



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 13, 2019. Artículo 4
DOI: <https://doi.org/10.21134/lex.v0i13.1769>

A VUELTAS CON LA DISOCIACIÓN ENTRE EL PODER DE REPRESENTACIÓN Y EL PODER DE GESTIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN MANCOMUNADO

Lara Jiménez Hajduka

Abogada

I. Introducción.

En atención a los datos que recoge la Memoria Estadística del año 2018 elaborada por el Registro Mercantil Central¹, la estructura de órgano de administración por el que con diferencia más optan las Sociedades Anónimas (60%) y de Responsabilidad Limitada (74%) es el unipersonal, esto es, el administrador único. Por su parte, la administración mancomunada, de entre los distintos modos que permite la ley de organizar la administración, queda relegada a último lugar en cuanto a forma de administración elegida (sólo un 2% en las SA y un 4% en las SL).

Es este modo de organizar la administración, el mancomunado, y la disociación entre la titularidad del poder de representación y la titularidad del poder de gestión propia de esta estructura, lo que será objeto de aproximación en este artículo a raíz de la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 424/2019 de 16 de julio.

II.- El poder de representación y el poder de gestión en la administración mancomunada.

Dentro de las facultades de los administradores mancomunados debemos distinguir las de gestión y las de representación.

El ámbito de la gestión engloba las competencias de dirección y control, y conlleva obligaciones tales como: la llevanza del libro registro de socios

(art. 116 de la LSC), la convocatoria de las juntas generales (art. 167 de la LSC), la de proporcionar la documentación e información pertinente en relación con los asuntos comprendidos en los puntos del orden del día (arts. 196 y 197 de la LSC), la de certificar las actas, etc. La titularidad del poder de gestión corresponde al conjunto de los administradores mancomunados y requiere del ejercicio mancomunado de todos ellos (artículo 210 LSC).

Por su parte, el ámbito de la representación conlleva la realización de todos aquellos actos comprendidos en el objeto social, así como de aquellos otros que constituyan medios auxiliares para el desarrollo de dicho objeto (en este sentido, RDGRN 16/03/90).

El poder de representación, que depende de lo dispuesto en los estatutos y se sujeta a las reglas del artículo 233.2.c. LSC, es el que se materializa en el ámbito externo de representación frente a terceros.

Es reiterada la doctrina de la DGRN, que enfatiza la disociación entre la titularidad del poder de representación y la titularidad del poder de gestión en los casos de la administración mancomunada: *“Se trata, en definitiva, de diferenciar dos dimensiones en la actuación de los administradores: la externa o de relación con terceros, a la que corresponde la posible regulación del poder de representación, y la interna, a la que corresponde el ejercicio del poder de gestión no susceptible de modulación, por estar la primera fundada en la protección del tráfico y su agilidad.”*²

¹ <http://www.rmc.es/estadisticas/EstadisticaSocietaria.aspx>

² Resolución de 23 de marzo de 2015, de DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Ciudad Real, por la que se deniega la inscripción de acta notarial de junta general.

Por ello, cuando hablamos de las actuaciones que les corresponde a los administradores en el ejercicio de su poder de gestión nos referimos a aquellas que están comprendidas dentro del ámbito societario estrictamente interno, en la medida que afectan a las relaciones entre la sociedad y sus socios; mientras que, las actuaciones correspondientes al ejercicio del poder de representación afectan al ámbito societario externo, esto es, a las relaciones externas de la sociedad y al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros.

En este sentido, el poder de representación queda sujeto a las reglas establecidas en los artículos 233.2.c) de la LSC y 185.3.c) del Reglamento del Registro Mercantil. El primero de los preceptos referidos dispone que, en las sociedades de responsabilidad limitada, *“si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.”*

De lo anterior se desprende que son los estatutos sociales los que deben concretar la forma del ejercicio del poder de representación mancomunado, especificando a quiénes se le atribuye, exigiendo la actuación de un número superior -a dos- o incluso, exigiendo la actuación por parte de todos ellos, siempre cumpliendo el límite mínimo marcado por la LSC en tanto que el poder de representación debe ejercitarse al menos por dos de los administradores mancomunados.

Esta concreción en la forma del ejercicio del poder de representación no puede atribuirse a la Junta General ni tan siquiera al amparo del artículo 210.3 de la LSC, que permite expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada

recoger en estatutos los distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria. Así se ha pronunciado la DGRN en su reciente resolución de 8 de enero de 2018 *“la forma de ejercitar el poder de representación es materia de los estatutos sin que se pueda atribuir a la junta general, ni tan siquiera sobre la base de atribuir a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas al modo como permite el artículo 210.3 de la misma ley para optar entre los diversos modos de organizar la administración previstos por el legislador.”*

Es importante destacar que esta “mancomunidad parcial” que se prevé legalmente, es solo respecto del poder de representación, pero no respecto del de gestión, salvo previsión estatutaria, tal y como ha admitido la DGRN en su resolución de 4 de mayo de 2016 y ha ratificado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 424/2019 de 16 de julio, que pasamos a analizar.

