consideraciones ulteriores que confirman la vigencia, como regla general, de las ideas anteriores:

- a) Resulta ilustrativo, en primer término, que el artículo 249 *bis.a* de la Ley de Sociedades de Capital distinga, al enumerar las facultades indelegables del consejo, entre la *supervisión* de la *actuación* de los órganos delegados y la del *funcionamiento* de las comisiones que se hubieran constituido. Se pone así de manifiesto la diferente naturaleza de éstas y aquéllos.
- b) Si se analizan las funciones que la ley atribuye a la comisión de auditoría (y que son las que la caracterizan), se aprecia que carecen de carácter decisorio. Básicamente la comisión informará al consejo o a la junta (letras *a*, *f* y *g* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC); realizará propuestas relacionadas con el auditor externo (letra *d* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC), con quien servirá de canal de comunicación (letras *d* y *e* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC), y supervisará ciertos sistemas y procesos internos (letras *b* y *c* del art. 529 *quaterdecies.4* LSC). Algo similar ocurre con la comisión de nombramientos y retribuciones: le corresponde elevar propuestas al consejo (letras *c*, *f* y *g* del art. 529 *quindécies.3* LSC), elaborar informes (letras *d* y *e* del art. 529 *quindécies.3* LSC), realizar evaluaciones y fijar objetivos (letras *a* y *b* del art. 529 *quindécies.3* LSC). Pero, en realidad, no se prevé que estas comisiones adopten las correspondientes decisiones, ya que la competencia para tomarlas reside siempre en el consejo.

Nótese bien que, en rigor, el ejercicio de estas competencias no supone «administrar» la compañía. La comisión de auditoría auxilia al consejo en un área técnicamente compleja y, dada su composición, facilita la supervisión de la gestión social. Pero no tiene atribuidas facultades decisorias. Análogamente, la comisión de nombramientos y retribuciones apoya al consejo en la labor de selección de consejeros y altos directivos de la compañía y en la fijación de la política de retribuciones de unos y otros, pero no sustituye al consejo en la toma de decisiones. Son, por tanto, «órganos de apoyo» que no comparten las facultades de administración de la sociedad, sino que ayudan a ejercerlas. Constituyen instrumentos para la reorganización interna del proceso de toma de decisiones en la medida en que se encarga a un sector o parte del consejo (comisión especializada) la realización de ciertos pasos previos a la propia decisión y preparatorios de ella (evacuar informes, efectuar evaluaciones, presentar propuestas...); todo ello con el objetivo de mejorar el buen cumplimiento de sus funciones por parte del consejo, garantizando además, por medio de su composición, la independencia con respecto al equipo ejecutivo de la compañía.

- c) La Recomendación de la Comisión 2005/162/CE, de 15 de enero del 2005 (relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de

administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa), se mueve en la línea que se está exponiendo. Así, al tratar del papel de los comités de auditoría, nombramientos y retribuciones frente al consejo (Recomendación 6.1), afirma que tales comités «deben hacer recomendaciones destinadas a preparar las decisiones que deba tomar el consejo de administración o de supervisión mismo. La principal finalidad de los comités debe ser incrementar la eficacia del trabajo del consejo de administración o de supervisión, garantizando que las decisiones estén bien fundadas, y ayudar a organizar el trabajo del mismo para asegurar que las decisiones que adopte estén libres de conflictos materiales de intereses. En principio, la creación de los comités no persigue que el consejo de administración o de supervisión mismo deje de examinar los temas en cuestión, ya que éste sigue siendo enteramente responsable de las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia». Lo que enlaza con las observaciones vertidas en el considerando (10) de la citada recomendación:

En principio, y sin perjuicio de los poderes de la asamblea general, el consejo de administración o de supervisión en su conjunto es el único que dispone del poder de decisión estatutario y, como estructura colegial, es responsable colectivamente del buen cumplimiento de sus tareas. El consejo de administración o de supervisión tiene poder para determinar el número y estructura de los comités que considere apropiados para facilitar sus propias tareas, pero, en principio, estos comités no sustituirán a dicho consejo. Por esta razón, como regla general, los comités de nombramientos, remuneración y auditoría harán recomendaciones destinadas a preparar las decisiones que deba tomar el consejo de administración o de supervisión mismo.

3.3. *Las excepciones a la regla general*

A pesar de lo expuesto, en la medida en que puedan identificarse funciones de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones que realmente impliquen la toma de decisiones (que, por tanto, no se circunscriban a la colaboración en su adopción), cabrá considerar que los correspondientes acuerdos resultan impugnables de manera independiente. Aunque la LSC suele emplear conceptos con cierto grado de indeterminación, podría pensarse —desde luego con muchas dudas— que cumplen estas condiciones, por ejemplo, los acuerdos mediante los cuales la comisión de nombramientos *defina* las funciones y aptitudes necesarias de los candidatos que hayan de cubrir las vacantes en el consejo o los que *establezcan* un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo. Lo mismo sucedería probablemente si se encomendara a la comisión de auditoría la *fijación* de una política oficial que especificara (de conformidad con los principios considerados en la Recomendación 2002/590/CE) los tipos de servicios distintos del de auditoría que quedarán *a)* excluidos, *b)* autorizados previa revisión por la comisión, y *c)* autorizados sin consulta a la comisión (*vid.* anexo I, punto 4.2, Recomendación 2005/162/CE). La cuestión resulta, con todo, extremadamente discutible.

Por otro lado, es siempre factible que el consejo, sin perjuicio de las funciones propias de estas comisiones consultivas o auxiliares, delegue permanentemente en ellas determinadas facultades de gestión (nada lo impide puesto que las funciones previstas en la ley constituyen un mínimo). Se produciría entonces una delegación de facultades de carácter limitado y la comisión en cuestión actuaría en ese ámbito como órgano de administración, de tal forma que habría que tener por impugnables los acuerdos que se adoptasen en el ejercicio de tales facultades delegadas de administración. En este sentido debe recordarse que la Recomendación 2005/162/CE (6.2) prevé que «el mandato de los comités lo debe establecer el consejo de administración o de supervisión. Cuando lo permita la legislación nacional, la delegación del poder de toma de decisiones deberá declararse explícitamente, describirse correctamente y hacerse pública de forma totalmente transparente». A lo que se añade lo manifestado al final del considerando 10 de la mencionada recomendación: «... no se debe impedir al consejo de administración o de supervisión que delegue una parte de su poder de decisión en los comités, cuando lo considere apropiado y la legislación nacional lo autorice, aunque dicho consejo siga siendo totalmente responsable de las decisiones adoptadas en su ámbito de competencia».

4. Observación final

El hecho de que los acuerdos de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones (u otras similares) no sean, por lo general, impugnables de manera autónoma o independiente no quiere decir, por supuesto, que resulte intranscendente la falta de respeto al papel que tengan atribuido (por la ley, por los estatutos o el propio reglamento del consejo) en los procesos de adopción de acuerdos por el consejo de administración. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el consejo adopte acuerdos sin contar con los informes que resulten preceptivos; o en el de que se lleven a cabo nombramientos sin esperar a la formulación de las pertinentes propuestas; o que los informes, propuestas, evaluaciones y orientaciones preceptivos elevados al consejo se hubieran formulado con infracción de las normas que rigen la composición o la actuación de estas comisiones auxiliares. En estos supuestos, como en otros imaginables, la correspondiente infracción podría llegar a fundamentar la impugnación del acuerdo del consejo en la medida en que se traduzca en la falta de respeto al procedimiento de adopción de acuerdos por este órgano (y siempre que tal violación tenga carácter relevante: *cfr.* art. 205.3a LSC).

Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento: el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses

El artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), referido genéricamente al deber de lealtad, dispone que los administradores «deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad».

Esta formulación genérica se ve ahora complementada con una enumeración legal (art. 228 LSC) de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad (enumeración que no es exhaustiva, por lo que la regla del citado artículo 227.1 mantiene su valor de cláusula general y permitirá valorar desde la óptica del cumplimiento de este *duty of loyalty* otras conductas de los administradores).

De entre esas concreciones del deber de lealtad pretendemos centrarnos ahora en la enunciada bajo la letra e del referido artículo 228. Según esta regla, el administrador leal debe «adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

Ha de observarse que, de conformidad con la norma transcrita, los administradores de sociedades de capital deben actuar de forma que no lleguen a verse en una situación de conflicto de intereses con la sociedad. Es decir, deben evitar colocarse en una posición en la que sus intereses (o los de una persona por cuya cuenta actúen) colisionen con los de la compañía en cuyo órgano de administración se integran. La idea que subyace a esta regla es clara: cuando se produce un conflicto entre los intereses del administrador (o los de una persona vinculada con éste) y los de la sociedad cuyos bienes y derechos gestiona, existe el riesgo evidente de que aquél haga prevalecer los suyos (o los de las personas vinculadas) sobre los de ésta.

Pues bien, con el artículo 228e de la Ley de Sociedades de Capital nuestro ordenamiento incorpora una suerte de *no-conflict rule*. La ley no se limita a exigir del administrador que si se llega a encontrar en una situación de conflicto de intereses lo comunique (deber de información) y se abstenga de participar en cualquier decisión relativa a ella, sino que, como medida preventiva, le impone específicamente el deber de eludir tales situaciones. No se trata sólo de impedir que el administrador anteponga sus intereses a los de la compañía en caso de que el conflicto se actualice (básicamente prohibiéndole intervenir en la gestión social en lo que se refiere a esos asuntos), sino de evitar, incluso, que surja el mismo riesgo de que ello suceda (siguiendo así la máxima de san Ignacio: «Quien evita la tentación evita el pecado»). En todo caso, y naturalmente, cuando el interés del administrador sea indirecto (por materializarse a través del interés de un tercero), el deber de evitar el conflicto deberá modularse y concretarse en atención a la capacidad de control que aquél tenga sobre ese tercero.

2. La obligación de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad

El artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital enumera, también de forma no exhaustiva, un conjunto de prohibiciones (obligaciones de no hacer) que derivan del deber de evitar las situaciones en las que los intereses de la sociedad y los del administrador (o de otras personas en cuyo interés actúe) entren en conflicto.

En este momento nos interesa la contenida en la letra *a* del referido artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital: el administrador debe abstenerse de «realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad».

Desde luego, cuando el administrador contrata con la compañía administrada, se genera una situación (una de las más evidentes) de existencia de un conflicto de intereses. Sólo desde una gran ingenuidad puede ignorarse que en tales circunstancias surgirá la «tentación» de anteponer los intereses propios o los de las personas vinculadas con el administrador a los de la compañía. La norma que ahora comentamos tiene precisamente por finalidad impedir que tal oportunidad para comportamientos desleales llegue siquiera a verificarse.

Obsérvese, por tanto, que el deber de lealtad, en su configuración legal, no sólo obliga al administrador a no subordinar el interés de la sociedad al suyo propio, sino que le impone defender exclusivamente ese interés social. Lo que le impide efectuar transacciones en las que, por hipótesis, concurren dos intereses contrapuestos (el suyo y el de la compañía), con independencia de que, de hecho, lleguen o no a lesionarse estos últimos. De ahí el deber de evitar incurrir en situaciones de conflicto.

2.1. *Ámbito objetivo de la prohibición*

Desde el punto de vista *objetivo*, lo que se prohíbe es llevar a cabo *transacciones* con la sociedad. Ello significa que el administrador debe abstenerse de celebrar negocios de cualquier tipo con la compañía (comprando, vendiendo, arrendando —cosas, servicios u obras—, prestando o tomando a préstamo...). La utilización de un término deliberadamente amplio (*transacciones*), unida a la consideración de que el elenco del citado artículo 229.1 no agota los supuestos comprendidos en la regla más general del artículo 228e de la Ley de Sociedades de Capital, aconseja una interpretación extensiva de la regla en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que no se le prohíbe al administrador contratar con la sociedad cuando las operaciones de que se trate reúnan *de manera cumulativa* las siguientes tres condiciones: 1) ser ordinarias; 2) haberse concertado en condiciones estándar para los clientes, y 3) ser de escasa relevancia económica (característica que, dada la dicción legal, se entenderá concurrente *siempre y únicamente* cuando la información sobre ellas no resulte necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad).

En términos generales, la *ratio* de la excepción parece clara: se trata de identificar supuestos en los que, por las propias condiciones de la transacción, el conflicto no comporta riesgos efectivos para la sociedad. Si la operación es ordinaria y se hace en condiciones estandarizadas, previstas para la generalidad de los casos, entonces el hecho de que exista una contraposición de intereses resulta irrelevante, porque en ningún caso el administrador podrá hacer prevalecer sus intereses a expensas de los de la compañía (el contenido contractual se encuentra perfectamente predeterminado). Se puede decir que el conflicto, si llegara a existir, queda neutralizado. Del mismo modo, tampoco resulta necesario prohibir las operaciones de reducida importancia económica (regla *de minimis*), porque la eventual supeditación de los intereses de la sociedad a los del administrador apenas tendría, en tal caso, repercusión patrimonial real. Sucede, con todo, que la ley no se contenta con la reducida importancia económica de la operación o con su carácter ordinario o con su realización en condiciones corrientes, sino que exige, al menos en su letra, que concurren conjuntamente todos los requisitos mencionados para que la excepción entre en juego.

2.2. *Ámbito subjetivo de la prohibición*

En cuanto a su estructura subjetiva, debe tenerse en cuenta que la prohibición abarca un conjunto muy variado de hipótesis cuyo denominador común es que el administrador realiza transacciones (celebra negocios jurídicos) con la sociedad (lo que incluye, por supuesto, los casos en

los que un tercero actúa en nombre del administrador y, probablemente, también aquellos en los que éste actúa mediante persona interpuesta).

Desde luego, la prohibición comprende los supuestos que podemos denominar como de «autocontratación» en sentido amplio (comprensivos, por consiguiente, tanto de los casos de «autoentrada» en sentido estricto —el administrador al mismo tiempo actúa como representante de la compañía y en su propio nombre— como de los de «aplicación» —el administrador representa también al tercero que contrata con la compañía—). Ahora bien, seguramente estos supuestos puedan quedar cubiertos por el apartado a del artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital, que impide al administrador ejercer sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.

Pero también se refiere la prohibición, y quizás de manera principal, a aquellas situaciones en las que el administrador contrata con la sociedad (directamente o mediante persona interpuesta) sin intervenir él mismo como representante de ésta (aquí el problema, como es obvio, se centra en la capacidad de influencia que tiene el administrador en el proceso de toma de decisiones en el seno de la compañía).

Debe advertirse que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador efectúe las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, en efecto, colisionan los intereses de «dos principales» y surge el riesgo de que los de la sociedad administrada queden postergados. En este sentido, el artículo 229.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone expresamente que la prohibición de la que tratamos entrará en juego cuando el beneficiario de los actos en cuestión (parece que por beneficiario habrá que entender el destinatario material de los efectos de la transacción efectuada) sea una persona vinculada al administrador (considerándose como tales las mencionadas en el artículo 231 de la misma ley, que no ha sido modificado por la Ley 31/2014). La norma explícita, así, un caso en el que se presume que el administrador tenderá a velar por los intereses de esa persona vinculada (que la ley considera como propios del administrador) por encima de los de la sociedad y, por tanto, que existirá igualmente un conflicto de intereses.

Ahora bien, la regla del citado artículo 229.2 (en cuanto conectada con el art. 229.1a LSC) sólo resultará directamente aplicable en la medida en que el administrador sea quien efectivamente lleve a cabo la transacción con la sociedad. En otras palabras: es perfectamente posible que se produzca un conflicto de intereses cuando la sociedad contrata directamente con un tercero con el que el administrador se encuentra vinculado y con el que comparte intereses (por ejemplo, una compañía en cuyo capital participe significativamente o una persona con la que mantenga determinadas relaciones de parentesco). Pero en la medida en que el administrador no haya realizado transacción alguna con la compañía, no habrá específicamente violación del artículo 229.1a de la Ley de Sociedades de Capital. Cuestión distinta es que su deber de lealtad le impida participar en la deliberación y votación de los acuerdos o decisiones correspondientes a tal operación y que le imponga el deber de comunicar la existencia del conflicto de intereses (conflicto que no será propiamente de la persona vinculada —que no se encuentra obligada a salvaguardar el interés de la compañía—, sino del mismo administrador de forma mediata, por cuanto la ley presume que hace suyos los intereses de la persona con la que le unen ciertos vínculos). Y todo ello sin perjuicio, igualmente, del deber del administrador de «adoptar las medidas necesarias» para evitar situaciones de conflicto de intereses; deber que le obligará a hacer lo preciso para que no contraten con la sociedad (salvo dispensa: art. 230.2 LSC) las personas a través de cuyos intereses los propios del administrador entran en colisión (de manera indirecta) con los de la compañía administrada (siempre que el administrador esté en condiciones y, en su caso, en la medida en que lo esté, de «controlar» la actuación de tales sujetos).

2.3. *La dispensa de la prohibición*

La ley considera imperativa la disciplina del deber de lealtad y de la responsabilidad por su infracción (art. 230.1 LSC). No serían válidas, por tanto, las disposiciones estatutarias que

pretendieran apartarse del régimen legal (claramente, al menos, en la medida en que tiendan a suavizarlo o a aligerarlo; no se ve, en cambio, la razón de impedir una ampliación estatutaria del ámbito del deber de lealtad o un endurecimiento de la regulación de la responsabilidad).

Lo dicho no resulta incompatible, sin embargo, con la posibilidad de que se autoricen, caso por caso, actuaciones en principio prohibidas. Así sucede en nuestro sistema legal. En efecto, en los términos que veremos seguidamente cabe afirmar que las prohibiciones establecidas en el artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital son meramente *relativas* (en cuanto opuestas a *absolutas*; por excepción, y debido a la propia configuración legal del supuesto, no cabe autorizar el uso del nombre de la sociedad o la invocación de la condición de administrador para influir *indebidamente* en la realización de operaciones privadas). Debe observarse que, por el contrario, no cabe dispensar a los administradores del cumplimiento de los deberes recogidos en las letras *a* y *d* del artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital (lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se trata de obligaciones «básicas», que forman parte del contenido esencial de la función del administrador).

