

DIRECTORES

ALBERTO DÍAZ MORENO
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Sevilla

JAVIER JUSTE MENCÍA
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

LUIS ANTONIO SOLER
Magistrado Audiencia Provincial
de Alicante

ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ
Magistrado Audiencia Provincial
de Madrid

II FORO DE ENCUENTRO DE JUECES Y PROFESORES DE DERECHO MERCANTIL

COORDINADORES

MARÍA JESÚS GUERRERO LEBRÓN
Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

DIEGO CRUZ RIVERO
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad de Sevilla

CRISTINA ESCRIBANO GÁMIR
Profesora Titular de Derecho mercantil,
Universidad de Castilla-La Mancha

FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA
Profesor Asociado de Derecho mercantil,
Universidad de Castilla-La Mancha

RAFAEL FUENTES DEVESA
Magistrado Juzgado de lo Mercantil de Alicante

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	7
ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS MEDIANTE EL SISTEMA DE REPRESENTA- CIÓN PROPORCIONAL (Javier JUSTE MENCÍA)	11
I. PLANTEAMIENTO.....	11
II. CONSIDERACIÓN PREVIA: EL DISCUTIDO ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO MAYORITARIO.....	12
III. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETA- CIÓN DEL NOMBRAMIENTO PREVISTO EN EL ART. 137 LSA.....	15
1. Posibles decisiones mayoritarias para enervar el derecho de la minoría	15
2. La agrupación de acciones	16
IV. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DEL RD 821/1991	19
1. Ámbito de la autonomía de la voluntad.....	19
2. La notificación previa de la agrupación.....	20
3. Exceso de agrupaciones sobre las vacantes	21
V. LA DISCUTIBLE COLISIÓN ENTRE LAS NORMAS SOBRE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y COOPTACIÓN.....	23

	Pág.
1. Ámbito de aplicación y finalidad de las normas legales sobre los sistemas de cooptación y representación proporcional....	23
2. Dificultades técnicas derivadas de los desarrollos reglamentarios: el momento en que se produce la vacante del nombrado por cooptación.....	25
LA RESCISIÓN CONCURSAL DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (Ignacio SANCHO GARGALLO).....	31
I. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	31
II. LA RESCISIÓN CONCURSAL.....	33
III. EL PERJUICIO EN LA RESCISIÓN CONCURSAL: SACRIFICIO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO.....	35
IV. RIESGO DE RESCISIÓN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	39
V. EXCLUSIÓN DE LA RESCISIÓN CONCURSAL EN LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN QUE CUMPLEN LOS REQUISITOS DE LA DA 4. ^a LC.....	42
1. Acuerdos de refinanciación excluidos de la rescisión concursal.....	42
2. Control <i>a priori</i> de la justificación del sacrificio patrimonial..	44
3. Otras acciones de impugnación.....	45
LA EXISTENCIA DE ACTIVO REALIZABLE COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL CONCURSO (Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES).....	47
I. INTRODUCCIÓN.....	47
1. Planteamiento del problema.....	48
2. Advertencias previas.....	55
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXIGENCIA DE ACTIVO REALIZABLE PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO...	56
III. ARGUMENTOS FAVORABLES A LA EXIGENCIA DE ACTIVO REALIZABLE PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO...	64
IV. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA EXIGENCIA DE ACTIVO REALIZABLE PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	68

	Pág.
V. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN LOS «CONCURSOS SIN MASA».....	76
PRESUPUESTOS DE LA INFRACCIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL (Enrique GARCÍA-CHAMÓN CERVERA)	81
I. INTRODUCCIÓN.....	81
II. RÉGIMEN JURÍDICO.....	82
III. CONCEPTO DE DISEÑO	84
1. Apariencia.....	84
2. Visibilidad.....	85
3. Carácter estético	85
IV. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES.....	86
1. Obra artística protegible por la propiedad intelectual.....	86
2. Creación protegible como modelo industrial	87
V. CLASES DE DISEÑO	89
1. Diseño ordinario y diseño artístico	89
2. Diseño registrado y diseño no registrado.....	89
3. Diseño nacional y diseño comunitario	91
VI. REQUISITOS DE PROTECCIÓN	91
1. Novedad.....	91
2. Carácter singular	93
VII. PRESUPUESTOS DE LA INFRACCIÓN DEL DISEÑO	94
1. Diseño registrado.....	94
2. Diseño no registrado	95
VIII. RELACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL DISEÑO Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL (LCD)....	96
Análisis de los ilícitos concursenciales.....	97
CUESTIONES DE ACTUALIDAD EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES. Problemas procesales de la responsabilidad de administradores sociales; especial referencia a la acumulación de acciones y al riesgo de incongruencia (Juan F. GARNICA)	103