III.- La competencia de la convocatoria de las Juntas Generales dentro del poder de gestión.

Dicha disociación de poderes -de representación y de gestión-, propia de la administración mancomunada, ha sido puesta de relieve en la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 424/2019.

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por el socio de una sociedad limitada con un capital social repartido entre cinco socios, y con un órgano de administración mancomunado compuesto por cuatro miembros (todos ellos socios de la sociedad, a excepción del recurrente) y que trae causa de sendas demandas contra la

sociedad, posteriormente acumuladas en un solo procedimiento, en las que la parte demandante impugnaba los acuerdos adoptados por dos Juntas Generales al entender que las mismas habían sido convocadas con infracción de los artículos 166 y 174 de la LSC.

El demandante impugnó los acuerdos adoptados en dichas Juntas Generales solicitando su nulidad pues, la primera de ellas fue convocada únicamente por dos de los cuatro administradores mancomunados, y la segunda Junta General, se convocó por tres de los cuatro administradores mancomunados.

Debemos subrayar, por el valor *sanador* que le otorga la sentencia de segunda instancia y que el Tribunal Supremo ratifica en su sentencia aquí analizada, que las Juntas fueron celebradas con la presencia de los cuatro administradores mancomunados, inclusive los administradores no convocantes.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que, ante la posibilidad de paralización de los órganos sociales, era admisible la convocatoria por una parte de los administradores. El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue nuevamente desestimado por la Audiencia Provincial, pues entendió que, si bien las convocatorias adolecían de una irregularidad formal, las mismas quedaron sanadas desde el momento en el que los otros administradores no convocantes asistieron a las juntas generales y prestaron conformidad con los respectivos órdenes del día.

Antes de analizar el fondo de la sentencia conviene recordar que la competencia para convocar la junta general corresponde al órgano de administración, atendiendo a la estructura de di-

cho órgano que, en el presente caso, consiste en cuatro administradores mancomunados. Así, el artículo 166 de la LSC reza que *“La junta general será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad”*.

Como ha señalado la DGRN en numerosas resoluciones, la actividad del órgano de administración ante la Junta, con especial relevancia al acto de la convocatoria, corresponde a los administradores según la forma del ejercicio en el que han sido nombrados, encuadrándose dicha competencia dentro del ejercicio del poder de gestión.

Es recurrente la doctrina de la DGRN en este sentido, vid. resolución de 23 de marzo de 2015 *“No puede dudarse, al efecto, que **la convocatoria de la junta es una de las actuaciones que corresponden a los administradores en ejercicio de su poder de gestión o administración y que tiene una dimensión estrictamente interna, en la medida en que afecta al círculo de relaciones entre la sociedad y sus socios.**”*

Por su relevancia, debemos volver a traer a colación la RDGRN de 4 de mayo de 2016, que, entre otras cuestiones, resolvía el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de inscribir una modificación estatutaria de una sociedad limitada que permitía la convocatoria efectuada por dos de los tres administradores mancomunados, con el siguiente tenor literal *“La gestión, administración y representación de la Sociedad y de sus asuntos y negocios, en juico y fuera de él, corresponderá al Órgano de administración que podrá encomendarse: – Un administrador único, que ejercerá el poder de representación. – Un mínimo de dos y un máximo de tres administradores solidarios, en cuyo caso el poder de representación corresponderá a cada uno de ellos. – Un mínimo de dos y un máxi-*

mo de tres administradores mancomunados, en cuyo caso el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por dos cualesquiera de ellos. **Igualmente será válida la convocatoria de la Junta General por dos de los tres administradores mancomunados.** – Un consejo de administración, con un mínimo de tres miembros y un máximo de siete. Corresponde a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin que ello implique modificación de estos estatutos (...).» La DGRN resolvió que la previsión estatutaria no era contraria a la Ley pues, pese a que la convocatoria de la junta es una actuación propia de los administradores en el ejercicio de su poder de gestión, es precisamente por dicha dimensión interna del poder de gestión, esto es, por encuadrarse dentro del ámbito de las relaciones ente la sociedad y sus socios, por lo que “debe admitirse el amplio juego de la autonomía de la voluntad a la hora de aplicar la norma del artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital. Es indudable que no se infringen normas imperativas sobre el capital social, responsabilidad frente a terceros, derechos de las minorías ni otros elementos esenciales como al ámbito del poder de representación orgánica o las competencias mínimas del órgano de administración. Cabe concluir, por tanto, que una previsión estatutaria como la analizada en este expediente no sólo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido elegido (cfr. artículos 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 1255 y 1258 del Código Civil), caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico (como expresaba el apartado II.3 de la Exposición de Motivos de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo), sino que facilita la convocatoria de la junta general, de suerte que ante la negativa o imposibilidad de concurso de uno de los tres administradores conjuntos se evita la convocatoria realizada por el letrado de la admi-

nistración de justicia o el registrador, con la mayor dilación que pudiera comportar.”