En relación con la específica cuestión de las transacciones efectuadas con la sociedad, ello significa que es posible que la sociedad (sujeto cuyos intereses se ven amenazados en la situación de conflicto) autorice al administrador la realización de una *determinada transacción* con ella misma (art. 230.2 LSC). Es decir: cabe que la sociedad asuma la existencia del riesgo que la norma prohibitiva trata de conjurar y autorice que el administrador contrate aun estando presente tal situación de conflicto potencialmente peligrosa (por supuesto, la dispensa puede referirse al supuesto de que el administrador actúe en beneficio de una persona vinculada). A fin de cuentas son intereses patrimoniales (y por tanto disponibles) los que están en juego. Y no es inconcebible que una transacción vinculada resulte positiva para la sociedad, en cuyo caso la autorización adquiriría todo su sentido. Lo determinante en este asunto será perfilar un procedimiento de autorización que asegure que la decisión se adopta, precisamente, sin que se reproduzca el conflicto de intereses sobre el que se resuelve.

En relación con el régimen jurídico positivo de esta posibilidad de dispensa cabe formular las siguientes observaciones:

- a) Literalmente, la ley prevé que se autorice la realización de una transacción con la sociedad por parte de una *persona vinculada*. La norma es, a primera vista, sorprendente, ya que sobre las personas vinculadas no pesa, por el mero hecho de serlo, ningún deber de lealtad ni, por tanto, obligación alguna de no contratar con la compañía que tenga como administrador un sujeto vinculado con ellas. Cabe aventurar que la ley está pensando en el caso de que la persona vinculada se encuentre de algún modo bajo el «control» del administrador (cuando no es así, la existencia o no de autorización no parece relevante desde el punto de vista del cumplimiento por éste de su deber de lealtad). Cosa distinta es que el administrador, en cumplimiento de sus deberes fiduciarios, haya de comunicar a la sociedad —en cuanto conozca que la transacción se va a llevar a cabo— la existencia de un conflicto (indirecto) de intereses por ser una persona vinculada con él la que contrata con la compañía (art. 229.3 LSC). Y también es otra cuestión que pese sobre el administrador, a la vista del conflicto, el deber de abstención *ex artículo 228c* de la Ley de Sociedades de Capital.
- b) La dispensa (que ha de ser expresa —no caben autorizaciones implícitas o tácitas—) ha de referirse a «casos singulares». Es decir, no es posible autorizar a los administradores, con carácter general, a realizar transacciones con la compañía (ni a usar activos sociales ni a aprovechar oportunidades de negocio ni a obtener ventajas o remuneraciones de terceros). La autorización ha de ceñirse, como establece la ley, a «una determinada transacción con la sociedad» (en cambio, la dispensa de la obligación de no competir, en razón del carácter permanente del conflicto, puede tener carácter general).
- c) La ley trata de garantizar que la dispensa se acuerde por instancias *independientes*. Esto sucederá en principio, por la propia composición del órgano, cuando la autorización sea

concedida por la junta general, lo que ha de suceder necesariamente (competencia exclusiva) cuando el valor de la transacción en cuestión sea superior al 10 % de los activos sociales o cuando se trate de dispensar la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (en las sociedades de responsabilidad limitada, la junta será igualmente el único órgano competente para otorgar la autorización cuando ésta se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera o al establecimiento con la compañía de una relación de servicios o de obra: *cfr.* arts. 162 y 220 LSC).

En todo caso, debe observarse que el administrador en conflicto no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones en la junta cuando se delibere sobre la dispensa (art. 190.1e LSC) y que el acuerdo de autorización podrá ser impugnado si lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC).

- d) Al margen de los supuestos que se acaban de mencionar *supra sub c*, la autorización *también* podrá ser otorgada por el órgano de administración (nótese que, si éste es un consejo, la competencia se considera indelegable: art. 249 *bis.c* LSC). Pero sólo cuando (párr. tercero del art. 230.2 LSC): 1) quede garantizada la independencia de los miembros que deciden la dispensa respecto del administrador que se beneficia de ella (no se trata sólo de que los administradores que voten —y las personas con ellos vinculadas— sean ajenos al conflicto, sino de que decidan teniendo en cuenta el interés de la compañía como si la transacción se realizara con un tercero y no con otro miembro del órgano); 2) quede asegurado que la operación resulta inocua para el patrimonio social o, como alternativa, que se lleve a cabo en condiciones de mercado (*fair price*), y 3) se garantice la transparencia del proceso. En relación con la regla del tercer párrafo del mencionado artículo 230.2, debe observarse que en el texto preparado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo las exigencias de «inocuidad» y «transparencia» se referían también al caso de que la autorización fuera concedida por la junta; en el texto legal, en cambio, la interpretación sistemática parece conducir a entender que sólo se requieren si la autorización la acuerda el órgano de administración.

El requisito de la *independencia* supone, por supuesto, que el administrador en conflicto debe abstenerse de participar en la correspondiente decisión. Ello excluye radicalmente que la autorización pueda concederla el administrador único, también parece impedir que pueda ser concedida por el órgano de administración en el caso de administración mancomunada y no despeja las dudas en caso de existencia de administradores solidarios. Tratándose de un consejo, si resultara imposible que los consejeros no afectados adoptaran acuerdos por el deber de abstención, habría de decidir la junta. El requisito de que la transacción sea *inocua* impone que sus términos no sean lesivos para la sociedad, lo que quedará asegurado si se efectúa en las mismas condiciones en que se hubiera llevado a cabo con un tercero que no fuera administrador o persona vinculada con él (condiciones de mercado). La *transparencia* significa que los administradores afectados han de informar al órgano encargado de autorizar, de manera completa y veraz, acerca de los pormenores de la operación, pero también que en las deliberaciones esta información se encuentre disponible y al alcance efectivo de los restantes administradores.

Para «garantizar» o «asegurar» —como exige el tercer párrafo del artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital— que la dispensa se acuerda con independencia y transparencia y que la operación autorizada no causa daños al patrimonio social (esto es, que sus términos son equitativos y de mercado), puede ser útil establecer en los estatutos o en el reglamento del consejo un procedimiento al efecto en el que se prevean medidas tendentes a procurar que tales exigencias se respeten (en línea, por ejemplo, con el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG): recomendación 8.^a.c). En todo caso, la falta de concurrencia de los requisitos mencionados en cuanto a la independencia, equidad y transparencia constituirá motivo de impugnación del correspondiente acuerdo del consejo.

- e) Como se ha indicado, el órgano de que se trate debe adoptar la decisión contando con suficiente información sobre el asunto. De hecho, el artículo 229.3 de la Ley de Sociedades de Capital

dispone que, en todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores (o, en su caso, al consejo o, tratándose de un administrador único, a la junta) cualquier situación de conflicto que pudiera existir entre sus intereses (o los de las personas con ellos vinculadas) y el interés de la sociedad. A lo cual se añade, como una obligación de transparencia, que se informe en la memoria sobre las situaciones de conflicto en que incurran los administradores.

- f) De acuerdo con la regla general, la autorización o ratificación por la junta de un acto lesivo no exonerará de responsabilidad a los administradores (art. 236.2 LSC). Si esta regla fuera sin más de aplicación en nuestro caso, habría que concluir que la dispensa concedida al administrador para efectuar transacciones con la sociedad no lo exoneraría de la responsabilidad por los daños causados, ni siquiera cuando tal dispensa proviniera de la junta. Ahora bien, la específica y detallada regulación legal de la dispensa de las prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital parece apuntar en una dirección diferente. En efecto, la autorización prevista en el artículo 230.2 de dicha ley se acompaña de un conjunto de garantías y condiciones que la hacen probablemente merecedora de una especial consideración desde el punto de vista de sus efectos exoneratorios. En este sentido podría argumentarse que si el administrador comunicó la situación de conflicto en la que podría encontrarse si llegara a realizar determinada transacción, proporcionó la información precisa y solicitó la correspondiente autorización de la compañía, ésta no podrá luego reclamarle responsabilidad alguna en razón de la infracción de las prohibiciones que fueron dispensadas mediante un válido acuerdo social (de junta o de consejo, según sea el caso). No parece, sin embargo, que la dispensa pueda enervar la legitimación de la minoría (art. 239 LSC) y de los acreedores (art. 240 LSC) para ejercer la acción social de responsabilidad en las condiciones legalmente previstas. En otros términos: la dispensa regulada en el citado artículo 230.2 constituiría un acto especial de autorización, al que no cabría aplicar el artículo 236.2 de la misma ley (que, por lo demás, sólo se refiere a acuerdos de la junta, y no a acuerdos del consejo). Cuestión distinta es que la ratificación por la junta del eventual acuerdo de dispensa tomado por el consejo no exonere a los administradores de la responsabilidad derivada de la adopción de este último (en la medida en que su actuación no esté cubierta por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial: art. 226 LSC).

En lo que respecta a la restitución del enriquecimiento indebido (*infra*, 3b), habría que entender que la autorización válidamente otorgada comporta la renuncia por parte de la sociedad a ejercer tal acción.

3. Consecuencias de la infracción del deber de lealtad

Sin perjuicio de la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta o del consejo que dispensen al administrador de la prohibición de realizar transacciones con la sociedad (normalmente por lesionar el interés social, lo que incluye los acuerdos impuestos por la mayoría en detrimento injustificado de la minoría), cabe destacar las siguientes consecuencias de una eventual infracción del deber de lealtad:

- a) De carácter *indemnizatorio*.

De conformidad con el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores responderán de los daños que causen por actos u omisiones realizados incumpliendo su deber de lealtad. Debe observarse que puede haber casos en los que la infracción del deber de lealtad no cause ningún daño a la sociedad (piénsese, por ejemplo, en que se obtengan ventajas o remuneraciones de terceros: art 229.1e LSC). En el supuesto que analizamos, resulta posible que la transacción no autorizada efectuada en violación del deber de lealtad no genere daños (si el administrador, a pesar del conflicto de intereses, no antepuso sus intereses a los de la compañía). Obviamente, si no hay daños, no procederá exigir responsabilidades, por mucho que se haya infringido el deber de lealtad.

- b) De carácter *restitutorio*.

Según dispone el artículo 227.2 de la citada ley, la infracción del deber de lealtad hará nacer junto con la obligación de indemnizar el eventual daño causado al patrimonio social también la de devolver

a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. De esta forma, la sociedad puede exigir del administrador las cantidades que éste haya obtenido merced a su conducta desleal y que, de acuerdo con las reglas generales de gestión de intereses ajenos, deberían corresponder a la sociedad. Esta acción es independiente de la de responsabilidad: hay hipótesis en las que no se habrán producido daños pero será exigible la restitución de los beneficios obtenidos (como las apuntadas más arriba) y, viceversa, hay supuestos en los que procede reclamar una indemnización pero no hay enriquecimiento ni, en consecuencia, nada que devolver (por ejemplo si, con consecuencias lesivas, el administrador difunde, sin recibir a cambio ninguna ventaja, información sobre la que debería guardar secreto).

Debe recordarse que la acción de devolución del enriquecimiento tiene presupuestos diferentes de los que tiene la acción de responsabilidad indemnizatoria. Muy señaladamente, no hace falta probar el daño. Por eso, el reconocimiento del derecho a obtener la restitución de los beneficios obtenidos por el administrador desleal se muestra especialmente útil para superar las dificultades de prueba del lucro cesante (piénsese en el caso del uso de activos sociales con fines privados o en el de aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad) o, en general, de la existencia de cualquier daño (obtención de ventajas de terceros o invocación de la condición de administrador).

c) De naturaleza *impugnatoria*.

Los actos efectuados por el administrador en violación de su deber de lealtad pueden ser objeto de acciones tendentes a que se declare su ineficacia (*vid.* art. 236 LSC). Ello abre la puerta al ejercicio de acciones de nulidad de los negocios realizados contraviniendo las obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se pueden basar en la ilicitud de la causa (lo que ya se había reconocido en ocasiones: SSTS de 30 de octubre de 1982 [RJ 1982/5579], 16 de abril de 1986 [RJ 1986/1854], 8 de abril del 2013 [RJ 2013/4597] y 23 de septiembre del 2014 [RJ 2014/5044]).

La figura del llamado «presidente ejecutivo» en las sociedades cotizadas

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El problema de la acumulación de los cargos de presidente del consejo de administración y de primer ejecutivo de la compañía ha estado siempre presente en los documentos referidos al gobierno corporativo. Por ceñirnos a nuestro país, cabe recordar el epígrafe 3.2 del llamado *Informe Olivencia*, el apartado IV.4 del *Informe Aldama*, la recomendación 16 del Código Unificado de Buen Gobierno (versión del 2013) y el principio 16 y las recomendaciones 33 y 34 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas del 2015 (CBGSC).

En todos estos textos se llama la atención acerca de la dificultad de decidir sobre si resulta oportuno separar o acumular los cargos de presidente del consejo y de consejero ejecutivo de la sociedad, y en todos se pone de manifiesto que cualquiera de las dos soluciones presenta ventajas e inconvenientes. Por ello han venido adoptando una posición de *neutralidad* o equidistancia por cuanto se abstienen de recomendar dicha separación. Ahora bien, esa neutralidad debe ser entendida en sus justos términos, puesto que en los documentos referidos se aconseja adoptar medidas que eviten el riesgo de la excesiva concentración de poder cuando ambos cargos se acumulan en una misma persona (medidas que se articulan en torno a la designación de un consejero coordinador —*lead independent director*— entre los independientes)¹.

2. El *Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo* del 2013 abordó este problema para resolver que no existe evidencia concluyente de que la separación de las funciones de presidente del consejo y de consejero ejecutivo presente ventajas notables sobre la acumulación. Por ello se renunció a recomendar el establecimiento de una regla imperativa de incompatibilidad, aunque sí se consideró oportuno proponer que se introdujera en la legislación de sociedades —como medida de contrapeso para los casos de acumulación— la figura ya mencionada del «consejero coordinador».

Tal sugerencia ha sido acogida en el nuevo artículo 529 *septies* de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo:

Artículo 529 septies. Separación de cargos.

1. Salvo disposición estatutaria en contrario, el cargo de presidente del consejo de administración podrá recaer en un consejero ejecutivo. En este caso, la designación del presidente requerirá el voto favorable de los dos tercios de los miembros del consejo de administración.
2. En caso de que el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo, el consejo de administración, con la abstención de los consejeros ejecutivos, deberá nombrar necesariamente a un consejero

¹ Rec. 16 del Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG): «Que, cuando el presidente del consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el consejo de su presidente».

coordinador entre los consejeros independientes, que estará especialmente facultado para solicitar la convocatoria del consejo de administración o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de un consejo ya convocado, coordinar y reunir a los consejeros no ejecutivos y dirigir, en su caso, la evaluación periódica del presidente del consejo de administración².

3. El sentido general del precepto es doble. Por un lado se formula expresamente una norma declarativa de la compatibilidad de los cargos o funciones: un consejero ejecutivo podrá ser nombrado presidente del consejo (salvo disposición en contra de los estatutos). Por otro, se establecen ciertas cautelas referidas al propio procedimiento de nombramiento de presidente por el consejo (mayoría reforzada) y a la necesaria presencia de una peculiar figura: el consejero coordinador. La idea es que este último pueda contribuir a que el consejo actúe como un verdadero órgano colegiado y a que pueda cumplir las funciones de órgano supervisor propias de un sistema «monista revisado» (o de «dualismo funcional») como el que es propio de las sociedades cotizadas españolas (en las que el consejo de administración tiende a configurarse como un órgano no gerencial, sino más bien supervisor o de control de lo llevado a cabo por los directivos o ejecutivos —sean o no consejeros—).

Estas medidas —especialmente la segunda— tienden a evitar las eventuales consecuencias perniciosas que podría tener la excesiva acumulación de poder en una sola persona, especialmente cuando ese sujeto desarrolla una actividad (en cuanto consejero ejecutivo) que ha de quedar sometida, precisamente, al control del órgano que él preside y dirige. Como explica el *Informe Olivencia*, de lo que se trata es de crear contrapesos que permitan al consejo funcionar con mayor independencia del equipo de gestión y conservar su capacidad para fiscalizarlo.

A continuación analizaremos someramente el régimen legal previsto para tratar este espinoso asunto.

4. Como se apuntó más arriba, la Ley de Sociedades de Capital parte de un principio de permisividad: el cargo de presidente del consejo puede recaer en un consejero ejecutivo. Así pues, la ley no impide que un miembro de la «dirección» pueda ser, al mismo tiempo, quien dirija e impulse la actividad del consejo de administración.

- 4.1. En rigor, la norma no era necesaria, especialmente a la vista del artículo 529 *sexies*.1 de la Ley de Sociedades de Capital, precepto que no contiene restricción alguna relativa a las cualidades del consejero que haya de ser designado presidente del consejo. Merece la pena observar, con todo, que, por excepción a esta regla general, el artículo 29.4 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, dispone que el presidente del consejo de administración de una entidad de crédito no podrá ejercer simultáneamente el cargo de consejero delegado, salvo que la entidad lo justifique y el Banco de España lo autorice.

Tampoco parece preciso dejar expresamente a salvo cualquier disposición contraria de los estatutos, ya que probablemente nadie dudaría de que éstos pueden, efectivamente, establecer otra cosa (por ejemplo, pueden prohibir la acumulación de cargos, con mayor o menor amplitud subjetiva —entre presidente y miembros de la dirección ejecutiva, o sólo entre presidente y primer ejecutivo...—). Lo que no cabe es deducir de esa precisa referencia a la reglamentación estatutaria que sólo en este texto puede encontrarse la prohibición de acumulación de cargos. En otras palabras: parece que debe asumirse que, ante el silencio estatutario, también el propio reglamento del consejo podría incorporar eficazmente semejante prohibición.

- 4.2. Obsérvese que la Ley de Sociedades de Capital no se limita a prever el supuesto de acumulación de los cargos de presidente del consejo y de «primer ejecutivo» de la sociedad, sino que, en rigor, su ámbito de aplicación se extiende a todos los casos en los que sea nombrado presidente cualquier consejero ejecutivo. Aunque, obviamente, la primera hipótesis sea la que reclame mayor atención porque en ella se agudizan los riesgos que se han de evitar, la amplitud con la que es

² La norma se corresponde con el artículo 283.22 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

concebido el supuesto de hecho de la norma denota la preocupación por garantizar que la función de supervisión del consejo se efectuará con las menores «interferencias» de los consejeros ejecutivos.