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN.....	103
II. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO Y ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.....	105
1. La determinación del objeto del proceso.....	107
2. Estudio de algunos problemas concretos de identificación de cada una de las acciones de responsabilidad.....	110
A) Responsabilidad por daños y por deudas.....	110
B) Acciones contra el administrador y otras acciones de extensión de la responsabilidad social hacia terceros.....	112
III. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.....	114
1. El carácter de las normas que atribuyen la competencia a los juzgados mercantiles.....	116
2. La necesidad de una solución homogénea para todo el territorio nacional.....	119
3. La justificación de la competencia del órgano especializado...	120
 CUESTIONES DE ACTUALIDAD EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES. Problemas sustantivos en torno a la coordinación de las acciones de responsabilidad (José Antonio GARCÍA-CRUCES)	121
I. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	121
II. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.....	124
III. COORDINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL CON EL RÉGIMEN GENERAL DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.....	141
IV. RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES.....	150

PRÓLOGO

La obra que el lector tiene en sus manos recoge el texto de las ponencias defendidas en el II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho mercantil (que se celebró en Sevilla durante los calurosos días 2 y 3 de julio de 2009).

Este II Foro constituyó, en buen medida, un intento de consolidar la labor iniciada poco más de un año antes en Barcelona, ciudad en la que la Universidad Pompeu Fabra acogió de forma brillante la primera edición de estos encuentros. La favorable acogida que se dispensó al I Foro desde la Judicatura y la Universidad convenció a los impulsores de esta iniciativa de la conveniencia de realizar un nuevo esfuerzo y de repetir la experiencia. La ciudad de Sevilla fue el escenario elegido y las Universidades de Sevilla y Pablo de Olavide las encargadas de la organización, tarea en la que contaron con la imprescindible colaboración de la Fundación para la Magistratura. El II Foro tuvo además el aliciente de celebrarse en la novísima sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, la cual, si bien no puede compararse con el fantástico marco de la vieja Fábrica de Tabacos, ofreció un espacio moderno y funcional (y refrigerado) donde las jornadas de trabajo pudieron desarrollarse sin ningún tipo de problema.

Como continuador de la experiencia barcelonesa, este II Foro reprodujo —con las necesarias adaptaciones— el formato que tan buenos resultados había rendido en el primero. De esta forma las ponencias se agruparon en cuatro grandes bloques temáticos («Cuestiones de actualidad del Derecho de Sociedades», «Cuestiones de actualidad del Derecho concursal», «Cuestiones de actualidad del De-

recho industrial y de la competencia» y «Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores»). Cada uno de estos «temas marco» contó con dos ponentes: uno de ellos, proveniente del ámbito judicial (un juez o magistrado especialmente interesado en los temas mercantiles); el otro, elegido entre profesores universitarios cultivadores del Derecho mercantil. Se pretendió, de esta forma, con plena fidelidad al espíritu que animó desde el principio la organización de estos encuentros, ofrecer a los participantes en el II Foro una combinación de experiencia profesional y análisis académico en el tratamiento de los temas seleccionados.

Los asistentes tuvimos así la ocasión de escuchar las intervenciones de José Ramón Ferrándiz Gabriel (Magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo) y Javier Juste Mencía (Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha) en torno a determinados aspectos del nombramiento y la separación de los administradores de las sociedades de capital. Pudimos igualmente atender las exposiciones de Ignacio Sancho Gargallo (Presidente de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona) y de Alfonso Rodríguez de Quiñones (Catedrático de E.U. de la Universidad de Sevilla) acerca de muy relevantes cuestiones en materia concursal (el perjuicio en la acción rescisoria fue el tema tratado por el primero y los concursos sin masa el abordado por el segundo). Del Derecho industrial y de la competencia se ocuparon Enrique García-Chamón Cervera (Presidente de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante) y José Massaguer Fuentes (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Pompeu Fabra), quienes trataron, el primero, de la protección jurídica del diseño industrial, y, el segundo, de las acciones de defensa de los derechos de propiedad industrial. Finalmente, Juan Garnica Martín (Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona) y José Antonio García-Cruces (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Zaragoza) abordaron, respectivamente, los problemas procesales y los sustantivos planteados por la coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal de los administradores sociales. Por desgracia, en esta obra no se han podido recoger todas las intervenciones mencionadas. Atendibles y muy comprensibles razones profesionales y personales han impedido a algunos de los conferenciantes reelaborar sus ponencias y encontrarse en condiciones de darlas a la imprenta en este momento.