En este escenario, la STS en su FJ Segundo reafirma que la facultad de convocar las juntas generales se encuadrada dentro del poder de gestión, por lo que no cabría aplicar las reglas del poder de representación previstas en la LSC y el RRM respecto de la mancomunidad parcial (arts. 233.2 c) LSC y 185.3.c) RRM), **a menos que** “los estatutos establezcan que los administradores con poder mancomunado pueden gestionar de forma solidaria los asuntos internos de la compañía (lo que últimamente ha sido admitido por la DGRN, por ejemplo, en la Resolución de 4 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3011))”

Siguiendo el criterio de la DGRN en las distintas resoluciones referidas y acogido ahora por el TS en su sentencia, entendemos que cabría concluir que para que las convocatorias que efectuaron dos (primera junta general) y tres (segunda junta general) de los cuatro administradores mancomunados hubieran sido válidas, los estatutos de dicha sociedad deberían de haber previsto la posibilidad de que los administradores con poder mancomunado pudieran convocar de esta manera, esto es, por dos de los tres administradores mancomunados.

Sin embargo, pese a que los estatutos de la sociedad no recogieran dicha previsión estatutaria y admitiendo ambas sentencias (dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, en el recurso de apelación núm. 653/2012 y por la Sala de lo Civil del TS en su Sentencia núm. 425/2019) que hubo una irregularidad formal en las convocatorias efectuadas por parte de los administradores mancomunados de la sociedad, el Tribunal Supremo resuelve de manera contraria a la esperada.

Así, el punto quinto del FJ Segundo de la STS acoge la interpretación sanadora de la Audiencia Provincial y desestima el recurso de casación señalando que *“Todos los administradores sociales, tanto los convocantes como los no convocantes de las juntas generales impugnadas, asistieron a ellas y no hicieron objeción alguna ni a su convocatoria ni al contenido de sus respectivos órdenes del día. Lo que constituye un inequívoco acto concluyente de conformidad con la convocatoria, con lo que la finalidad legal de que la misma se hiciera por la totalidad del órgano de administración quedó cumplida, en cuanto se hizo con la conformidad de todos ellos.”*³

El discernir del TS en esta sentencia nos aproxima nuevamente a la corriente jurisprudencial y doctrinal que ha tenido reflejo en la normativa en los últimos años. Ejemplo de ello encontramos la reforma acometida a través 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, que vino a restringir el ejercicio del derecho de impugnación del socio de los acuerdos adoptados en la Junta General, adoptando ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse, y la Ley 11/2018 de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que, entre otras

cuestiones, reformó el artículo 348. Bis de la LSC, permitiendo que el derecho de separación por falta de distribución de dividendos, tuviera carácter dispositivo (*“Salvo disposición contraria de los estatutos”*).

Sorprende el giro en el desarrollo argumental que hace el Tribunal Supremo en su sentencia, pues como indica la misma, la regla legal es que la competencia para convocar la junta general de una sociedad de capital esté atribuida, salvo supuestos especiales que la propia ley regula, a sus administradores. Por lo que, ***cuando la Junta General no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida.***

Los acuerdos objeto de impugnación no fueron adoptados en Juntas universales, por lo que las convocatorias, entendemos que, debieron de haber respetado las formalidades previstas en la Ley y en los Estatutos sociales para que las mismas fueran válidas. El socio recurrente, que entendió que dichas juntas mal convocadas no debían de haberse celebrado, fue privado de su derecho a ser convocado con una antelación mínima de quince días (art. 176 LSC), de su derecho a solicitar información relativa a los puntos del orden del día de forma previa a la reunión (art. 196 LSC), de su derecho a solicitar a los administradores la asistencia de un notario que levante el acta de la junta (art. 203 LSC), en definitiva, de su derecho a asistir y a votar en una junta correctamente convocada.

³ Cabe aquí preguntarse si en un supuesto en el que un socio estuviera impugnando unos acuerdos adoptados por una Junta General convocada por “parte” de un Consejo de Administración reunido sin alcanzar la mayoría legal necesaria, y que fue celebrada con la asistencia de la totalidad de los miembros de dicho Consejo, los cuales, no se opusieron ni a la propia convocatoria ni al orden del día, se habría resuelto en el mismo sentido. Esto es, si la convocatoria irregular quedaría subsanada por el hecho de que todos los miembros del Consejo de Administración, incluidos los no convocantes, asistieron a la Junta General y aceptaron el orden del día.