A este respecto debe recordarse que, según establece el artículo 529 *duodecies*.1 de la Ley de Sociedades de Capital, se consideran consejeros ejecutivos aquellos que desempeñan funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. Por tanto, el artículo 529 *septies* no se aplicará sólo a los casos de acumulación de la condición de presidente y de la de consejero delegado, sino también a otros supuestos en los que el consejero (aun sin ostentar una delegación orgánica) desempeñe funciones directivas en calidad, por ejemplo, de director general o gerente. Parece que la norma entrará también en juego cuando se designe como presidente a quien forme parte de órganos colegiados delegados (comisión ejecutiva).

- 4.3. Para que el consejo, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, pueda designar a un consejero ejecutivo como presidente deberá alcanzarse el voto favorable de los dos tercios de sus miembros (por tanto, no bastará en este caso particular la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión —art. 248.1 LSC—). La exigencia de esta mayoría reforzada (coincidente con la exigida en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital³ para el nombramiento de consejero delegado) constituye una de las garantías con que se rodea la admitida acumulación de cargos y pone de manifiesto la trascendencia (por los riesgos que comporta) que la ley atribuye a esta situación.

En todo caso debe recordarse que, literalmente, la votación para la que se necesita esta mayoría es la referida a la designación de presidente del consejo. Si de lo que se trata es de atribuir funciones ejecutivas al ya presidente del consejo mediante su nombramiento como consejero delegado, será aplicable la misma mayoría, pero en este caso en virtud del artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital⁴. La duda surge si lo que se pretende es convertir al presidente (que antes no lo fuera) en consejero ejecutivo sin acudir al expediente de la delegación orgánica. Por ejemplo, nombrándolo director general o gerente con poderes generales. El respeto a la finalidad de la norma quizás debería llevar a considerar que habría de requerirse para ese nombramiento el mismo apoyo reforzado en el seno del consejo.

5. La principal medida prevista por de la Ley de Sociedades de Capital para salvaguardar la función supervisora y de control del consejo consiste en la exigencia de nombramiento de un consejero coordinador (*lead director* o *senior director*) cuando el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo. Este coordinador será elegido de entre los consejeros independientes (*vid.* art. 529 *duodecies*.4 LSC) por los consejeros no ejecutivos (dominicales, independientes y otros consejeros externos).
 - 5.1. El nombramiento de un consejero coordinador no es una opción para las sociedades cotizadas. Debe efectuarse necesariamente. Tanto da que se nombre presidente a un consejero ejecutivo como que se atribuyan funciones de dirección al presidente. Debe observarse que la ley no determina un plazo para llevar a cabo el nombramiento. Puede hacerse al mismo tiempo que se acuerda la designación del presidente, la delegación o el apoderamiento; pero parece también posible hacerlo con posterioridad, siempre que el tiempo que medie sea razonable (por ejemplo, el presidente ejecutivo debería incluir este asunto en el orden del día de la siguiente reunión del

³ Con la particularidad, carente de trascendencia interpretativa, de que en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital se habla de *componentes* y no de *miembros* (si bien es de notar que este último es el término utilizado por el artículo 249.3 cuando fija la mayoría precisa para la aprobación por el consejo del contrato entre el consejero con funciones ejecutivas y la sociedad).

⁴ Ello siempre que se estime que el designado como delegado no se ve sujeto al deber de abstención en cuanto al acuerdo de delegación (deber que sí le afectaría en lo relativo a la aprobación del contrato específico que ha de celebrar con la sociedad en esta nueva condición, *ex arts.* 228c y 249.3 LSC).

consejo). El hecho de que se retrase la designación de este consejero coordinador no parece que sea suficiente como para fundamentar la impugnación de los acuerdos del consejo adoptados entretanto.

- 5.2. Obsérvese, a este respecto, que la ley se refiere a un acuerdo del propio órgano de administración y no de los consejeros no ejecutivos, por lo que la adopción del acuerdo de nombramiento deberá ajustarse a las reglas legales, estatutarias y reglamentarias de funcionamiento ordinario del órgano. Esta consideración evidencia lo desafortunado de la fórmula legal en cuanto se refiere a la «abstención» de los consejeros ejecutivos. Dada la norma general del artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital (que exige que los acuerdos del consejo se adopten por mayoría absoluta de los concurrentes), resultaría, de entenderse literalmente el artículo 529 *septies.2* de la misma ley, que los consejeros ejecutivos presentes computarían en contra del acuerdo (de cualquier acuerdo de nombramiento), pudiendo obstaculizar su adopción. Como esto no responde a ningún interés protegible, parece que lo lógico será interpretar la norma en el sentido de que los consejeros ejecutivos se considerarán como no concurrentes en lo que concierne específicamente al acuerdo de nombramiento del consejero coordinador, con lo que, para designarlo, bastará la mayoría absoluta de los consejeros no ejecutivos concurrentes a la sesión del consejo.
- 5.3. Sin perjuicio de las facultades que le pueda atribuir el reglamento del consejo, el artículo 529 *septies.2* de la Ley de Sociedades de Capital establece que el consejero coordinador estará especialmente facultado para lo siguiente:

- a) Solicitar la convocatoria del consejo (no, por tanto, para convocarlo directamente, ya que semejante función corresponde en exclusiva al presidente —o, en su caso, al vicepresidente—, con la excepción del especial supuesto previsto en el artículo 246.2 LSC). Naturalmente, el presidente deberá hacer constar en el orden del día de la convocatoria los asuntos propuestos en la solicitud. Del mismo modo, resulta razonable entender que, ante una eventual desatención de la correspondiente solicitud, podrá recurrirse a una convocatoria judicial del consejo.
- b) Solicitar la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de un consejo ya convocado; resulta conveniente que este derecho de «completar» la convocatoria se regule en sus detalles en el reglamento del consejo (especialmente en lo que se refiere al plazo para ejercerlo). La ley no especifica las consecuencias de un incumplimiento por parte del presidente, pero puede plantearse si no desembocaría en la ineficacia de todos los acuerdos adoptados (arg. anal. *ex arts.* 172.2 y 519 LSC).

Estas dos facultades relacionadas con la convocatoria y el orden del día del consejo constituyen instrumentos útiles para asegurarse de que el consejo aborda en sus reuniones asuntos relevantes para la compañía, con independencia del interés que tengan en tratarlos los consejeros ejecutivos.

- c) Coordinar y reunir a los consejeros no ejecutivos. Ésta es quizás la función en la que más claramente se aprecia el significado de la figura del *consejero coordinador*: ha de procurar, ejerciendo el liderazgo del grupo, que los consejeros no ejecutivos puedan desarrollar su función de supervisión de la dirección, impulsando incluso reuniones para precisar criterios, intercambiar opiniones y fijar posiciones sin interferencias ni influencia de los ejecutivos de la compañía.
- d) Dirigir la evaluación periódica del presidente del consejo. Según el artículo 529 *nonies* de la Ley de Sociedades de Capital, el consejo de administración deberá realizar una evaluación anual de su funcionamiento y del de sus comisiones. Sin embargo, la evaluación del presidente del consejo no se considera preceptiva en la legislación española, por coherente

y conveniente que pueda resultar⁵. De ahí probablemente que, al referirse a esta última competencia del *consejero coordinador*, la ley incluya la salvedad «en su caso»: le corresponderá dirigir la evaluación periódica del presidente del consejo *en el caso* de que dicha evaluación esté prevista (como voluntaria u obligatoria) en las normas internas de la compañía. Y es que no resulta adecuado que, cuando proceda la evaluación, sea el propio evaluado quien dirija las actuaciones del órgano destinadas a evaluarlo.

⁵ Por más que se advierta en el CBGSC una pretensión por recalcar su importancia de cara al eficaz funcionamiento de los consejos de administración de las sociedades cotizadas. De hecho, el principio 18 y la recomendación núm. 36 reconocen expresamente la conveniencia de llevar a cabo una evaluación anual individualizada de los consejeros (con especial hincapié en la del presidente, sea o no «primer ejecutivo» de la entidad).

La reforma de la retribución de los administradores de las sociedades de capital

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El nuevo régimen de retribución de los administradores ha generado gran interés en la práctica, pues es un tema que tradicionalmente ha planteado problemas sobre cuestiones esenciales (naturaleza jurídica de la relación de administración), que se extendieron al ámbito laboral y fiscal (doctrina del vínculo).

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece ahora que no se considerarán liberalidad las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad (art. 15.3e, último inciso). Esto implicará cierta relajación en lo que se refiere al cumplimiento de la regulación mercantil por los operadores, ya que el verdadero incentivo estaba en la deducibilidad fiscal. Aun así, conviene obrar con prudencia. No es posible descartar *a priori* todo riesgo de contingencia fiscal por este motivo y, en muchos casos, no se podrá afirmar que el administrador desempeña funciones de alta dirección ni que su relación con la sociedad sea laboral.

En las líneas que siguen analizaremos los aspectos societarios de la nueva regulación a partir de la distinción principal entre los diferentes sistemas de organización de la administración (estructura simple o compleja). La cuestión más conflictiva se refiere a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos, que en nuestra opinión hay que resolver mediante la interpretación sistemática del régimen general (arts. 217 a 219 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital o LSC) y el especial aplicable a las sociedades cotizadas (art. 529 *septdecies*, *octodecies* y *novodecies*). En conexión con ello expondremos algunas consideraciones sobre el nuevo contrato de administración.

2. Sistemas de estructura simple

Las reglas básicas sobre retribución de los administradores no han variado en lo esencial cuando se trata de un administrador único, solidarios, mancomunados o consejo de administración sin delegación de facultades ni atribución de funciones ejecutivas a uno o varios consejeros determinados.

Se mantiene la regla de que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el *sistema* de remuneración (art. 217.1 LSC) y prevean el *concepto o conceptos retributivos* a percibir por los administradores, sea una cantidad fija, variable, dietas, indemnizaciones, etc. (art. 217.2 LSC).

La junta general debe aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, que permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación (*v. gr.*, retribución variable con un máximo del doble o triple de la retribución fija). La distribución entre los administradores, cuando sean varios, se decidirá por acuerdo de éstos según sus respectivas funciones, salvo disposición distinta de la junta general (art. 217.3 LSC). También se mantienen las especialidades de la remuneración mediante participación en beneficios y la vinculada a las acciones de la sociedad (arts. 218 y 219 LSC).

La principal novedad reside por tanto en la disposición de un límite legal «programático» a la retribución en función de la importancia de la sociedad, la situación económica y los estándares de mercado de

empresas comparables (art. 271.4 LSC). También es destacable, aunque está regulado entre los deberes de fidelidad, la prohibición expresa de recibir *retribuciones externas*, esto es, la prohibición de obtener ventajas o remuneración de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía o lo autorice la sociedad (art. 229 e LSC).

Cabe señalar, por último, que el régimen legal —estatutario— de retribución de los administradores se aplica a las retribuciones percibidas por el desempeño de las funciones propias de la administración de la sociedad. Las retribuciones percibidas por funciones ajenas o accesorias a las orgánicas (*v. gr.*, servicios de ingeniería, dirección de obra, asesoramiento jurídico, etc.) quedan excluidas de este régimen. El establecimiento o la modificación de las condiciones de estos contratos de prestación de servicios deberán contar con el acuerdo de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 220 LSC) y, en todos los tipos societarios, deberán observarse los deberes de abstención de los administradores con conflicto de intereses (art. 229 LSC).

3. El consejo de administración con delegación de funciones

3.1. Exposición general del sistema

La regulación que plantea más problemas en la praxis es la que afecta al consejo de administración con delegación o atribución por otro título de funciones ejecutivas en uno o varios consejeros (art. 249.1 LSC).

Las retribuciones de los consejeros delegados o de los consejeros a quienes se atribuyan funciones ejecutivas por cualquier otro título (apoderamiento en el sentido de mandato) han de constar en un *contrato de administración* firmado con la sociedad, que deberá ser redactado por escrito, ser aprobado previamente por el consejo (mayoría de dos tercios con abstención del afectado) e ir unido al acta como anejo (art. 249.3 LSC).

Se trata de todo tipo de retribuciones (*v. gr.*, en especie, planes de pensiones y de ahorro, indemnizaciones por cese, pagos derivados de la prohibición de competencia postcontractual, etc.) por el desempeño de funciones ejecutivas de dirección (es decir, al más alto nivel en el organigrama empresarial y con plena autonomía y responsabilidad). Las retribuciones que no consten en el contrato debidamente aprobado se considerarán ilícitamente percibidas y deberán ser devueltas a instancias de cualquier legitimado, aunque es razonable pensar que, al menos en las relaciones internas, los litigios que puedan surgir acabarán resolviéndose del mismo modo en que se hacía con anterioridad a la reforma (*v. gr.*, aplicación de la doctrina de los propios actos).

La cuestión más conflictiva consiste en determinar si los conceptos relativos a estas retribuciones deben constar en los estatutos y su cuantía máxima conjunta anual debe ser aprobada por la junta general o, por el contrario, sólo han de constar en el contrato de administración debidamente aprobado por el consejo.

Es una cuestión que, en nuestra opinión, hay que resolver mediante el análisis de la construcción dogmática sobre la que se justificó la propuesta de reforma, que parte de la distinción entre dos tipos de relaciones jurídicas:

- La relación que surge como consecuencia del nombramiento de los consejeros por la junta general se califica de «originaria» y se reconoce su naturaleza contractual-societaria (relación de los consejeros «en su condición de tales»). Esta relación se regiría por la Ley de Sociedades de Capital y los estatutos.
- La relación establecida por el propio consejo como consecuencia de la delegación de funciones o la atribución de funciones ejecutivas por cualquier otro título en uno o varios consejeros determinados se califica de «derivada» y su naturaleza jurídica varía según el caso. Desde este punto de vista, se ha sugerido que la relación de los administradores ejecutivos podría

considerarse laboral de alta dirección si concurren los requisitos para ello (consejeros delegados o ejecutivos). En apoyo de esta idea se llegará a decir (ya se ha dicho) que el Estatuto de los Trabajadores (art. 1.3) excluye el carácter laboral del desempeño del cargo de «mero consejero» y que un consejero que desarrolla funciones ejecutivas no es tal. De este modo, se habrá cuadrado el círculo argumentativo y se habrá convertido a los consejeros que actúan con autonomía en defensa del interés social en directivos sujetos a instrucciones de obligatorio cumplimiento (como si no fueran consejeros).

La idea que parece más extendida es que, conforme a la nueva regulación, la relación originaria (la de los consejeros «en su condición de tales») estaría regulada en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, de modo que sólo respecto a esa relación regirán las reglas de previsión estatutaria de los conceptos retributivos y de fijación de la cuantía máxima de la retribución conjunta anual en junta general. Los consejeros ejecutivos no estarían afectados por esta disposición porque las funciones ejecutivas no quedarían comprendidas en las funciones propias de los consejeros «en su condición de tales». Es el propio consejo el que determinará conceptos retributivos y fijará su retribución (art. 249.3 LSC).

El resultado es que, en el modelo legal, los socios de sociedades cerradas habrían quedado apartados de toda intervención en lo que se refiere a la fijación de la retribución de sus consejeros ejecutivos (incluidas las indemnizaciones por cese).

Aunque resulte paradójico, en las sociedades cotizadas no ocurre esto porque la regulación especial contiene un meditado sistema de distribución de funciones y competencias entre la junta general y el consejo de administración en lo que se refiere a la retribución de los consejeros que permite controlar la retribución de los ejecutivos.

La propia ley parte del carácter remunerado del cargo (art. 529 *sexdecies*) y establece reglas distintas para la remuneración de los consejeros en su condición de tales (art. 529 *septdecies* LSC) y los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas (art. 529 *octodocies* LSC).

La junta general de las sociedades cotizadas aprobará la política de remuneraciones (para un máximo de tres ejercicios) de los consejeros, que comprende: *a*) respecto de los meros consejeros, «el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición» (art. 529 *septdecies*, aptdo. 1, la distribución corresponde al consejo); *b*) respecto de los consejeros ejecutivos, la determinación de la «retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiera», así como los «parámetros para la fijación de los componentes variables» y los «términos y condiciones principales de sus contratos» (art. 529 *octodocies*, aptdo. 1).

3.2. Consideraciones críticas

La exclusión de toda competencia de los socios de las sociedades no cotizadas en una cuestión constitucional, como es la retribución de sus consejeros ejecutivos, no cuadra con los principios elementales de toda organización corporativa ni con el propio sistema legal.

El artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a hacer constar en los estatutos el carácter retribuido del *cargo de administrador*, no distingue entre consejeros en su condición de tales y consejeros ejecutivos y, por mucho empeño que se ponga, no se podrá negar que el consejero ejecutivo es administrador y actúa en el desempeño del cargo como administrador.

La argumentación relativa al carácter derivado y naturaleza contractual variable de la relación surgida como consecuencia del acuerdo de delegación de facultades o de la atribución de funciones ejecutivas no está generalmente aceptada ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencial españolas como para considerar que la norma deba interpretarse a su tenor (*cf.* la Propuesta de Código Mercantil). Es más, si así fuera, las consecuencias irían mucho más allá de la retribución

(eficacia de la delegación en materia de solidaridad en la responsabilidad, eficacia exoneratoria de las instrucciones, etc.).

No se entiende que, si los socios pueden revocar *ad nutum* a los administradores (como una medida de control indirecto de la gestión), se encuentren con la obligación de pagarles las indemnizaciones por cese pactadas en los contratos suscritos por el propio consejo sin previsión estatutaria o sin acuerdo de la junta general al respecto. Por otro lado, los operadores se preguntan, con razón, sobre la compatibilidad entre una cláusula estatutaria que disponga el carácter gratuito del cargo de administrador y la fijación de retribuciones en los contratos aprobados por el consejo conforme al artículo 249 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.

Es razonable por ello que se plantee (ya se ha planteado) una interpretación de estas normas que sea coherente con esos principios elementales y con la pretendida finalidad de la reforma, supuestamente dirigida a mejorar (y no a empeorar) las reglas de gobierno corporativo de todas las sociedades de capital.

