

Mercantil

¿Equivale la concesión de poderes generales a todos los consejeros a una delegación de facultades? (STS 215/2022, de 21 de marzo)

En su Sentencia 215/2022, de 21 de marzo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre si el otorgamiento de poderes generales, en idénticos o muy similares términos, a todos y cada uno de los miembros del consejo de administración puede interpretarse como una delegación de funciones en el sentido previsto en el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital

ALBERTO DÍAZ MORENO

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

1. Antecedentes

1.1. El consejo de administración de una sociedad anónima acordó, en febrero de 2018, otorgar poderes generales a tres de sus vocales. Con ello, estos tres consejeros (miembros de la tercera generación de la familia que controlaba la compañía) pasaron a gozar de una situación equivalente a la de los restantes tres consejeros (miembros de la segunda generación) en cuanto a la posición que ostentaban en el seno del consejo.

El tenor del acuerdo (séptimo de los adoptados en la correspondiente reunión) fue el siguiente: “En aras de que todos los miembros del Consejo de Administración tengan otorgados la misma estructura de poderes generales en la Sociedad, se propone a los Sres. Consejeros someter a su deliberación y votación el otorgamiento de poderes generales a favor de D. JF, D. PA y D^a. H en los mismos términos que los poderes generales otorgados en el año 2015 al resto de miembros del Consejo de Administración (esto es, D. LA, D. CM

y D. JM), todo ello según la propuesta que fue remitida a los Sres. Consejeros mediante correo electrónico de fecha 16 de febrero de 2018”.

- 1.2. Para contextualizar la situación conviene tener en cuenta que, desde 2015, los tres consejeros de la segunda generación familiar habían actuado como consejeros delegados y habían suscrito los contratos pertinentes de conformidad con lo previsto en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). En la misma reunión del consejo antes referida se acordó tener por extinguidos dichos contratos.
- 1.3. Uno de los consejeros (integrante de la segunda generación) impugnó el acuerdo mencionado junto con otro adoptado (bajo el quinto punto del orden del día) en la referida del consejo de 2018.

El juzgado de lo mercantil estimó la demanda en lo que concernía a este último acuerdo (relativo al procedimiento interno de canalización y suministro de información a los miembros del consejo), pero la desestimó en cuanto al acuerdo séptimo antes transcrito.

Ambas partes (sociedad y consejero) interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y declaró nulo el referido acuerdo séptimo al tiempo que desestimó, por el contrario, la impugnación del acuerdo quinto (SAP Zaragoza [5ª] 34/2019, de 16 de enero [ECLI:ES:APZ:2019:169]).

La sociedad demandada formuló recurso de casación (que, obviamente, sólo se dirigió contra el pronunciamiento relativo al acuerdo séptimo) que fue

estimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 215/2022, de 21 de marzo [ECLI:ES:TS:2022:1121]. Esta resolución confirmó, así, el pronunciamiento de primera instancia en relación con el acuerdo adoptado por el consejo de administración de la compañía demandada en relación con la concesión de poderes generales.

- 1.4. Sin perjuicio de lo que se indicará más adelante, conviene adelantar que el consejero demandante argumentó, como fundamento de la impugnación del referido acuerdo séptimo, que el otorgamiento de poderes generales a los tres consejeros de la tercera generación había supuesto –según su criterio- una delegación de funciones ejecutivas, por lo que debería haberse dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (esto es, debería haberse suscrito un contrato entre la sociedad y cada uno de esos consejeros que hubiese sido previamente aprobado por el consejo con el voto favorable de dos tercios de sus miembros y la abstención del consejero afectado).

2. Delegación de facultades y otorgamiento de poderes generales a los consejeros: los principios generales

- 2.1. Como explica la Sentencia reseñada, en las sociedades anónimas el consejo goza -en el marco de lo dispuesto en los estatutos- de cierto ámbito de autonomía organizativa dado que, entre otras cosas, puede regular su propio funcionamiento (art. 245.2 LSC). Y, precisamente, una de las manifestaciones de esta facultad de autorregulación consiste en la posibilidad de que el consejo designe de entre sus miembros uno o varios

consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo al efecto el contenido, los límites y las modalidades de la delegación (art. 249.1 LSC).