La interpretación conjunta de ambas regulaciones podría llevar a la conclusión de que la referencia en la parte general a la retribución de los administradores «en su condición de tales» que contienen los artículos 217.2 y 217.3 de la Ley de Sociedades de Capital para todos los sistemas de organización de la administración cumple la función de advertir que esas reglas se aplican sólo a las retribuciones percibidas por el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo y no a las percibidas por el desempeño de funciones accesorias a las orgánicas. Esta distinción aparece a menudo en las cláusulas estatutarias de modo innecesario, como a veces ha tenido que aclarar la Dirección General de los Registros y del Notariado ante las dificultades surgidas en la praxis societaria.

La expresión utilizada permitiría al mismo tiempo integrar el régimen general con las reglas especiales sobre retribución de los consejeros de sociedades cotizadas. Como no se ha utilizado un sistema de regla-excepción habría sido necesario destacar sistemáticamente, en la parte general, que sólo la retribución de los consejeros con funciones de supervisión en las cotizadas (los consejeros «en su condición de tales» según los define el artículo 529 *septdecies*) debe estar prevista necesariamente en los estatutos y que su cuantía máxima para cada ejercicio debe ser aprobada por la junta general. Tal necesidad sistemática no existe en la parte general donde se reconoce la gratuidad como regla del desempeño del cargo y no se distingue legalmente entre categoría de consejeros ejecutivos y no ejecutivos (art. 529 *duodecies*).

La atribución de competencia al consejo para fijar los términos y condiciones de los contratos de administración de los consejeros ejecutivos (en la relación «derivada») para todas las sociedades de capital no implica de por sí la exclusión de toda intervención de los socios en este aspecto importantísimo de la relación de administración. Son cuestiones distintas. Es lógico hacer residir en el consejo la negociación y la fijación técnica de las condiciones de los contratos de administración en condiciones de mercado (como se hace con los altos directivos), pero eso no es incompatible con la idea de reservar a los socios la competencia de aprobar el importe máximo que estén dispuestos a pagar al conjunto de sus administradores y que la forma en que se les retribuye sea predispuesta por los socios en los estatutos (*v. gr.*, si cabe retribución variable conforme a objetivos de negocio, que redundará en una gestión más o menos arriesgada y en el fomento o no de la rentabilidad a corto plazo). La propia exposición de motivos de la ley de reforma destacaba expresamente la necesidad de constancia estatutaria de los conceptos retributivos de los consejeros con funciones ejecutivas.

Las dos interpretaciones entran a nuestro juicio dentro del posible tenor literal de la ley. Por eso parece aconsejable, en ausencia de un régimen completo de distribución de funciones y competencias para las sociedades cerradas, que la interpretación y aplicación de estas normas se haga del modo más coherente en materia de buen gobierno corporativo. Esto exige no orillar la intervención de los socios en una cuestión trascendental.

3.3. *El contrato de administración*

La obligación de formalizar por escrito los contratos de administración —que no se depositan ni se inscriben en el Registro Mercantil— es un aspecto positivo de la reforma. Se trata de una práctica ampliamente extendida en los ordenamientos de nuestro entorno y que aporta una buena dosis de seguridad jurídica, con independencia de cuál sea la estructura elegida para la organización de la administración.

En nuestra opinión, este contrato participa de la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios y está coligado con la relación orgánico-legal de administración mediante un vínculo de subordinación funcional (es accesorio y depende funcionalmente de la relación orgánica).

El contrato puede servir para establecer pactos de fijación de la situación jurídica anterior a la firma del contrato (cuando la relación laboral se deba considerar suspendida o extinguida), cláusulas de exclusividad o permanencia, cláusulas penales para el caso de infracción de la prohibición de competencia o en general de los deberes de lealtad, una definición más precisa o configuración contractual de los deberes de confidencialidad de los consejeros, la prohibición de competencia postcontractual, el uso de bienes sociales, cláusulas sobre cambio de control, el tratamiento contractual de supuestos de incapacidad temporal o extinción del contrato por fallecimiento, la aclaración de la justa causa de la resolución o desistimiento unilateral del contrato, el compromiso de la sociedad de suscribir pólizas de *D&O* (directivos y administradores) como tomador, etc.

Cabe señalar por último que, conforme a las reglas generales en materia de Derecho transitorio (disp. trans. segunda del Código Civil), parece posible afirmar que, al menos en la relación interna, los contratos ya establecidos no deberían verse afectados y que sólo será necesaria la sujeción al nuevo régimen legal cuando se disponga su modificación o extinción. No obstante, los términos tan estrictos con los que se ha pronunciado el legislador respecto a la ilicitud de la retribución que no conste en el contrato y el hecho cierto de que los contratos suscritos con anterioridad a la reforma no cumplen en muchos casos los requisitos impuestos por la regulación anterior aconsejan en todo caso su revisión y adecuación a la nueva normativa.

Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital prevé la ampliación del listado de las competencias expresas de la junta general para incluir algunas de las decisiones tradicionalmente encuadradas en el ámbito de las denominadas competencias implícitas o no escritas de la junta en materia de gestión. Se trata de decisiones que, aun encuadrables funcionalmente en el ámbito de la actividad gestora, afectan de modo sensible a la posición jurídico-económica de los socios y por eso requieren que éstos manifiesten su consentimiento.

En todas las sociedades de capital la junta debe decidir sobre la «adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», norma que se acompaña de una presunción sobre el carácter esencial del activo «cuando el importe de la operación supere el 25 % del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado» (letra *f* del nuevo art. 161).

En el ámbito de las sociedades cotizadas se ha optado por seguir literalmente la recomendación tercera del Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (de 19 de mayo del 2006) y hacer constar la competencia expresa de la junta para la adopción de acuerdos sobre asuntos con eficacia similar a la de las modificaciones estructurales o que tengan una eficacia similar a la liquidación. Para estas sociedades se declara expresamente que la junta deberá decidir sobre operaciones que supongan la «transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas o cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad» (aptdo. 1, letras *a* y *b* del nuevo art. 511 *bis*). También tiene su presunción: «Se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el 25 % del total de activos del balance» (aptdo. 2 del art. 511 *bis*).

La regla del apartado 1a del artículo 511 *bis* comprende todas las operaciones que consistan en llevar una parte esencial del negocio de la matriz a una filial o a subfiliales en un grupo con estructura vertical. Estas operaciones requieren acuerdo de la junta general de la matriz porque afectan a la posición de control de los socios respecto de la gestión de los activos realizada por los administradores, que se mediatiza y se convierte en indirecto o doblemente indirecto (*v. gr.*, el traslado de la actividad desarrollada por la filial a una subfilial implica que ya no será controlada por los administradores de la matriz, sino que habrá un intermediario que es el administrador de la subfilial).

En las líneas que siguen analizaremos los aspectos fundamentales de la reforma desde una doble perspectiva: en la relación interna plantea cuestiones relativas a la impugnación y responsabilidad de los administradores que incumplan el deber de recabar el consentimiento de los socios; en las relaciones externas afecta a la válida vinculación de la sociedad frente a terceros. La cuestión de las competencias de la junta en cuanto a la remuneración de los administradores tanto en sociedades cotizadas como cerradas (letra *c* del art. 511 *bis* y art. 217.2 LSC) queda remitida al apartado de este trabajo en el que daremos cuenta de este importantísimo aspecto de la nueva regulación.

2. La distribución de funciones y competencias entre órganos (eficacia interna)

2.1. Las competencias expresas e implícitas de la junta general

La nueva enunciación de las competencias expresas de la junta general (adición de la letra *f* en el artículo 160 y creación del art. 511 *bis*) no altera su caracterización como listado mínimo y abierto que sólo enuncia las facultades más emblemáticas de la junta general. La función de la norma dentro del sistema no ha variado: no se trata de delimitar de forma tasada las competencias de la junta general, sino de ofrecer un marco de referencia general de la competencia del órgano de los socios.

El último inciso del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital todavía reconoce que es competencia de la junta general resolver «cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos» y el artículo 161 de la misma ley extiende ahora a la sociedad anónima (incluso la cotizada) la facultad de impartir instrucciones a los administradores o de someter a su autorización determinados asuntos de gestión.

En consecuencia, la doctrina de las *competencias implícitas de la junta general* no ha sido derogada ni tipificada con pretensión de exhaustividad. Los administradores de todas las sociedades de capital continúan obligados a convocar la junta general para que resuelva sobre asuntos que, funcionalmente encuadrables en lo que podría denominarse la actividad de gestión de la empresa, puedan considerarse extraordinarios e incidir en los derechos o intereses de los socios por razones *cualitativas* (v. gr., modificaciones estructurales no tipificadas, modificación de hecho del objeto por el abandono de una actividad o el inicio de una nueva, cesión del control mediante la ampliación de capital en una filial, etc.) o *cuantitativas* (v. gr., gravamen masivo de activos sociales).

Por la misma razón, los administradores de una sociedad cerrada deberán todavía recabar el acuerdo de la junta general para efectuar *operaciones* que tengan eficacia liquidatoria o que supongan de cualquier manera una mediatización de la posición de socios, aunque no exista adquisición ni enajenación ni aportación de activos esenciales a una filial, ni se hayan hecho constar esas competencias en el artículo 160, sino sólo en el nuevo artículo 511 *bis* y sin necesidad de acudir a la analogía.

La infracción de los deberes de los administradores sobre la convocatoria de la junta general en caso de adopción de decisiones sobre materias reservadas a la competencia de la junta general de forma expresa o implícita se resuelve mediante la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad (cfr. SAP de Pontevedra de 24 de enero del 2008 sobre un acto con eficacia liquidatoria que motivó una acción individual de responsabilidad). Desde este punto de vista puede afirmarse, con carácter muy general, que la realización de estas operaciones sin el consentimiento de los socios puede suponer un incremento indebido del riesgo empresarial, de modo que el daño indemnizable pueda identificarse con la pérdida sufrida por la sociedad. En caso de vulnerarse una norma sobre atribución de competencia expresa a la junta general, la determinación de la antijuridicidad de la conducta de los administradores podrá basarse en la infracción de esa norma legal con el significado que esto ha adquirido a la vista del párrafo segundo del reformado artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital.

En lo que se refiere a la tutela real o impugnatoria y a su eficacia es preciso distinguir, pues la solución varía en función de si las competencias de la junta están expresamente reconocidas o no. Los derechos adquiridos por terceros de buena fe en el ámbito propio de la competencia de los administradores resultarán inatacables. La viabilidad de este tipo de acciones todavía plantea algunas cuestiones de interés como la aplicabilidad de los plazos para impugnar las decisiones del consejo de administración o la necesidad de reunir determinados porcentajes de participación en el capital social para ejercer acciones de esta naturaleza.

2.2. El concepto de «activos esenciales»

El contenido de la regulación y su aplicación en la *praxis* plantea algunos problemas derivados en buena medida de lo que se acaba de exponer. El más importante consiste en la interpretación del concepto «activos esenciales» del artículo 161, letra *f*, de la Ley de Sociedades de Capital y la función que cumple el umbral cuantitativo del valor en balance que establece el párrafo segundo de este artículo (*cf.* la equiparación que lleva a cabo al respecto el artículo 35 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

La conexión con la doctrina de las competencias implícitas en materia de actos de gestión extraordinaria permite afirmar que ha de tratarse de la adquisición, aportación a otra sociedad o enajenación de activos *esenciales* para los intereses de los socios. La presunción establecida en términos *cuantitativos* (operación de un valor superior al 25 % del valor de los activos según balance) no excluye que una operación pueda considerarse esencial por su importancia *cualitativa* (*v. gr.*, provoca una modificación de hecho del objeto) o porque, por otra razón, afecte de modo relevante a la posición de los socios por su capacidad de generar dividendo repartible (*v. gr.*, activo esencial para la rentabilidad de la empresa). El razonamiento debe hacerse también a la inversa: no será necesario recabar el acuerdo de los socios cuando la operación supere el umbral, pero no se pueda considerar en esa sociedad un acto de administración extraordinaria (*v. gr.*, venta de uno de los más valiosos inmuebles de una promotora inmobiliaria que simplemente desarrolla su objeto cuando lo transmite).

3. El acuerdo de la junta como requisito para la eficacia del contrato

La atribución expresa de competencia a la junta general para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales afecta al ámbito del poder legal de representación de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de instrucción o autorización de la junta general que imponen limitaciones voluntarias («sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234 LSC», dice el último inciso del artículo 161 LSC).

La infracción cometida por los administradores del deber de someter a la junta general una determinada decisión en materia de gestión porque afecta a la posición y a los intereses de los socios (competencias implícitas o no escritas) o porque así lo ha requerido u ordenado la junta (acuerdos de autorización o instrucción) podrá activar remedios a favor de aquéllos (responsabilidad, impugnación), pero la posición de los terceros adquirentes de buena fe resultará inatacable si el acto está encuadrado en el objeto social (art. 234 LSC). Por el contrario, la atribución de competencia legal expresa a la junta general para la adquisición, aportación o enajenación de activos esenciales afecta a la válida vinculación de la sociedad frente a terceros. La sociedad no quedará válidamente vinculada sin la intervención de la junta general, ya que las limitaciones que no son oponibles frente a terceros son las voluntarias y esta tiene origen legal (*cf.* párr. segundo del art. 234.1 LSC).

La falta de acuerdo de la junta general determinará un supuesto de mera ineficacia. Desde este punto de vista, el acuerdo no tiene por qué ser anterior al contrato de adquisición o enajenación (autorización), sino que puede ser posterior (convalidación o ratificación) y el contrato quedará suspendido en cuanto a sus efectos en tanto no recaiga el acuerdo válidamente adoptado por la junta general.

La interpretación de las presunciones legales sobre el carácter esencial de un activo o de una operación debe realizarse teniendo en cuenta la necesaria protección de terceros en lo que se refiere al ámbito del poder de representación de los administradores. En el apartado anterior hemos señalado que el carácter esencial de un activo (o de una actividad) no depende sólo de su valor contable, sino que puede resultar esencial por otros motivos (*v. gr.*, por la rentabilidad a corto que genera o porque afecta al desarrollo del objeto). Sin embargo, en lo que se refiere a la eficacia del contrato y a la válida vinculación de la sociedad, debe garantizarse la protección de aquellos terceros que (de buena fe) hayan adquirido derechos en operaciones cuyos valores, según los balances aprobados por la sociedad, no superen los límites legales (se presume que no son activos esenciales).

La *business judgment rule*

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha venido a dar nueva redacción al artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC):

La introducción de este precepto en el ordenamiento societario español supone el acogimiento expreso de la llamada «regla del juicio empresarial» o *business judgement rule*, acuñada ya hace años por los tribunales norteamericanos. Como es sabido, esta regla tiene —dicho sintéticamente— la función de evitar que, al enjuiciar la existencia o no de responsabilidad por negligencia de los administradores de sociedades, las decisiones de carácter empresarial de estos últimos terminen por ser sustituidas por las de los jueces. En suma, se trata de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de éste las decisiones genuinamente empresariales¹.

Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.
2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

El propósito de este documento es señalar las líneas fundamentales de esta anunciada novedad del régimen de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital. Para ello recordaremos, en primer lugar, algunas ideas generales sobre la lógica y la racionalidad que subyacen a la regla del juicio empresarial (*infra*, aptdo. 2). Seguidamente comprobaremos como, si bien hasta el momento nunca ha sido formulada legalmente de forma expresa, esta regla no resulta absolutamente desconocida por los tribunales (*infra*, aptdo. 3). Finalmente, y ya desde la consideración de la concreta formulación positiva del artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, trataremos de definir el ámbito de aplicación de la *business judgment rule* y de identificar los factores que deben concurrir para que entre en juego (*infra*, aptdo. 4).

¹ La relevancia de esta regla es enorme. Quizás en algunos casos se ha llegado a ponderar en exceso su importancia. Pero algunas afirmaciones resultan realmente ilustrativas. Así, se ha indicado lo siguiente: «The structure of corporation law is built on two grand rules limiting the liability of participants in the corporate enterprise. The first is the rule of limited liability of shareholders. The second is the rule limiting the liability of directors under the business judgment rule. Jointly these rules promote enterprise by allowing shareholders and directors to take risks without fear of catastrophic personal liability. Without them there would be no corporation as we know it. While the theory of shareholder limited liability is well understood today, we still lack a consensus on the theory of the relationship between the duty of care and the business judgment rule». (RHEE, «The tort foundation of duty of care and business judgment», *Notre Dame Law Review*, vol. 88-3, 2013, pág. 1140).

2. La función y el sentido de la regla del juicio empresarial

Según enseña la mejor doctrina, resulta conveniente, cuando no necesario, garantizar a los administradores de compañías que sus eventuales errores en la adopción de decisiones empresariales no derivarán de modo automático en su consideración como responsables frente a la sociedad o a sus accionistas por los daños sufridos a causa de tales equivocaciones. La razón de semejante afirmación no es difícil de comprender: si cualquier equivocación de los administradores de sociedades de capital en el terreno de la gestión de la empresa social fuera considerada una conducta negligente y, por tanto, desencadenante de su responsabilidad por los perjuicios causados, se estaría desincentivando gravemente la adopción de estrategias arriesgadas y se crearían estímulos para una gestión conservadora en lugar de para el impulso de proyectos innovadores (que, por supuesto, siempre comportan ciertos riesgos). Esto significa que un régimen de responsabilidad excesivamente riguroso en este campo que no procure un terreno seguro a los administradores no es necesariamente —contra lo que a primera vista pueda parecer— beneficioso para los socios. A éstos no les conviene (al menos con seguridad cuando la compañía en la que han invertido opera en sectores con potencial de crecimiento) que los gestores adopten sistemáticamente decisiones conservadoras con el único objetivo de evitar las pérdidas y, en definitiva, de salvar su responsabilidad.

Son imaginables diversos mecanismos (no necesariamente incompatibles entre sí) para restringir las posibilidades de éxito de las acciones de responsabilidad basadas en la adopción por los administradores de decisiones técnicas erróneas o equivocadas. Podría, por ejemplo, reducirse estatutariamente el estándar de diligencia exigible en el marco de la acción social de responsabilidad hasta hacer responsables a los administradores únicamente por culpa grave; o, igualmente, en relación con la acción social, podría limitarse el *quantum* máximo de responsabilidad de los administradores cuando la violación del deber de diligencia no fuera intencional (por el contrario, no será posible modificar estatutariamente el régimen de responsabilidad por deslealtad: *vid.* art. 230.1 LSC).

Pero es igualmente posible —y esto es lo que pretende el nuevo artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital— crear una suerte de «espacio de inmunidad», esto es, definir una esfera de la actividad de los administradores en la que, si se cumplen ciertos requisitos, sus decisiones empresariales no serán valoradas desde el punto de vista de la negligencia. Y ello con independencia de que los hechos demuestren finalmente que tales decisiones fueron, en realidad, equivocadas o erróneas. En suma, se trata de proteger, como indica la rúbrica del referido artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, la discrecionalidad empresarial. Esto es, de preservar, como ya señaló en su momento el *Informe Aldama*, «el ámbito de discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad», que no debe desaparecer bajo las exigencias derivadas del deber de diligencia (aptdo. 3.2.1, *in fine*). Y para ello se acude a la técnica de sustraer a los jueces (siempre que se den determinadas circunstancias) la facultad de determinar si las actuaciones llevadas a cabo en tal ámbito de discrecionalidad técnica han sido o no negligentes.

De esta manera los administradores pueden equivocarse en sus decisiones sin tener que asumir responsabilidades por los daños causados por el error de juicio cometido. Pero, obviamente, no de manera incondicional. Como veremos más adelante (*infra*, aptdo. 4), esta «inmunidad» sólo se concede si actuaron lealmente, habiéndose informado convenientemente y con respeto a los procedimientos establecidos para la toma de decisiones.

Conviene insistir en que con la regla del juicio empresarial no se persigue crear ningún tipo de privilegio a favor de cierta «clase» (los administradores sociales) y en perjuicio de los accionistas o de los acreedores sociales. Antes al contrario, un examen detenido de las implicaciones que comporta conceder protección a la discrecionalidad técnica de los administradores pone de manifiesto como, típicamente, los riesgos son más reducidos de lo que habitualmente se piensa (los administradores no tienen especial estímulo para llevar a cabo conductas negligentes y, en todo caso, existen otros mecanismos —especialmente en el ámbito de los mercados de valores— que desincentivan estas conductas). Y, en todo caso, tales riesgos resultan perfectamente asumibles si se comparan con las ventajas potenciales (impulso de estrategias empresariales innovadoras) y la eliminación de otros inconvenientes (deserción

de administradores capaces por el riesgo de ser considerados responsables, necesidad de incrementar las retribuciones para compensar dicho riesgo, excesiva prudencia y cautela en la toma de decisiones —«gestión defensiva»—, etc.).

3. La previa recepción de la *business judgment rule* en la doctrina de los tribunales

La idea de que el juicio de oportunidad inherente a las decisiones empresariales de los administradores no debe ser sustituido por el juicio de oportunidad del juez no es en absoluto ajena a la práctica de los tribunales españoles. De hecho, ha sido manifestada de una forma u otra repetidamente con ocasión de procesos de impugnación de acuerdos sociales, especialmente —pero no exclusivamente— cuando se ha alegado lesión del interés social (SSTS de 12 de julio de 1983 y de 12 de enero del 2012; SAP de Alicante —Sección 8.ª— de 15 de julio del 2010, SSAP de Madrid —Sección 28.ª— de 18 de julio del 2008 y de 30 de enero del 2009).

Con menos frecuencia también se ha seguido esta idea con ocasión de litigios sobre responsabilidad de administradores. Veamos algunos ejemplos:

- a) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 28.ª— de 28 de octubre del 2011 (JUR 2012\3387) —que resolvió acerca de una acción social de responsabilidad— entendió que no cabe hacer responsable al administrador del llamado «riesgo empresa», argumentando lo siguiente:

Como señala la doctrina más cualificada, los administradores deben responder no del fracaso de su gestión, sino de la adopción de aquellas medidas que un ordenado empresario no habría adoptado en el planteamiento y en la ejecución de un determinado negocio, en el bien entendido de que no existe una relación absoluta entre la adopción de las decisiones adecuadas y el éxito de la empresa, el cual reviste un carácter eminentemente contingente.

- b) Muy ilustrativa y detallada resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 28.ª— de 13 de septiembre del 2007 (JUR 2007\330370). En ella, y en relación con el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, se recordó que para que ésta pudiera estimarse «no basta con la mera causación de un quebranto patrimonial a la sociedad o a terceros, que constituye un riesgo inherente a la actividad empresarial». A lo cual añadió que, en el caso concreto, no se observó negligencia ni deslealtad alguna en la actuación de los administradores demandados, quienes adoptaron el acuerdo cuestionado como determinante de su responsabilidad «habiéndose informado adecuadamente [...], sin hacer dejación alguna de sus obligaciones de gestión, hasta el punto de que el consejo de administración se reunió con frecuencia y se respetaron los cauces y modos de funcionamiento propios de las sociedades mercantiles, informando a los diversos componentes del consejo de administración y sometiendo las principales decisiones a la junta de accionistas, sin que se hubiera producido ocultación alguna a los consejeros y accionistas». Más adelante se indicó que «la decisión empresarial adoptada es discutible, como toda decisión de esta naturaleza, puesto que la administración y dirección de empresas no es una ciencia exacta, y más aún cuando, pasado cierto tiempo, es posible ahora conocer las consecuencias de la decisión empresarial adoptada por el órgano de administración, mientras que en el momento en que los administradores adoptaron el acuerdo esto no era posible, teniendo además los administradores un margen de tiempo limitado para adoptar la decisión empresarial. Pero la prueba obrante en autos muestra que se trató de un acuerdo [...] adoptado tras el acopio y análisis de información rigurosa, a la vista de circunstancias que generaban serias dudas sobre la rentabilidad del negocio a acometer, con criterios de racionalidad y encaminado a la protección del interés social. La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados». Y, para terminar, la Audiencia Provincial señaló, en relación con una concreta decisión, que había «de considerarse razonable desde el punto de vista empresarial, sin que proceda la sustitución de este criterio por el personal del demandante o del juzgador a la hora de decidir sobre la responsabilidad de los administradores, y sí solamente la valoración de la racionalidad del mismo y del cumplimiento de los deberes de diligente administración y representación leal».

- c) En un caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra —Sección 1.ª— de 24 de enero del 2008 (JUR 2008\106210) manifestó:

Resulta difícil intentar establecer unos parámetros cuando el modelo de diligencia establecido en las normas es ciertamente ambiguo e impreciso, remitiéndose al concepto de ordenado empresario y representante leal, que tienen complicada concreción. Esta indefinición se acrecienta cuando el acto que se denuncia como negligente es un acto incardinable nítidamente en decisiones puramente empresariales, basada[s] en criterios económicos y de mercado, directamente relacionado con la viabilidad de la empresa social. Ante tales supuestos cabe traer a colación la *business judgment rule*, doctrina propia del *common law* desarrollada por los tribunales de los Estados Unidos, que cumple como función evitar que las decisiones empresariales tomadas por los administradores sean materialmente sustituidas en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia. Debe comprenderse que la actividad de administración de la empresa social está sometida al denominado riesgo empresarial, esto es, la posibilidad de que el desarrollo de aquella actividad menoscabe el patrimonio social. Y la satisfacción del deber de diligencia no asegura por sí sólo el éxito económico de la administración; cabe por tanto que en una administración diligente resulten daños al patrimonio social. La obligación de los administradores no es asegurar el éxito económico de la empresa social, sino desempeñar el cargo persiguiendo los intereses de la sociedad [...]. Debe mantenerse un espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales que impide su estricto enjuiciamiento con un examen *ex post* por parte de los tribunales, siempre y cuando estemos ante una actuación de los administradores (no omisión), y que ésta vele por el interés social, de forma que, cumplidos estos requisitos, la infracción del deber de diligencia sólo se produce si el acto o decisión resulta irracional, percibiéndose una deficiencia de juicio, caracterizado por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas. Otros límites a la aludida doctrina que señala la doctrina aluden a casos de deficiencia informativa, de deficiencia de implicación o casos de deficiencia de imparcialidad.

El razonamiento subyacente a estas resoluciones (especialmente a los dos últimas) es que la gestión empresarial comporta necesariamente un cierto riesgo («riesgo empresarial») que deriva de la incertidumbre (imposible de eliminar) acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por ello —se viene a concluir—, no debe hacerse a los administradores responsables de las consecuencias lesivas producidas cuando se han mantenido en dicho ámbito de la gestión (aun cuando las decisiones adoptadas se hayan revelado, posteriormente, equivocadas).

Resulta así que la introducción en nuestro Derecho de sociedades de un precepto como el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital no ha de verse como un cambio radical con respecto a la situación anterior. Los tribunales, sin llegar a elaborar un cuerpo doctrinal sobre la cuestión, han alcanzado ocasionalmente conclusiones equivalentes a las que derivan de la aplicación de la regla del juicio empresarial. Esta afirmación no impide reconocer, sin embargo, que contar con una norma legal expresa que profile y aclare los contornos de dicha regla facilitará su entendimiento, potenciará previsiblemente su aplicación y aportará seguridad.

4. El régimen legal de protección de la discrecionalidad empresarial

Es obvio que la protección de la discrecionalidad empresarial no puede ser incondicionada. La propia racionalidad de la regla impone ciertos límites y condicionantes en cuanto a su aplicación. La exclusión del control judicial resulta justificada cuando se dan determinadas circunstancias. El nuevo texto del mencionado artículo 226 responde a esta idea en los términos que seguidamente expondremos, no sin antes advertir que la doctrina de la *business judgment rule* presenta aún hoy, a pesar de los esfuerzos doctrinales por perfilarla, aspectos discutidos.

4.1. Deber de diligencia

La regla del juicio empresarial sólo juega en relación con la responsabilidad por negligencia. O, por mejor decir: tiende a evitar el control judicial de la actuación de los administradores sólo desde la perspectiva del cumplimiento o incumplimiento de su deber de actuar con la

diligencia debida. Pero en ningún caso encuentra aplicación cuando la conducta del administrador se valora desde el prisma de la lealtad o deslealtad de su comportamiento. En este terreno no hay ámbito excluido a la valoración de los tribunales.

Esto resulta claramente del texto del artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital. Obsérvese que no se pretende excluir la responsabilidad del administrador por cualquier concepto. Técnicamente, la ley establece que, en ciertas condiciones, se entenderá (sin posibilidad de prueba en contrario) que se ha cumplido con el estándar de diligencia de un ordenado empresario; esto es, que se ha actuado con la diligencia exigible según el artículo 225.1 de la citada ley. Por tanto, el «espacio de inmunidad» de los administradores sólo se refiere a la responsabilidad por negligencia y nunca a la responsabilidad por deslealtad. Si el administrador hubiera actuado deslealmente, anteponiendo sus intereses a los de la compañía, entonces deberá siempre responder de los daños causados. Obsérvese que en tal caso sus decisiones no serían producto exclusivo del análisis de la información obtenida ni consecuencia de la aplicación de criterios técnico-empresariales.

4.2. *Decisiones estratégicas y de negocio*

El nuevo artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial. Es decir, los administradores quedan protegidos frente al ejercicio de acciones de responsabilidad en el ámbito de su actividad de gestión de la empresa social. Son sus equivocaciones o errores en este terreno técnico-empresarial las que quedan excluidas del control judicial (siempre que se den otras condiciones).

En consecuencia la *business judgment rule* no juega (como indica su propio nombre) cuando se trate de decisiones de otro tipo como, señaladamente, las relativas a la gestión corporativa de la sociedad (campo en el que, por lo demás, la actividad de los administradores está sometida a específicas normas legales y estatutarias que dejan muy escaso margen a la discrecionalidad).

Por otra parte, la ley se refiere a *decisiones*. La inacción negligente no entra, por tanto, en el ámbito de protección de la regla (no se habrá realizado un «juicio»). Sin embargo, sí lo hará la decisión consciente e informada de no actuar («decisión negativa»).

4.3. *Información suficiente y procedimiento adecuado*

Para que se entienda cumplido el estándar de diligencia exigible es necesario que el administrador haya actuado «con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».

No gozarán de inmunidad, por tanto, los administradores que no se hayan informado suficientemente. No se trata aquí sólo del deber (*cf.* el art. 225.3) de exigir de la sociedad la información adecuada y necesaria para el desempeño del cargo (que también), sino, sobre todo, de procurarse el asesoramiento técnico que sea preciso en función de la naturaleza, el alcance y la trascendencia de la decisión adoptada. En todo caso, debe observarse que la valoración de si la información manejada ha sido suficiente implica un juicio sobre la diligencia previa del administrador que no alcanza a la decisión tomada finalmente (esto es lo que garantiza la *business judgment rule*), sino, precisamente, a sus actuaciones en relación con la obtención de información y asesoramiento. Y, por supuesto, también habrá de comprobarse que esa información fue analizada de modo apropiado y que la decisión adoptada resultó coherente con dicho análisis.

Tampoco se aplicará el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital si se infringió el procedimiento (legal, estatutario o reglamentario) previsto para la toma de la decisión cuestionada. Si el comportamiento del administrador no ha sido escrupuloso en este terreno, no gozará de una esfera de protección de su discrecionalidad técnica. En cierta medida la regla del juicio

empresarial traslada el punto de referencia para examinar la diligencia de los administradores desde el contenido de la decisión al procedimiento seguido.

4.4. Buena fe y falta de interés personal

El administrador sólo goza de inmunidad en la medida en que, al adoptar la decisión estratégica o de negocio, haya actuado de *buena fe* y *sin interés personal en el asunto objeto de decisión*. En realidad, estas condiciones remiten al deber de lealtad y su exigencia viene a demostrar que los administradores quedan protegidos únicamente por los defectos de juicio, pero no cuando hayan sido desleales.

Si el administrador tiene un interés propio en la decisión, puede existir una situación de conflicto de intereses y un riesgo claro de comportamiento desleal. Su actuación puede ser entonces enjuiciada sin gozar de espacio alguno de inmunidad. Téngase en cuenta, en efecto, que en estos supuestos la decisión no sería el resultado de un juicio técnico (un juicio empresarial o de negocio) realizado de acuerdo con las reglas que rigen el modo de proceder de los administradores, sino la consecuencia de la toma en consideración y de la anteposición de intereses contradictorios con los de la compañía. De todas formas, el mero hecho de tener un interés personal (en la medida en que pueda no existir contradicción entre los intereses del administrador y los de la sociedad) resulta suficiente para estimar que la decisión adoptada no responderá sólo a un juicio técnico-empresarial, sino que habrán sido tenidas en cuenta consideraciones de otra naturaleza, y, por tanto, para excluir dicha decisión de la protección del artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por otra parte, el administrador debe actuar con buena fe, esto es, en la creencia de que la decisión es adoptada en atención al mejor interés de la compañía. En este sentido cabe recordar que informarse suficientemente no es bastante si la información obtenida no se analiza de modo adecuado y se utiliza como mera «barricada» para amparar formalmente decisiones faltas de cualquier lógica en lugar de para fundamentar un verdadero juicio empresarial. Además, las decisiones deben tomarse de conformidad con el análisis y estudio realizado de la información obtenida, de manera que no quedarán amparadas por la regla del juicio empresarial por no ser compatibles con un comportamiento inspirado por la buena fe las decisiones caprichosas, consistentemente inconsistentes con tales conclusiones y, por tanto, no justificables.

4.5. Cumplimiento de la ley y de los estatutos

Aunque no se expresa así en el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital, parece claro que la regla del juicio empresarial requiere que la decisión de los administradores no haya sido contraria a la ley o a los estatutos. En muchos casos este requisito se identifica con el relativo al seguimiento del procedimiento establecido para la toma de decisiones. Pero no siempre. En efecto, hay ocasiones en que los administradores actúan con violación de normas legales no referidas al procedimiento o ni siquiera relativas al Derecho de sociedades (incluso para lograr un beneficio para la sociedad). Si en esas hipótesis hubiera daño, no se estaría en el círculo de actividad protegido por la *business judgment rule*. Y es que, estrictamente hablando, no habría ámbito de discrecionalidad, ya que el administrador estaría obligado a actuar de una determinada forma.

4.6. El deber de independencia

Hay veces en las que un administrador se enfrenta a un conflicto de intereses que no le incumbe personalmente, pero que afecta a otro miembro del órgano de administración. En estos casos el administrador en cuestión puede participar en el proceso decisorio al no estar él mismo en situación de conflicto. Lo peculiar es que su actuación puede entonces enmarcarse en el ámbito de la gestión propiamente empresarial y, al mismo tiempo, presentar los riesgos propios de las situaciones en que los intereses de la compañía colisionan con los de los administradores (en este

caso de «otros» administradores cuyo interés podría ser preferido al de la sociedad por quienes han de decidir). Piénsese, por ejemplo, en los acuerdos sobre fijación de retribuciones o en los de dispensa de determinadas prohibiciones (*cf.* el párrafo tercero del art. 230.2 LSC).

En relación con estas hipótesis, el segundo apartado del artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que «no se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230». Se viene así a dar carta de naturaleza a un deber que no es propiamente de diligencia ni de lealtad y que a veces se conoce como «deber de independencia». Y el resultado es que este tipo de decisiones (en especial las de dispensa de las prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses), en las que la independencia del administrador se encuentra comprometida (por cuanto entran en juego intereses de otros administradores o de personas vinculadas con éstos), no se consideran incluidas en el ámbito de discrecionalidad empresarial, lo que significa que con respecto a tales actuaciones no se aplica la regla del juicio empresarial y los tribunales podrán entrar a determinar si fueron conformes con la diligencia exigible.

4.7. *Consecuencias de la inaplicabilidad del régimen de protección de la discrecionalidad empresarial*

En todo caso debe precisarse que la falta de concurrencia de las condiciones legalmente previstas para la aplicación de la *business judgment rule* no implica, por sí misma, que los administradores hayan de ser considerados responsables. Simplemente permitirá al juez entrar a analizar la concreta conducta desplegada por los administradores y valorar si se ajustó o no al nivel de diligencia exigible (que, como sabemos, viene identificado con el propio de un «ordenado empresario»). Si la conclusión es negativa (y así será probablemente cuando el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital no resulte aplicable por haberse decidido sobre la base de información insuficiente o sin seguir el procedimiento adecuado), y siempre que como consecuencia de las decisiones adoptadas se ocasionen daños, procederá la exigencia de responsabilidad por negligencia.