- 2.2. También señala el Tribunal Supremo que esta delegación de funciones “supone la atribución, de manera estable, de una esfera de decisiones, de carácter orgánico y no meramente funcional, que atempera la colegialidad como regla de funcionamiento del consejo de administración. Estos consejeros delegados o comisiones ejecutivas constituyen órganos delegados que tienen, respecto del consejo de administración, autonomía para ejercer las facultades que le han sido atribuidas en la delegación, sin perjuicio de que el consejo no pierde su competencia para controlar e impartir instrucciones o criterios de actuación respecto de tales facultades delegadas” (FD 3º, punto 3).

Esta caracterización de la figura de la delegación de funciones del consejo resulta determinante. Obsérvese que, cuando efectivamente se produce la delegación, se generan ámbitos materiales en los que las decisiones –que, en principio, competirían sólo al propio consejo (art. 209 LSC)- podrán ser adoptadas también por otros órganos (en su caso colegiados, como las comisiones ejecutivas). Por tanto, con el acuerdo de delegación no simplemente se atribuyen a determinados consejeros facultades para ejecutar o llevar a cabo (frente a terceros y con eficacia vinculante para la sociedad) las decisiones del consejo de administración. Se trata de una decisión de mayor alcance: se les atribuye el propio poder de adoptar esas decisiones de gestión dentro del abanico

de las competencias delegadas (con todo, se ha afirmado –ESTEBAN VELASCO- que resulta teóricamente posible una delegación únicamente de la función representativa, en cuyo caso no existiría una diferencia sustancial entre este tipo específico de consejero delegado y el consejero al que los estatutos hubiesen encomendado el poder de representación al amparo del artículo 233.2.d de la Ley de Sociedades de Capital). De cualquier forma, ha de recordarse que, según afirmación generalizada, a pesar de la delegación el consejo de administración conserva su círculo de competencias de gestión en concurrencia con los órganos delegados (y puede sustituir a éstos en el ejercicio de las facultades delegadas, impartirles instrucciones o, incluso, revocar la delegación o modificar su contenido con los límites derivados de la normativa estatutaria). De la misma manera suele señalarse que la delegación tampoco limita por sí misma las facultades representativas propias del consejo, que siempre podrá ejercerlas eficazmente en los términos previstos en el artículo 233.2.d de la Ley de Sociedades de Capital.

- 2.3. Por el contrario, el otorgamiento de poderes generales o especiales (a los consejeros o a otras personas), que es compatible con la delegación de facultades (art. 249.1 LSC), tiene, en principio, un significado bien distinto. Únicamente implica que el apoderado podrá actuar en nombre de la compañía para dar cumplimiento a las decisiones adoptadas por el órgano competente (el consejo o, en su caso, un órgano delegado). Por lo demás, y desde el punto de vista operativo, que el consejo conceda facultades representativas

facilita ciertamente el funcionamiento de la compañía. En efecto, recuérdese que, estando encomendada la administración de la sociedad a un consejo de administración, “el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente” (art. 233.2.d LSC). Precisamente en relación con ello el Tribunal Supremo indicó que mediante este expediente (la concesión de apoderamientos) se elimina la necesidad de que hayan de comparecer todos los vocales del órgano para representar a la sociedad frente a terceros (FD 3º, punto 11). Ha de advertirse, con todo, que en la literatura jurídica se ha sostenido que la fórmula legal no exige -en rigor- que todos los consejeros hayan de actuar conjuntamente, bastando para vincular a la sociedad con la actuación conjunta, en nombre de la compañía, de la mayoría de los miembros del órgano.

En suma, el propio consejo de administración puede optar por otorgar poderes a algunos de sus miembros para que ejecuten frente a terceros las decisiones adoptadas en el seno de dicho órgano. Bien entendido, de un lado, que este representante carecerá de competencias decisorias propias en cuanto a la gestión social. Y, de otro, que, en el ámbito estrictamente representativo, tampoco se le atribuirá un poder autónomo de vinculación (como sucede, por el contrario, con los consejeros delegados o con los consejeros a los que los estatutos hayan atribuido directamente el poder de representar a la sociedad, con respecto a los cuales las limitaciones de sus facultades representativas sólo tienen eficacia interna; *cfr.* arts. 234 LSC y 149.3 RRM; Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe

Pública de 10 de febrero de 2021 [BOE de 25 de febrero]).