Abuso de derecho de la mayoría, conflictos de intereses y lesión del derecho de información en la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Aunque la presencia de «consideraciones de abuso de derecho» late en la Ley 31/2014 de manera implícita en otros lugares, existen en la citada ley dos menciones expresas de la técnica del abuso de derecho, una para restringir el alcance del derecho de información y otra para extender el ámbito de aplicación de la impugnación de acuerdos sociales. Otra tercera mención es más alejada, pero responde al mismo propósito.

1. Derecho de información y abuso de derecho

A pesar de que los matices distaban de estar claros, la jurisprudencia vigente reconocía una «última posibilidad» para que la sociedad denegara al socio la información exigida por éste con carácter previo a la junta o durante ella. Aunque la información hubiera sido solicitada por socios que representasen el 25 % del capital, todavía podían negarse los administradores a entregar o procurar esta información si acreditaban que su posesión perseguía una finalidad abusiva, como embarazar la marcha de la sociedad con documentación innecesaria, reduplicar una información costosa de producir pero ya conocida por el peticionario o, principalmente, procurarse con ella una ventaja propia en una empresa o proyecto competitivos con el social. La jurisprudencia, con todo, no era unánime, y el resultado y las máximas dependían de la singularidad de cada caso.

La Ley 31/2014 pone fin a esta posibilidad, aunque en apariencia quiera ser (supongo) más deferente que la regulación anterior con las exigencias del «principio de lealtad». En efecto, el nuevo artículo 197.6 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) se limita a imponer que, en caso de utilización abusiva o perjudicial de esta información, el socio será responsable de los perjuicios causados. Se trata de una norma innecesaria porque se limita a repetir lo que ya es Derecho vigente en el artículo 7 del Código Civil (CC). Pero ahora la sociedad sólo podrá operar *ex post* y no podrá negarse a suministrar la información, aunque su mera provisión y conocimiento por el socio fueran automáticamente «productores» de la situación de abuso, con independencia de su «utilización» ulterior.

En otros términos, la nueva norma, leída con sus precedentes, comporta que la sociedad no puede oponer como *excepción* extraprocesal (en la junta) o procesal (en el pleito de impugnación) que la información solicitada y la impugnación consiguientes se producen con abuso de derecho. Se trata de un precepto absurdo. Es muy probable que la jurisprudencia siga haciendo uso de remedios preventivos, y no indemnizatorios, para los que, por demás, la sigue habilitando el artículo 7 del Código Civil.

Que es absurdo se demuestra con lo siguiente: reclamada información oportuna y denegada por previsible uso abusivo unilateralmente apreciado por la presidencia, el socio impugna el acuerdo social (cuando pueda hacerlo, *cfr.* art. 197.5 LSC). Se acredita en el proceso que la solicitud era abusiva. Es evidente que la impugnación fracasa, por mucho que el presidente o los administradores hubieran estado de hecho obligados incondicionalmente a entregar esta información, conforme al artículo 197.6 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Impugnación de acuerdos sociales por abuso de derecho de la mayoría

Existía una predisposición doctrinal y, menor, jurisprudencial, a considerar que ya era Derecho vigente el que hoy se contiene en el párrafo segundo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital. La tentación de incorporarlo era muy fuerte, aunque la cosa nada tenga que ver con la reforma del «gobierno corporativo». Ocurría simplemente que la norma ya se hallaba en otros cuerpos normativos extranjeros que nuestros legisladores societarios gustan usualmente copiar. Como ocurría antes de la reforma, procede la impugnación de acuerdos cuando la mayoría se haya procurado (o haya procurado a un socio o tercero) una ventaja o beneficio a costa de lesionar el interés social; la lesión del interés social —y esto es lo nuevo— se produce también si el acuerdo «se impone de manera abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios».

Para el conocedor de la praxis judicial, este precepto parece diseñado a propósito para desautorizar los acuerdos mayoritarios de no reparto de dividendos y de aumento de capital que no respondan a auténticas necesidades financieras de la sociedad y conduzcan (¿intencionadamente?) a la dilución de la parte social del minoritario. Hasta ahora la casi unánime jurisprudencia desestimaba (correctamente) las demandas de nulidad del acuerdo. Veremos qué ocurre después de esta no pertinente reforma legal.

No creo que la nueva norma se aplique, empero, a los acuerdos de disolución social *voluntaria* promovida por la mayoría que quiere dedicar los recursos corporativos a otros proyectos sin contar con la minoría. Y no se aplica porque no puede hablarse de *necesidades razonables* de la sociedad para seguir viviendo, porque en este punto la sociedad no tiene frente a los socios ninguna pretensión autónoma protegible de seguir viva o de ser liquidada. Por tanto, falta el término para la ponderación de intereses que requiere la norma proyectada.

La prohibición de abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil rige incondicionalmente en todos los sectores del Derecho, y los tribunales la venían aplicando sin dificultad en conflictos societarios de esta clase. Por tanto, la nueva norma es redundante, salvo que con ella se quisiera ir *más allá* de la prohibición de abuso de derecho y construir una especie de *deber de lealtad* entre socios elaborado sobre la base errónea y perturbadora de que los socios de mayoría o los socios con voto relevante están sujetos a obligaciones *fiduciarias* frente a la minoría, como si se tratase de administradores de derecho o de hecho. No existen deberes de esta clase, como resulta de la contraposición con la norma específica de los administradores sociales (*cf.* art. 227.1 LSC), que, de otra forma, quedaría privada de sentido.

En España sólo existen de manera significativa dos tipos de sociedades, las cerradas (cualquiera que sea su tipo social) y las cotizadas. En las primeras no tiene sentido imponer «deberes de fidelidad cualificados». Primero, porque el conflicto de intereses intrasocios es consustancial a estas estructuras; segundo, porque para extraer la existencia de «obligaciones implícitas» bastaría interpretar conforme al artículo 1258 del Código Civil el *contrato* social existente entre ellas (así, muchos de los casos resueltos en los que se «cesa» al minoritario de toda fuente de ingresos societarios); tercera, porque cuando exista un disenso de esta clase en asuntos más allá de lo societario común, lo único razonable es la disolución o la salida de socios «perdedores». Con mucha menor razón cabe imponer deberes de esta clase en las cotizadas. En estas sociedades no existe entre los socios ningún tipo de «relación especial» que pueda justificar la imposición de deberes cruzados de fidelidad. Los accionistas de estas sociedades son exclusivamente inversores, no «socios» de sus coinversores, y cada uno configura el uso de sus votos para conseguir la estrategia a corto o largo plazo que más le interesa. El accionista tiene derecho a que la sociedad le resulte tan indiferente como indiferente le son el resto de los inversores. Es probable, por ejemplo, que la inversión y reventa cortoplacista de los fondos «no responda a una necesidad razonable de la sociedad». Pero esto no debería ser juzgado por un tercero no socio desde una atalaya «neutral» que en este mundo de intereses contrapuestos no existe. Repárese en que el control relativo al cumplimiento de implícitos deberes fiduciarios de los socios relevantes de la sociedad cotizada no puede existir cuando la ley permite que tanto las entidades de custodia como los «titulares indirectos» puedan diversificar sus votos a capricho merced a delegaciones plurales (*cf.* art. 524 LSC).

Por demás, el párrafo segundo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital crea incentivos judiciales muy peligrosos si permite operar más allá de las formas clásicas del abuso de derecho. Repárese que un árbitro «independiente» tiene que juzgar primero si el acuerdo responde a una «necesidad razonable» de la sociedad y, después, si se impone en «detrimento injustificado» de los demás socios. La norma en cuestión no crea los estándares de revisión correspondientes y por ello será preciso, o bien acudir a estándares consolidados (como los de abuso ordinario de derecho), o caer en la arbitrariedad judicial, que será más nefasta para todos los implicados.

En consecuencia, aunque por distintas razones, las dos referencias expresas al abuso de derecho introducidas por la Ley 31/2014 carecen de sustancia normativa. O no aciertan con la naturaleza del conflicto u operan imprudentemente mediante la creación de incentivos nuevos para aumentar los costes de litigación.

A ello se junta la defectuosa formulación del supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 204.1. ¿Se exigen cumulativamente tres condiciones (no existencia de necesidad razonable, interés propio de la mayoría y detrimento injustificado)? Si así fuera, la mayoría que acuerda el no reparto de dividendos sin ningún interés propio y sólo guiado por una ascética conciencia de sacrificio en favor de la sociedad no podría estar incurso en el supuesto del citado artículo, aunque se diesen las otras dos condiciones. Pero no creo que la cosa sea así. El corazón de la regla es la locución «detrimento injustificado». Lo demás sobra. Ahora bien, en este caso también sobra la locución fundamental, que se limitaría a redundar en el artículo 7 del Código Civil, incorporando con ello una norma superflua al sistema, a saber, la de que los acuerdos sociales también pueden impugnarse si se producen con abuso de derecho.

3. Voto del socio en situación de conflicto de intereses

La Ley 31/2014 extiende el régimen de prohibición de voto por conflicto de intereses a los socios de sociedades anónimas (art. 190 LSC). Pero no sólo se extiende la regla, como hubiera sido procedente, a las sociedades anónimas cerradas, sino que se quiere aplicar también a las cotizadas. Esta extensión es peligrosísima e injustificada, un arma para la extorsión en manos de la mayoría o de la minoría, como prueba la serie de pleitos poco edificantes habidos en la jurisdicción de Bilbao entre Iberdrola y ACS. Con una regla de este tipo —que algunos justifican, erróneamente, como un precipitado necesario del *deber de lealtad* entre socios—, los socios de cualquier clase acaban siendo equiparados a los administradores sociales de hecho o de derecho, obligados a eludir o sortear, incluso con coste propio, los conflictos de intereses con la sociedad (*cf.* arts. 228c y e, 229d y f, y 230 LSC).

El legislador aprovecha esta equiparación de régimen entre ambas modalidades societarias para introducir novedades de regulación. Al igual que antes, la prohibición rige para el ejercicio del derecho de voto («cuando se trate de adoptar un acuerdo»), no para el ejercicio del resto de los derechos de socio (como el de impugnación, por ejemplo) ni para el simple ejercicio de una empresa competidora ni para la enajenación o compra de acciones por parte del socio en conflicto. El voto no podrá ser ejercido exclusivamente cuando se dé una situación de conflicto listada exhaustivamente en el precepto (esto es, autorización para transmitir acciones sujetas a restricción, excluirlo de la sociedad, liberarlo de una obligación o conceder un derecho, facilitarle asistencia financiera, dispensarlo de las obligaciones derivadas del deber de lealtad del artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital), pero no existirá prohibición cuando el acuerdo en cuestión tenga cualquier otro contenido, en especial, cuando se trate de un acuerdo que considere los intereses sociales con carácter general y no singularice a la persona del socio concernido (por ejemplo, un acuerdo que levante una restricción de enajenación de acciones *de todos los socios*, distinto del acuerdo por el que se autoriza al socio concernido a enajenar sus acciones, o un acuerdo de facilitación *general* de asistencia financiera, no singularizado en la persona de un socio) aunque de hecho la situación de conflicto pueda seguir existiendo concentrada en determinados socios, únicos fácticamente beneficiados por el acuerdo general.

Para este tipo de acuerdos *residuales* en los que, con todo, exista conflicto de intereses, el nuevo artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital introduce una restricción. Cuando el voto o votos de los socios afectados por el conflicto haya sido *decisivo* para la toma del acuerdo, corresponde a la sociedad

y, en su caso (si se adhiere como demandado), al socio afectado la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo con el interés social, mientras que al impugnante corresponde la prueba del conflicto de intereses. Obsérvese que aquí el voto ha sido ya emitido y se ha computado para el acuerdo. En otras palabras, es preciso que haya «acuerdo»; la norma no se aplica —contra el socio— cuando el voto de «bloqueo» ha evitado que se produzca el acuerdo correspondiente, porque entonces no hay «acuerdo» que impugnar.

Hay muchas formas en que un voto puede haber sido «decisivo». Puede tratarse de un voto marginal en proporción, pero decisivo para conseguir la mayoría en cuestión; puede ser un voto individual que ostente de suyo el porcentaje necesario para constituir mayoría, o la suma de los votos de los socios «sindicados», que produce la mayoría por cúmulo o suma. ¿Cualquiera de estos casos está comprendido o se requiere que se trate de un voto «relevante»? En mi opinión, no puede estar afectado por la regla sobre la carga de la prueba el acuerdo en que haya intervenido «decisivamente» cualquier voto «interesado», pero que no sea relevante, por sí o por la suma del resto de los votos «interesados», porque en este caso es imposible por hipótesis que haya existido una relación de causalidad adecuada entre el acuerdo y la promoción del interés individual afectado por el conflicto.

La «excepción de la excepción» vuelve a ser problemática. La regla excepcional sobre la carga de la prueba no se aplicará cuando se trate de acuerdos «en los que el conflicto de interés [*sic*] se refiera exclusivamente a la *posición* que ostenta el socio en la sociedad», como ocurre en los casos de nombramiento, revocación de órganos, exigencia de responsabilidad a administradores y otros «análogos». En estos casos, los impugnantes tendrán que probar que el acuerdo perjudica al interés social. Es difícil averiguar cuál es la ratio que permite una aplicación analógica y cuáles son los supuestos no «posicionales». En mi opinión, la norma pretende referirse a la existencia y a la promoción o no de intereses extrasociales. Cuando el voto promueve la ventaja particular en intereses extrasociales, entonces vuelve a regir la norma especial sobre la carga de la prueba. Por ejemplo, celebrar determinados contratos con terceros en cuyo beneficio está interesado el socio. Pero el socio no cargará con la prueba de la conformidad con el interés social cuando, por ejemplo, contribuya con su voto a que no se repartan dividendos o a que la sociedad se disuelva o que se aumente el capital sin renuncia al derecho de adquisición preferente —disolución en la que está particularmente interesado— porque estos acuerdos afectan a la «posición» del socio en la sociedad. Si la norma sale adelante, la eclosión de pleitos por esta materia puede anticiparse con seguridad porque el criterio «posicional» viene cargado de incertidumbres.

El nuevo régimen de mayorías para la adopción de acuerdos en la junta general de la sociedad anónima

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

El problema de las mayorías necesarias para adoptar acuerdos en la junta general de las sociedades anónimas nunca quedó bien resuelto en las leyes que sucesivamente se han ido ocupando de este tipo social. El artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951 se limitó a indicar que los accionistas constituidos en junta general decidirían «por mayoría» en los asuntos propios de la competencia de este órgano. Con ello no se aclaraba ni qué mayoría resultaba precisa ni sobre qué base había que calcularla. La norma pasó tal cual, llevando consigo las mismas dudas, al artículo 93.1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (si bien ésta incorporó una regla especial según la cual, cuando en segunda convocatoria concurrieran a la junta accionistas que representaran menos del 50 % del capital suscrito con derecho de voto, determinados acuerdos —considerados de especial relevancia— habían de adoptarse con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta: art. 103.2 LSA 1989). En la Ley de Sociedades de Capital (LSC) del 2010 la cuestión de las mayorías en la sociedad anónima se abordó —sin alejarse sustancialmente de la línea seguida por la ley de 1989— en el artículo 201 y, por tanto, se trató separadamente del problema del *quorum*. Pero la inicial redacción de este precepto no llegó a despejar —a pesar de la introducción del adjetivo «ordinaria» para calificar a la mayoría requerida— las incertidumbres existentes.

Pues bien, con la intención de aclarar este asunto, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha dado nueva redacción al referido artículo 201, cuya versión actualmente vigente es la siguiente:

Artículo 201. Mayorías

1. En las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.
2. Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, si el capital presente o representado supera el 50 % bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25 % o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50 %.
3. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores

Resulta así que, prescindiendo del apartado 3, cuya redacción se mantiene idéntica, se han introducido algunos cambios relevantes. De un lado, se establece como regla general que la mayoría requerida para la adopción de acuerdos por la junta de las sociedades anónimas será la mayoría «simple». De otro, se exige la mayoría «absoluta» para adoptar ciertos acuerdos considerados de especial significación (se mantiene, sin embargo, la necesidad de una mayoría especialmente reforzada —de los dos tercios— si,

tratándose de estos asuntos «especiales», no concurriría a la segunda convocatoria de la junta al menos el 50 % del capital suscrito con derecho de voto).

2. **Mayoría simple**

En el supuesto general, los acuerdos se adoptarán por mayoría simple, esto es, cuando la propuesta sometida a votación obtenga más votos a favor que en contra. Y ello con independencia de cuál sea el número absoluto de votos favorables y de si la junta se reunió en primera o en segunda convocatoria. En todo caso, si el número de votos a favor fuera igual al número de votos en contra (empate) habrá que entender no adoptado el acuerdo.

Al definirse de esta forma la mayoría precisa, queda claro que no se tendrán en cuenta, a efectos de determinar si el acuerdo se ha adoptado, ni los votos nulos ni los votos en blanco (que no constituyen manifestaciones ni a favor ni en contra de la propuesta). Y lo mismo sucederá con las abstenciones (que, simplemente, no son votos). Se trata sólo de comparar numéricamente los votos favorables con los contrarios. De esta forma se hace equivalente en este punto el régimen de la sociedad anónima con el previsto para las sociedades de responsabilidad limitada (con la particularidad de que en estas últimas los votos favorables han de representar, además, un porcentaje determinado de los votos totales: arts. 198 y 199 LSC). Queda la duda de cómo habrá de procederse cuando se presenten varias propuestas entre las que los socios deban elegir; en estos casos no es posible comparar los votos a favor con los votos en contra, de modo que la referencia a la mayoría *simple* parece llevar a pensar que el acuerdo se entenderá adoptado con el contenido correspondiente a la propuesta que obtenga mayor número de votos.

La mayoría *simple* es ahora, en el sistema legal, la mayoría «ordinaria» (aunque, curiosamente, este calificativo ha desaparecido del actual texto del art. 201 LSC), entendida como mayoría exigible cuando la ley o los estatutos no exigen otra diferente (superior). Y, así por ejemplo, ésta será la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo de ejercer la acción social de responsabilidad (art. 238.1 LSC).

3. **Mayorías reforzadas**

El preámbulo de la Ley 31/2014 señala que se modificó la normativa vigente para establecer «de forma expresa que el criterio del cómputo de la mayoría necesaria para la válida adopción de un acuerdo por la junta general es la mayoría simple, despejando así de forma definitiva las dudas interpretativas que este artículo había suscitado en la práctica». Dejando a un lado lo que de ingenuo o autocomplaciente puede tener esa manifestación del legislador, lo que es cierto es que la reforma tiene efectos que probablemente van más allá de los indicados.