3. Delegación de facultades y otorgamiento de poderes generales a los consejeros: el caso concreto

3.1. En el supuesto abordado por la Sentencia comentada la dificultad radicaba, justamente, en determinar cuál era el contenido material del acuerdo adoptado por el consejo (formalmente presentado como la decisión de otorgar poderes generales a sus seis miembros). El problema estribaba, en efecto, en saber si el mencionado acuerdo encerraba en realidad una delegación de facultades porque, de ser así, su validez quedaría condicionada al cumplimiento de lo prescrito en el apartado 3 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital. En rigor, pero esto no es algo que se discutiera en profundidad en la Sentencia 215/2022 (al menos abiertamente), había que analizar también si, no tratándose propiamente de un acuerdo de delegación de facultades, podría sin embargo considerarse un acuerdo de atribución de “funciones ejecutivas en virtud de otro título”, ya que el mencionado artículo 249.3 se aplica también en este supuesto (como se ha señalado –JUSTE- la Ley lleva a cabo en este precepto un “acercamiento material” o “funcional” al concepto de delegado con la finalidad de evitar que se obtenga un resultado equivalente a un delegación sin cumplir con la los requisitos legales pertinentes, centrados en la transparencia retributiva y en la gestión de los conflictos de intereses).

3.2. Pues bien, el Tribunal Supremo entendió en este caso que “el otorgamiento de poderes generales, en idénticos o

muy similares términos, a todos y cada uno de los consejeros que integran el consejo de administración no puede interpretarse como una delegación de funciones en el sentido previsto en el art. 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital” (FD 3º, punto 5).

Para llegar a esta conclusión se basó en las siguientes consideraciones:

- a) Las funciones decisorias propias del órgano de administración y la titularidad de la representación orgánica de la sociedad seguían correspondiendo al consejo de administración de la compañía (FD3º, punto 6).

En realidad, esta observación no parece decisiva ya que el hecho de que el consejo delegue alguna de sus competencias no implica por sí mismo que se vea privado, ni de sus funciones decisorias sobre las mismas, ni de su poder de representación, facultades que deben entenderse concurrentes con las del órgano delegado. De hecho, como se ha apuntado previamente, el propio Tribunal Supremo había señalado un poco antes que “el consejo no pierde su competencia para controlar e impartir instrucciones o criterios de actuación respecto de tales facultades delegadas”.

- b) El acuerdo de otorgar poderes generales a los tres consejeros de la tercera generación debe verse –apunta el Tribunal Supremo– meramente como un medio para agilizar las relaciones de la sociedad con terceros (FD 3º, puntos 7, 11 y

12). Según la Sentencia reseñada se pretendía sólo que, cuando fuera necesario realizar alguna actuación frente a terceros en ejecución de las decisiones del consejo, cualquiera de sus miembros pudiera intervenir en representación de la sociedad (sin necesidad, por tanto, del otorgamiento de apoderamientos voluntarios para cada actuación concreta). En efecto, si –como sucedía en el supuesto litigioso– todos los administradores eran a su vez apoderados generales, cada consejero se encontraba autorizado para actuar en esta segunda cualidad y, por tanto, para actuar en nombre ajeno (de la compañía). A este respecto el Tribunal se preocupó de puntualizar que con ello el consejero actuante no declarararía su voluntad en un ámbito de decisión que le hubiera sido atribuido por el consejo (no desempeñaría, en suma, una función orgánica), sino que manifestaría la voluntad misma de ese órgano, expresada previamente en una decisión (acuerdo) adoptada en su seno siguiendo el procedimiento colegial (es decir, sería un representante únicamente en la declaración de voluntad). En suma, el Tribunal Supremo estimó que no se había llegado a encomendar a los consejeros la facultad de adoptar decisiones propias del consejo de administración de tal modo que estuvieran en condiciones de adoptar tales decisiones autónomamente, sin intervención del consejo de administración (FD 3º, punto 10), como sin embargo podrían hacer si fueran verdaderos delegados.

El Tribunal Supremo vino a insistir así en las diferencias entre el apoderamiento y la delegación en el contexto de la disciplina de las sociedades de capital para considerar que, en este caso, se había recurrido a la primera figura y no a la segunda.

- c) No cabe –señala la Sentencia 215/2022- interpretar el contenido de los poderes generales otorgados a todos y cada uno de los consejeros como la atribución de facultades decisorias y no sólo representativas (FD 3º, puntos 8 y 9).

Es de observar que la Audiencia Provincial había considerado que las facultades otorgadas a los consejeros de tercera generación (“contratar y despedir al personal, fijar sus atribuciones, gratificaciones, participaciones en beneficios, condiciones del contrato laboral; celebrar convenios colectivos; comprar y vender bienes muebles e inmuebles; otorgar préstamos, créditos o similares hasta el límite de 3.000.000 euros; pagar o liquidar cualesquiera cantidad vencida, cancelar garantías, contratar operaciones financieras hasta 6.000.000 euros; afianzar hasta 3.000.000 euros...”) no se reducían a actos de mera representación, sino que suponían la atribución de facultades decisorias delegadas por el consejo y “con un claro perfil ejecutivo”. Es más: la sentencia de segunda instancia indicó que las facultades concedidas a los consejeros de la tercera generación (asunto que constituía el núcleo de la controversia) eran en esencia similares a las

facultades atribuidas en su momento a los consejeros de segunda generación y que se encontraban recogidas en los correspondientes contratos de prestación de servicios de “consejero delegado” del año 2015, suscritos entre la sociedad y dichos consejeros (contratos que, aun siendo a juicio de la Audiencia un tanto genéricos, se referían a la condición de consejero delegado y a las funciones ejecutivas a desempeñar).

No obstante, el Tribunal Supremo consideró que no cabía entender que, en el caso concreto, se hubiera producido una delegación o una atribución de funciones ejecutivas. En este sentido la sentencia reseñada dio especial relevancia al hecho de que los poderes generales se otorgaran a todos y cada uno de los seis consejeros en términos idénticos. En efecto, el Tribunal razonó que si se interpretara que se había producido una auténtica delegación el resultado sería equivalente en términos prácticos, al que derivaría de la existencia de seis administradores solidarios, “cada uno de los cuales podría adoptar cualquier decisión en las competencias propias del consejo de administración, sin necesidad de decisión colegiada alguna y con la posibilidad de adopción de decisiones contradictorias entre los mismos”. Tal situación no se ajustaría –en opinión de la Sala- a la naturaleza y a la regulación del consejo de administración, por lo que no resultaba oportuno interpretar que esto había sido lo realmente decidido por el consejo cuando acordó la concesión de poderes generales.

Con todo, debe señalarse que, en rigor, la situación descrita –posibilidad de actuación de los seis miembros del consejo como administradores solidarios- no supondría por sí misma la “disolución” fáctica del consejo de administración ya que este órgano siempre conservaría, entre otras, la facultad/deber de vigilar y controlar la actuación de los delegados y la de decidir –por mayoría- la revocación de alguna o algunas de las delegaciones y de impartir instrucciones.

4. La decisión del Tribunal Supremo

- 4.1. En definitiva, el Tribunal Supremo vino a concluir que, a la vista de las circunstancias concurrentes, no cabía apreciar que

el consejo de administración hubiera recurrido al instrumento del apoderamiento voluntario para realizar, en realidad, una delegación de funciones a determinados consejeros y con el objetivo de eludir el cumplimiento de las exigencias legales que acompañan a una decisión de este tipo (*cfr.* art. 249 LSC). Es decir: al ser el acuerdo impugnado un verdadero acuerdo de concesión de poderes y no un acuerdo encubierto de delegación de funciones o de atribución de funciones ejecutivas no resultaba de aplicación en el supuesto litigioso el apartado 3 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital. La impugnación del acuerdo del consejo carecía, por tanto, de fundamento, por lo que el recurso de la sociedad fue estimado y revocada en este extremo la sentencia de segunda instancia.