En efecto, la ley no requiere la mayoría simple para la adopción de todos los acuerdos sociales. Dejando al margen la particular hipótesis en la que concurran accionistas en segunda convocatoria que representen el 25 % o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el 50 % (sobre la que luego volveremos: *infra*, 3.2), lo cierto es que antes sólo se hacía mención a una mayoría (la llamada «ordinaria», sobre la que se discutía si era simple o absoluta, aun cuando la mayoría de los autores se inclinaban por esta última). A partir de la Ley de Sociedades de Capital, sin embargo, hay que tener en cuenta dos mayorías distintas: cuando se trate de adoptar acuerdos con un determinado contenido (*vid. infra*, 3.1), será precisa una mayoría *reforzada* con respecto a la ordinaria y, en concreto, será necesaria la mayoría *absoluta*.

3.1. *Mayoría absoluta*

Como se ha indicado, el artículo 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital requiere la mayoría absoluta para adoptar determinados acuerdos (los mencionados en el art.194 LSC). Se pretende, en suma, que ciertos asuntos considerados de especial significación para la vida corporativa los decida una mayoría especialmente «sólida». Así sucede con el aumento y la reducción del capital; con cualquier otra modificación de los estatutos sociales; con la emisión de obligaciones; con la

supresión o la limitación del derecho de adquisición (*rectius*: suscripción) preferente de nuevas acciones; con la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo, y con el traslado del domicilio social al extranjero. Y también se requiere la mayoría absoluta para que la junta adopte acuerdos sobre otras materias cuando se establecen remisiones legales al régimen de modificación de los estatutos sociales (lo que ocurre, por ejemplo, con el acuerdo de disolución de la compañía —previsto en el art. 368 LSC— o con el de su reactivación —dispuesto en el art. 370.2 LSC—). En sentido contrario, el texto del artículo 100.2 y el de la disposición adicional cuarta 3b.3.º.ii de la Ley Concursal permiten concluir que, cuando un acuerdo de refinanciación homologado o un convenio concursal prevean la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos se adoptará con la mayoría ordinaria prevista en el artículo 201.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Según el primer inciso del artículo 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la mayoría absoluta será exigible cuando el capital presente o representando supere el 50 % del capital suscrito con derecho de voto. Aunque la ley no lo exprese, también será la mayoría precisa cuando concurra a la junta justo la mitad de ese capital (conclusión a la que conduce la conexión existente entre el régimen del *quorum* de constitución contenido en el artículo 194 y el de mayorías del artículo 201.2, así como lo dispuesto en el segundo inciso de este artículo 201.2. Es indiferente a este respecto que esta asistencia a la junta se produzca en primera o en segunda convocatoria.

Se alcanza la mayoría absoluta cuando los votos favorables a la propuesta superan a la mitad de los incluidos en la base de cómputo. Es decir, para que el acuerdo se entienda alcanzado es preciso que los votos que apoyen una propuesta superen a la suma de las abstenciones, los votos en blanco, los votos nulos y los votos en contra.

El término de referencia o base de cómputo está integrado por el capital presente o representado en la junta (así se deduce del segundo inciso del art. 201.2). Ello significa que nunca se toma en consideración el capital suscrito no asistente, bien porque teniendo derecho de asistencia no haya concurrido, bien porque careciera de este derecho (excepto, como luego se verá, el capital representado por las acciones propias: art. 148b LSC).

La mayoría absoluta debe computarse, como regla general, sobre el capital presente que tenga derecho de voto. Obsérvese que, en otro caso, se atribuiría de hecho la posibilidad de influir en el proceso de toma de decisiones en la junta a accionistas a los que la ley quiere privar de esta capacidad: bastaría, en efecto, con asistir a la junta para dificultar (y, en el límite, incluso impedir) que se llegaran a adoptar determinados acuerdos. De ahí que deban excluirse del término de referencia las acciones sin voto, las acciones respecto a las cuales el accionista se halle en mora en el pago de los dividendos pasivos, las acciones del socio que se encuentre en situación de conflicto de intereses (en relación con el acuerdo concreto en el que se manifieste el conflicto) y las acciones que excedan del 10 % del capital de la sociedad cuando la compañía accionista se encuentre obligada a reducir dicho exceso en aplicación del régimen de las participaciones recíprocas (art. 152.2 LSC). En cambio, el tenor del artículo 148b de la Ley de Sociedades de Capital (según el cual las «acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta») no parece dejar otra alternativa —por mucho que se estime que la solución es criticable— que considerar que las acciones en autocartera deben incluirse en la base de cómputo (y que, por tanto, su valor nominal se adicionará al de las acciones presentes o representadas), aun teniendo suspendidos sus derechos políticos (art. 148a LSC).

Finalmente, debe observarse que los socios que se ausenten de la junta después de haber sido tenidos como presentes no se descontarán del término de referencia, de manera que, a efectos prácticos, su conducta resulta equiparable a la abstención.

3.2. *Mayoría de dos tercios*

Si (tratándose de los asuntos mencionados en el art. 194 LSC) concurriera a la junta menos del 50 % del capital suscrito con derecho de voto —lo que sólo puede suceder en segunda convocatoria—, la adopción del acuerdo requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta. Por supuesto, será necesaria en todo caso la asistencia de un mínimo de la cuarta parte del capital suscrito con derecho de voto para la válida constitución de la junta (art. 194.2 LSC).

El término de referencia estará constituido, al igual que sucede cuando se trata de alcanzar la mayoría absoluta, por el capital presente o representado en la junta con derecho de voto, con las mismas precisiones antes formuladas. Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que, ocasionalmente, la ley exige una mayoría de dos tercios, pero tomando como referencia la totalidad del capital social (por ejemplo, para la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje: art. 11 *bis*.2 Ley 60/2003, de Arbitraje).

4. **Mayorías estatutarias**

Al igual que sucedía bajo el régimen anteriormente vigente, los estatutos sociales pueden elevar las mayorías previstas legalmente. Esta regla general conoce, no obstante, ciertas excepciones: así, por ejemplo, no podrá exigirse una mayoría superior a la ordinaria para acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238.1 LSC) o para decidir la separación de los administradores.

Los estatutos pueden elevar las mayorías legales necesarias para adoptar algunos acuerdos o para todos ellos. La elevación puede ser tanto consecuencia de un aumento del porcentaje requerido como del ensanchamiento de la base de cómputo.

De conformidad con la doctrina mayoritaria no es posible que los estatutos de una sociedad anónima exijan el voto favorable de un determinado número de socios (al contrario de lo que sucede en relación con las sociedades limitadas: *cf.* art. 200.2 LSC). Tampoco cabe imponer directamente la unanimidad, sin que sea posible pronunciarse *a priori* sobre la validez de las cláusulas estatutarias que, sin llegar a exigirla formalmente, establecen mayorías muy elevadas. Deben considerarse lícitas, sin embargo, las disposiciones que, dada la distribución de las acciones, hagan necesaria *de hecho* la unanimidad (situación que, por otra parte, puede verificarse simplemente por aplicación de las reglas legales sobre las mayorías).

La exclusión de la impugnación de determinados acuerdos sociales y su tratamiento procesal (art. 204.2 y 3 LSC)

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre del 2012 (RJ 2012\9723) que la necesidad de conciliar, por un lado, la grave distorsión que en la vida de las sociedades mercantiles puede provocar la impugnación de acuerdos adoptados por los órganos competentes y, por otro, la exigencia de garantizar el ejercicio por los socios de su derecho a intervenir en la formación de la voluntad social «es determinante de que, en aquellos supuestos en los que, por su contenido, no son contrarios al orden público, los distintos ordenamientos articulen diversos mecanismos dirigidos, por un lado, a potenciar su inatacabilidad limitando las causas de impugnación, fijando breves plazos (de caducidad) a tal efecto y restringiendo la legitimación para impugnarlos, por otro, a impedir su impugnación cuando ésta ha perdido interés, y, por otro, finalmente, a facilitar la subsanación o convalidación de los que adolecen de irregularidades susceptibles de ser corregidas».

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo, ha introducido importantes innovaciones en estos mecanismos. En los primeros (los dirigidos a potenciar la inatacabilidad de los acuerdos), las modificaciones han afectado a la caducidad de la acción (art. 205 LSC) y a la legitimación para impugnar (art. 206), y a ellos no me referiré porque ya han sido analizados en otra parte de este libro. Tampoco me detendré en la posibilidad de subsanación prevista en el artículo 207.2, que no ha experimentado modificación alguna con la reforma; por eso me limitaré a mencionarla. En las páginas que siguen centraré la atención en los supuestos de improcedencia de la impugnación regulados en el artículo 204.2 y 3 y, en concreto, en las dos innovaciones fundamentales en ellos introducidas: 1) por un lado, se precisa —aunque de manera insuficiente, como diré— el régimen procesal del único supuesto de improcedencia de la acción de impugnación que estaba previsto en el precepto que ahora se modifica, a saber, cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, y 2) por otro, se añade al artículo un apartado 3 en el que se incorporan nuevos supuestos en los que se considera improcedente el ejercicio de la acción de impugnación, así como su régimen procesal.

2. La improcedencia de impugnar los acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros

2.1. *La norma legal*

Igual que antes, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital considera improcedente la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Pero, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, se distingue según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal.

Ello, sin perjuicio de que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero del 2006 (RJ 2006\256), recordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre del 2012,

antes citada, no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, «máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados». De ahí que disponga el párrafo segundo del artículo 204.2 que lo dispuesto en este apartado «se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor».

2.2. Acuerdo posterior adoptado antes del inicio del proceso de impugnación

En este caso, la impugnación «no será procedente». Pero la norma guarda silencio sobre cómo opera el efecto en cuestión. No se prevé que la existencia del nuevo acuerdo pueda fundamentar una causa de inadmisión de la demanda (vid. art. 404.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—), lo cual, por lo demás, sólo se plantearía en el improbable caso de que el propio actor lo pusiera de manifiesto en la demanda o el acuerdo goce de publicidad general.

Pero la pregunta sigue en pie. Si tal supuesto se planteara, ¿podría fundamentar la inadmisión de la demanda de impugnación? Como es conocido, la regla general en nuestro Derecho es la admisibilidad de la demanda. Sólo se exceptúan aquellos casos en que la ley prevea su inadmisión expresamente (art. 403 LEC). Y, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1988, de 2 de febrero, «en punto a la valoración de las decisiones judiciales de inadmisión [...], la doctrina reiterada de este tribunal es la de que para que aquéllas sean constitucionalmente legítimas han de apoyarse en una causa a la que la norma legal anude tal efecto».

Los casos en que la ley prevé expresamente la inadmisión de la demanda son poco numerosos en nuestro ordenamiento (vid. art. 403.2 LEC), todos ellos de interpretación restrictiva (por suponer un límite del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción) y, además, están fundados no en la falta de requisitos internos de la demanda misma o del derecho a la tutela, sino, generalmente, en el incumplimiento de algún requisito formal (vid. expresamente el art. 404.2.2.º LEC) o en la no aportación de algún documento cuya falta lleve aparejada semejante sanción. Además, como ha dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1999, de 22 de marzo, los supuestos expresos de inadmisión deben interpretarse a la luz del derecho fundamental a la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución y del principio general de la subsanabilidad de los defectos procesales. Por eso, en principio no es posible en nuestro ordenamiento que el juez inadmita una demanda por razones de fondo (por ejemplo, porque se pide una tutela jurídica manifiestamente infundada o no prevista en la ley). Ciertamente que el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone que «los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones [...] que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Pero en la generalidad de los casos no se puede entender que, apoyándose en él, se pueda producir aquella declaración de inadmisión, porque el juez no puede formar su criterio sobre la cuestión de fondo (la existencia o no del fraude o abuso de derecho) *a priori*, con base exclusivamente en los datos que le proporciona la demanda.

No obstante, a mi juicio, esta doctrina debe replantearse en supuestos excepcionales; por ejemplo, en los casos de abuso o fraude que sean manifiestamente claros. Así lo ha entendido la jurisprudencia tanto en los casos de fraude de ley (por ejemplo, el ya antiguo Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de octubre de 1988, *Revista General del Derecho*, 1988, págs. 7053 y ss.) como de manifiesto abuso de derecho (vid. la STS de 15 de noviembre del 2000, RJ 2000\9582). Y aunque tal doctrina deba tomarse con cautela (vid. el voto particular formulado al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citado), en mi opinión, así habría que entenderlo también en los que la tutela jurídica concreta que se solicita esté expresamente privada de accionabilidad.

Sin embargo, aunque éste sea el caso que nos ocupa (falta de accionabilidad), no me parece que sea posible su control en fase de admisión sin prestar audiencia al demandado, porque aquél (el control) debe reservarse, en estos casos, a los supuestos en que la privación de accionabilidad está prevista de una manera absoluta, sin margen para la discusión.

En cualquier caso, lo normal será que la causa sea puesta de manifiesto por el demandado, que puede hacerlo por diversos cauces: recurriendo el decreto (o el auto) de admisión de la demanda, en el escrito de contestación o, directamente, promoviendo el incidente del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todos los casos se alegará la existencia del nuevo acuerdo adoptado con anterioridad a la interposición de la demanda, pero el supuesto que se producirá tendrá los mismos efectos que si la revocación o el nuevo acuerdo hubieran sido adoptados después de la interposición de la demanda de impugnación (del primer acuerdo), porque la improcedencia de una acción ya ejercitada es causa de su extinción. En ambos casos, pues, el juez dictará auto de conclusión del proceso porque en los dos se ha producido el mismo efecto de extinción de su objeto (el acuerdo impugnado).

La cuestión es si habrá que estar (en estos casos de acuerdos anteriores al proceso, pero hechos valer durante la pendency del mismo) al procedimiento previsto en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la respuesta debe ser, a mi juicio, negativa, por no concurrir el supuesto de hecho previsto en la norma, que expresamente vincula la terminación del proceso a «circunstancias sobrevenidas a la demanda...»). El problema que entonces se plantea es si procede forzar la interpretación de la referida norma o hay que acudir a otras vías procesales. Y, en este último caso, si, superada en el proceso la fase de admisión de la demanda, debe ser posible el control de la falta de accionabilidad en la audiencia previa o, por tratarse de un problema de fondo, deberá ser resuelto en la sentencia.

Teniendo en cuenta que la falta de accionabilidad es una cuestión no prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el punto de partida es la delimitación del ámbito mismo de su artículo 425, que se obtiene poniéndolo en relación con el artículo 405.3 del mismo cuerpo legal, conforme al cual en el escrito de contestación a la demanda deberá alegar el demandado «... las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo», y con el artículo 416, según el cual, descartado el acuerdo entre las partes, la primera de las finalidades de la audiencia previa es resolver «sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo». Se deduce con claridad de estos preceptos que las cuestiones que se han de resolver en este momento (en la audiencia previa) son de naturaleza estrictamente procesal, con exclusión de las de fondo; o dicho con palabras más técnicas, el mencionado régimen procesal (control en la audiencia previa) es aplicable a los presupuestos del proceso, no a los requisitos de la acción. Y no parece dudoso que la accionabilidad se incluye dentro de esta segunda categoría.

Sin embargo, puede invocarse la doctrina de las Audiencias Provinciales sobre el control excepcional en la audiencia previa de cuestiones de fondo. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 23 de mayo del 2005 (JUR 2005\166362), que ha subrayado las discrepancias acerca de si se incluye dentro de dicho control la alegación de caducidad de la acción; o el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 25 junio del 2007, para el que la falta de legitimación *ad causam* —que es una clara cuestión de fondo—, puede estimarse en la audiencia previa, siquiera cuando es manifiesta, debiendo en los demás casos resolverse en sentencia. En especial, respecto de este último requisito, la jurisprudencia ha mantenido con frecuencia la opinión de que, aun siendo la legitimación una cuestión de fondo, es posible un tratamiento procesal y preliminar de ella en los casos en que la norma exija determinadas condiciones para el ejercicio de la acción, cuyo análisis pueda realizarse previamente al examen de la cuestión de fondo (vid., por ejemplo, las SSTS de 30 de marzo del 2006, RJ 2006\1870, y de 16 de mayo del 2000, RJ 2000\3110). Doctrina que me parece que es aplicable al supuesto que ahora nos ocupa.

2.3. Acuerdo posterior adoptado, estando pendiente el proceso de impugnación

- 1.º En el segundo de los supuestos introducido ahora por la norma (cuando la revocación o sustitución hubiere tenido lugar después de la interposición de la demanda), «el juez dictará

auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto». Se rectifica así, en relación con el segundo de los supuestos (la impugnación de acuerdos sociales una vez iniciado un proceso judicial), el criterio jurisprudencial anterior, que se oponía a la admisión de la revocación o sustitución del acuerdo en tales supuestos por aplicación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, conforme al cual carecen de eficacia las innovaciones introducidas después de iniciado el juicio en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda. Y, al hacerlo, se acoge el mantenido por diversas Audiencias Provinciales que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, había admitido la posibilidad de revocación o sustitución aplicando el artículo 413 de dicha ley, que prevé el supuesto del artículo 22 como una excepción al principio de preclusión (*vid.* AAP de Madrid de 16 de octubre del 2009, AC 2010\219).

Este supuesto es ahora compatible con la posibilidad de subsanar (siempre que sea posible) la causa de impugnación, prevista desde siempre en la legislación societaria (*vid.* ya el art. 115.3, párr. segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas) y que el artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene inalterada. De esta forma, la norma considera el supuesto de la subsanación diferente del de la sustitución del acuerdo impugnado por otro (art. 204.2) y lo hace porque conceptualmente son diferentes, ya que la subsanación no supone necesariamente la desaparición del acto impugnado, sino de la causa de impugnación; aunque el efecto será el mismo: subsanada la causa de impugnación (por ejemplo, un requisito de forma), el proceso termina.

- 2.º En este caso, parece claro que deberá acudir al incidente del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que habrá que tener en cuenta lo siguiente:
 - a) La circunstancia (el nuevo acuerdo revocatorio o sustitutorio) se pondrá de manifiesto y, «si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el secretario judicial la terminación del proceso» (art. 22.1). La expresión «se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal» parece excluir la apreciación de oficio por aquél haciendo recaer la correspondiente carga sobre las partes (*vid.*, por ejemplo, el AAP de Barcelona de 1 de junio del 2006, AC 2006\1894), aunque existen pronunciamientos en contra con fundamento en el carácter público que tiene el proceso, del que se deriva que no pueda quedar a disposición de la parte continuarlo cuando no exista un legítimo interés para ello: «Determinar si subsiste un interés legítimo es, en definitiva, el objeto del incidente regulado en el apartado segundo, única razón por la que se prevé oír a las partes, pero no porque de su voluntad pueda depender la continuación o extinción del proceso. El acuerdo de las partes a lo único que conducirá será a excluir el pronunciamiento judicial sobre la subsistencia de interés legítimo, pero a nada más. Constatada en autos la carencia sobrevenida del objeto, es preciso pronunciarse sobre si puede continuar o no el mismo, decisión que depende exclusivamente de principios de orden público» (*vid.* el AAP de Tarragona de 15 de noviembre del 2002, JUR 2003\81445).
 - b) Pero la parte contraria puede mostrar su disconformidad en el trámite de audiencia, bien sosteniendo la subsistencia de interés legítimo en el pronunciamiento jurisdiccional sobre su pretensión, bien por otras causas. En estos casos, en los que la ley exige que la negación de la circunstancia sobrevenida sea motivada, «el tribunal convocará a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto en el plazo de diez días» y, previa audiencia de las partes, «decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede o no continuar el juicio». En definitiva, se deja en este caso en manos del tribunal la decisión acerca de si la pretensión ha sido o no satisfecha o la concurrencia de la causa de que se trate ha sido determinante de la privación del interés legítimo en litigar. Precisamente por ello, si la decisión es la de terminar el proceso, aquélla no adquiere firmeza, sino que frente a ella cabe recurso de apelación (art. 22.3).
- 3.º Se establece en la norma que, en caso de acuerdo entre las partes, se dictará auto de terminación del proceso «sin que proceda la condena en costas». En opinión del auto antes citado,

el alcance de esta norma debe ser precisado porque su aplicación indiscriminada puede ser fuente de situaciones injustas y de abuso de derecho por parte del demandado. Por eso, considera que la interpretación razonable de esa norma «consiste en ponerla en relación con el párrafo primero del propio apartado en el que se encuentra, y particularmente con el supuesto de que exista acuerdo de las partes, respecto de la extinción del proceso sin más». Por consiguiente —concluye—, el desacuerdo de las partes también se puede fundar en la aplicación de la norma sobre costas.

- 4.º En todo caso, la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación con la pretensión ejercida. Ahora bien, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2009, de 27 abril, para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa.

3. Los nuevos supuestos de improcedencia de la acción de impugnación

3.1. *El régimen que se instaura*

El nuevo artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en diferentes motivos que guarden relación con la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo; con la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta; con la participación en la reunión de personas no legitimadas, o con la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos. A todos estos supuestos se les priva de acción (son casos de falta de accionabilidad).

No obstante, en todos ellos se prevé como excepción el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación mencionados e invocados como fundamento de la acción. Por ejemplo, cuando se trata de una infracción procedimental relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos; o cuando la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación; o cuando el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Presentada la demanda, concluye el precepto, el tema acerca del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

En definitiva, para el legislador de la reforma, determinados motivos de impugnación tienen una diferente trascendencia a los efectos de fundamentar o no el ejercicio de la acción, según sean o no relevantes o determinantes; y, como no es posible un control de esta cuestión *in limine litis* —porque se entiende que necesariamente se planteará después—, su control se somete al de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento.

3.2. *Lo que la norma no ha hecho*

La norma no ha previsto el control de oficio de la relevancia o esencialidad del motivo —y, en consecuencia, de la falta de accionabilidad— por parte del órgano judicial a la vista de los datos proporcionados por la demanda. Resulta aplicable aquí lo antes dicho acerca de que, en principio, no es posible en nuestro ordenamiento que el juez inadmita una demanda por razones de fondo (como ocurriría en el caso), ni siquiera en los supuestos del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque en la generalidad de los casos el juez no puede formar su criterio sobre la cuestión de fondo *a priori*, con base exclusivamente en los datos que le proporciona la demanda.

Decía que quizás esta doctrina debería excepcionarse en los supuestos en los que la tutela jurídica concreta que se solicita esté expresamente privada de accionabilidad, pero obsérvese que no es éste el caso que ahora se plantea, porque no se trata de decidir si el supuesto está privado de acción, sino si, partiendo de esta privación, concurre en el caso la excepción que hace nacer dicha acción. Y la decisión de esta cuestión excede con creces de los límites de la fase de admisión, porque exige la audiencia de la parte contraria.

El legislador ni siquiera ha exigido al actor acreditar (documentalmente o de otra forma) con su demanda la relevancia, en el caso, del motivo de impugnación, para justificar, siquiera sea indiciariamente (como exige, por ejemplo, el art. 266.3.º LEC para las demandas de retrac-to), la concurrencia de las excepciones previstas en el artículo 204.3 y, en consecuencia, la procedencia de la acción de impugnación.

La cuestión entonces es si, al supeditar el control al planteamiento (siempre a instancia de parte) del incidente de previo pronunciamiento, se deja el tema en manos del demandado, de forma que, si decide no plantear la cuestión incidental, dejará el camino expedito para la tramitación del procedimiento de impugnación. Y la respuesta —me parece— tiene que ser afirmativa, con la consiguiente conclusión de que los supuestos de exclusión de la acción que se introducen obedecen a razones de oportunidad al hacerse depender de la voluntad del demandado. Pero a este tema dedico el apartado siguiente.

3.3. *La cuestión incidental de previo pronunciamiento*

Recordemos de nuevo lo que dice el precepto: «Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento».

La lectura de esta norma plantea los siguientes interrogantes:

1.º En primer lugar, su misma viabilidad como cuestión incidental. Según el artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «[s]on cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso». Es decir, conforme a este precepto, la cuestión incidental puede tener un objeto sustantivo o procesal y siempre nace dentro del proceso. Basta leer los casos previstos en el artículo 391 de la misma ley como cuestiones incidentales de previo pronunciamiento para darse cuenta de ello: las dos primeras son procesales y la tercera, en la que aparentemente podría encajar el que ahora se plantea («cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación»), puede ser también sustantiva.

Para que unas y otras (por tanto, también las sustantivas) tengan la cualidad de verdaderas cuestiones incidentales, es necesario que sean una «incidencia que ocurra durante el juicio [...]» y distintas de las que constituyen el objeto principal del pleito. Y en el caso que ahora analizamos la decisión sobre la relevancia o no del motivo de impugnación forma parte de la verdadera cuestión de fondo del pleito.

2.º Según el artículo 392 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «[l]as cuestiones incidentales se plantearán por escrito, al que se acompañarán los documentos pertinentes y en el que se propondrá la prueba que fuese necesaria y se indicará si, a juicio de quien proponga la cuestión, ha de suspenderse o no el curso normal de las actuaciones hasta la resolución de aquélla»; y, según el artículo 393.1, el momento preclusivo para plantearlas es el comienzo del acto del juicio o, en el juicio verbal, la admisión de la prueba propuesta.

Resulta, pues, que, interpuesta la demanda y admitida a trámite, el demandado (en el caso, la sociedad) podrá plantear la cuestión desde que se le da traslado de la demanda hasta los momentos preclusivos indicados (no se plantea, por tanto, la posibilidad de aplicar el requisito previsto para las cuestiones incidentales procesales del artículo 391 que hayan sobrevenido con posterioridad a la audiencia previa del juicio). Pero siempre con el riesgo de que no lo haga —en cuyo caso el proceso continuará su tramitación, sin posibilidad de control de oficio (por lo menos legalmente previsto), hasta la sentencia— o de que lo haga tardíamente, en cuyo caso, si la cuestión incidental es estimada antes del incidente contradictorio que se prevé (art. 393 LEC) y se pone fin al proceso, resultará que éste (el proceso) habrá seguido una tramitación en el vacío.

Y en todo caso, si la cuestión no se plantea y se llega a la sentencia, habrá que formularse de nuevo la siguiente pregunta: ¿supone ello —como decía antes y creo que es correcto— que el motivo no procedente de impugnación, según la ley, tiene naturaleza disponible y no impide que el juez dicte sentencia sobre el fondo o, por el contrario, muda su naturaleza y podrá el juez en la sentencia apreciarlo de oficio y, en consecuencia, desestimar la acción por falta de relevancia de la impugnación?

3.4. Conclusión

Por las razones que acabo de exponer, no me parece que el planteamiento de una cuestión incidental de previo pronunciamiento, sin más precisiones (y, por tanto, con remisión al régimen general de estas cuestiones en la Ley de Enjuiciamiento Civil), sea el cauce adecuado para resolver el problema que nos ocupa.

A mi juicio, la relevancia del motivo de impugnación invocado y, por tanto, su aptitud para fundamentar la acción correspondiente, forma parte de la cuestión de fondo. Y, si lo que se quiere es decidir sobre ella cuanto antes, alegada por el actor, podrían haberse previsto estos cauces de control:

- 1.º bien en la fase de admisión, si de la demanda se deducen datos suficientes para que el órgano judicial plantee un incidente contradictorio, a semejanza (y *mutatis mutandis*) del previsto para las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución (art. 552.1, párr. segundo, LEC);
- 2.º bien en la audiencia previa del juicio (o en el acto del juicio verbal), si el demandado en la contestación o el juez de oficio denuncian o aprecian que el motivo de impugnación no es relevante conforme al artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, se aproximaría el régimen de esta cuestión incidental al de las procesales previstas en el artículo 391.1.º y 2.º que, como antes dije, sólo tienen la relevancia de cuestiones incidentales de previo pronunciamiento si sobrevienen con posterioridad a la audiencia previa. Esto es lógico porque, planteadas las cuestiones antes, pueden resolverse en este momento (la audiencia) con el efecto de sobreeser el proceso, haciendo innecesario tener que acudir al expediente del incidente de previo pronunciamiento. Como ha dicho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 31 de marzo del 2005 (JUR 2005\158386), no «hay precepto en la LEC del 2000 que autorice a promover un incidente de previo pronunciamiento antes de contestar a la demanda con suspensión del curso del proceso, o después de ella pero antes de la conclusión de la audiencia previa. Los hechos son anteriores y sobradamente conocidos por la demandada y deberían plantearse en la contestación a la demanda y resolverse en la audiencia previa».

Y, a mi juicio, no constituiría obstáculo para esta solución que se trate de una cuestión incidental «sustantiva» si se entiende —como creo que puede hacerse— que, a semejanza de la naturaleza que atribuye a la legitimación la jurisprudencia más reciente, se trata de una cuestión preliminar de la de fondo en sentido estricto.

Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015)

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. En el artículo anterior analicé los casos de improcedencia de la acción de impugnación de acuerdos sociales que están regulados en el artículo 204.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), prestando especial atención a este segundo apartado de la norma (el 3), introducido por la Ley 31/2014, que incorpora nuevos supuestos (de improcedencia de la acción), así como su régimen procesal.

La simple lectura de este régimen (procesal) plantea numerosas dudas que, como mínimo, ponen de manifiesto las prisas del legislador al regular esta materia. El acuerdo objeto de análisis se propone esclarecerlas, pero, como diré, tampoco lo logra; quizás porque su punto de partida es la aceptación, sin crítica alguna, de la vía ofrecida (el incidente de previo pronunciamiento) y se limita a ofrecer un conjunto de criterios interpretativos sobre su tramitación.

2. Considera el acuerdo que, a pesar de que pudiera entenderse que el legislador hace recaer sobre el actor la carga de plantear la cuestión sobre el carácter esencial, relevante o determinante del motivo de impugnación alegado, de forma que sólo se admitiría la demanda principal cuando el juez se hubiera pronunciado al respecto, «es el demandado quien, en su escrito de contestación, debe denunciar tal cuestión de previo pronunciamiento mediante otrosí pues el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le impone a él el deber de advertir o suscitar aquellas excepciones procesales que impiden la válida prosecución del proceso, como sería el caso».

A partir de esta afirmación, ofrece un conjunto de criterios sobre la tramitación de dicha alegación que, en mi opinión, no proporcionan la claridad suficiente para resolver todos los problemas que puede presentar la escueta previsión de la Ley de Sociedades de Capital y su remisión, sin más precisiones, al régimen de las cuestiones de previo pronunciamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

3. A mi juicio, debe tenerse en cuenta lo siguiente:
 - a) El artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital no presume el carácter esencial o determinante de la cuestión (sobre el carácter esencial o determinante del motivo de impugnación), de forma que haga recaer sobre el demandado la carga de denunciarla (vía incidente de previo pronunciamiento o en la contestación a la demanda, para ser resuelta en la audiencia previa); por el contrario, regula unos supuestos de improcedencia de la acción, que son verdaderos casos de falta de accionabilidad, con la única excepción de que la cuestión tenga carácter esencial o determinante, y hace recaer sobre el actor su acreditación. Por eso, situados en una perspectiva crítica, la vía adecuada hubiera

sido, como ya apunté en el trabajo anterior, la de exigir al actor que acreditara con su demanda de impugnación, documentalmente si fuera posible, ese carácter esencial o determinante de la cuestión. Algo semejante a lo que ocurre con las demandas de retracto con las que se exige aportar «[l]os documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden» (art. 266.3.º LEC), bajo sanción de inadmisión de la demanda (art. 269.2 LEC).

- b) Situados en la perspectiva de que la carga de la alegación se hace recaer sobre el demandado, no parece correcto decir, como hace el acuerdo, que «el demandado tiene el deber de aducir en la contestación a la demanda, todas las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del procedimiento mediante sentencia sobre el fondo, como sería el caso conforme al artículo 204.3 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital», y que la denuncia de tal cuestión debe hacerse precisamente «en la contestación a la demanda». Si éste fuera el único momento procesal para plantear la cuestión, no tendría sentido su tramitación como cuestión de previo pronunciamiento: planteada en la contestación, se resolvería en la audiencia previa y, si fuera estimado el carácter no esencial o relevante de la cuestión, el juez dictaría auto de sobreseimiento del proceso, como ocurre con las demás cuestiones procesales que se oponen a la válida tramitación del proceso. Lo único por resolver sería la naturaleza sustantiva del problema (la audiencia previa no está prevista para la resolución de cuestiones semejantes), pero —como ya dije en el trabajo anterior— aquel problema podría obviarse si se tiene en cuenta que, lo mismo que ocurre con la legitimación, nos encontramos ante una cuestión previa a la de fondo en sentido estricto.

Por lo dicho, me parece que hay que entender que el demandado puede alegar la cuestión también con anterioridad, pudiendo hacerlo en cualquier momento una vez que haya sido emplazado, y su planteamiento dará lugar a la suspensión del procedimiento (art. 393.2 LEC) a semejanza de lo que ocurre con la declinatoria. No me parece que se oponga a ello que, como dice el acuerdo, «el término *cuestión* que emplea el artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser entendido como *controversia*, la cual sólo se suscitará cuando el demandado conteste a la demanda y se oponga a ésta», porque la controversia se refiere a un punto concreto y se suscita con el planteamiento de la cuestión incidental, con independencia del momento procesal en que deba realizarse.

En todo caso, como digo, esta suspensión no tiene mucho sentido si la alegación se hace en la contestación, porque afectaría (la suspensión) a la audiencia previa, que es el acto previsto —en condiciones normales— para la resolución de estas cuestiones.

- c) Puede discutirse si rige el límite preclusivo previsto para las cuestiones de previo pronunciamiento en el artículo 393.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el comienzo del acto del juicio). El acuerdo parece cuestionarlo cuando expone que «debe entenderse referido solamente a aquellos hechos nuevos o de nueva noticia, pero no respecto de aquellas excepciones procesales que eran conocidas por el demandado en el momento de contestar a la demanda, como sería el caso». Aunque no se entiende muy bien lo que quiere decir. En mi opinión, el tenor de la norma (art. 393.1 LEC) es claro y su aplicación a las cuestiones de que tratamos también, porque la Ley de Sociedades de Capital no la excluye. En cualquier caso, no será frecuente que al comienzo del acto del juicio (que es el límite preclusivo) se planteen estas cuestiones como, en general, tampoco lo será que se planteen cualesquiera otras procesales que se opongan a la válida tramitación del proceso, porque hasta el momento anterior (que es la audiencia previa) aquéllas mismas han podido plantearse a instancia del demandado y (por lo menos en la audiencia previa: véase el art. 425 LEC) también de oficio por el juez.
- d) Planteada por el demandado, dentro del límite temporal visto, la cuestión sobre el carácter relevante, esencial o determinante del motivo de impugnación del acuerdo, se tramitará conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 391 y ss.) para las cuestiones de previo pronunciamiento: demanda, providencia de admisión con suspensión del curso de las actuaciones del pleito principal, audiencia de las demás partes y citación a todas ellas a una comparecencia, aunque —como dice el acuerdo objeto de análisis— sólo si las partes proponen medios de prueba distintos de la documental, porque, en caso contrario, será innecesaria.

A mi juicio, y como ya he apuntado, habrá que exceptuar de esta tramitación los casos en que la cuestión se alegue en la contestación a la demanda o se suscite en la audiencia previa; en estos casos, la tramitación será la propia de las cuestiones planteadas y resueltas en este acto procesal.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Barcelona | Bilbao | Bruselas | Lisboa | Londres | Madrid | Nueva York | Valencia | Vigo

Barcelona

Diagonal, 640
08017 Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00

Bilbao

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (+34) 94 415 70 15

Bruselas

Avenue Louise, 480
B-1050 Bruxelles - Brussel
Belgique - België
Tel.: +32 (0) 2 231 12 20

Lisboa

Avenida Duque de Ávila, n.º 46, 6.º
1050-083 Lisboa
Portugal
Tel.: (+351) 21 340 86 00

Londres

Five Kings House
1 Queen Street Place - London
EC4R 1QS - United Kingdom
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

Madrid

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00

Nueva York

126 East 56th Street
New York, NY 10022
Tel.: (+1) 646 736 3075

Valencia

Gran Vía Marqués del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (+34) 96 351 38 35

Vigo

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (+34) 986 44 33 80