En todo caso, resulta oportuno recordar que a los ponentes se les subrayó la conveniencia de que los temas a tratar ofrecieran interés

práctico, tuvieran relevancia jurídica y que fueran de actualidad. Desde luego, todos ellos cumplieron disciplinada y diligentemente con estas indicaciones. No se falta un ápice a la verdad si se afirma que el trabajo realizado por los conferenciantes fue de una calidad sobresaliente. Todas y cada una de las ponencias fueron interesantes, valiosas y ricas en contenido. Por eso mismo resultaron enormemente sugerentes y conformaron la base sobre la cual se apoyaron los fluidos intercambios de opiniones que tuvieron lugar. Debates en los que, según opinión largamente compartida, radica uno de los grandes atractivos de estos Foros y que constituyen uno de los motivos principales de su aceptación. En estos coloquios se pone de manifiesto —quizás como en ningún otro momento— lo extraordinariamente enriquecedor que resulta para el jurista contar con un ámbito en el que contrastar ideas, experiencias y enfoques; y se hacen manifiestos la utilidad y el sentido último de estos Foros. Justamente la conveniencia de reservar tiempo suficiente para el desarrollo pausado (y no precipitado) de los debates explica que (de acuerdo con las indicaciones recibidas desde la organización) las intervenciones fueran breves, bastante más breves de lo que suele ser habitual en los congresos, jornadas o seminarios al uso. También esta moderación en el uso del tiempo por parte de los conferenciantes, precisamente en beneficio de la discusión y el diálogo, se ha convertido en seña de identidad de los Foros de encuentro.

El balance del II Foro ha de ser positivo también en el plano de la convivencia. Nunca debe desdeñarse —ni siquiera en la tecnificada y superconectada sociedad actual— el valor y la importancia del contacto personal. La posibilidad de conocer a los jueces y magistrados cuyas resoluciones leemos, analizamos o comentamos, o a los profesores cuyas obras consultamos y estudiamos, tiene un gran valor. En el haber de estos Foros se cuenta, así, la singular oportunidad que ofrecen para crear vínculos de colaboración y para establecer cauces de intercambio de información, de experiencias y de opiniones que resultan de gran utilidad y que, sin duda, se traducen en la mejora de la calidad del trabajo realizado por todos (y, en ocasiones, en relaciones de amistad).

Sería imposible (e injusto) cerrar estas líneas sin dedicar algunas palabras de agradecimiento a las instituciones y personas que, con su colaboración, han contribuido a hacer posible el II Foro. Mención especial merecen en este capítulo el «Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla», entidad de crédito más conocida entre el público como CAJASOL (la

cial, a través de su Director General Adjunto —Lázaro Cepas—, apoyó desde el primer momento esta iniciativa) y el Consejo General del Notariado (que, de la mano de su Presidente, Antonio Ojeda, se volcó igualmente con el proyecto del II Foro). Sin su generosísima contribución económica y su compromiso decidido el II Foro no hubiera sido el éxito que fue. Y también es obligado recordar la colaboración prestada por las Universidades de Sevilla y Pablo de Olavide (anfitrionas del evento), por la Fundación de la Magistratura y por la Universidad Pompeu Fabra. Finalmente, debe recordarse que participaron igualmente en la organización el Proyecto de Investigación I+D+i «Principales Instituciones del Derecho de la Insolvencia» (Der 2008-05874-C02-01/JURI) y el Grupo de Investigación «Régimen jurídico del tráfico empresarial» (SEJ-380).

Una parte de la labor desarrollada en dos intensas jornadas de trabajo queda reflejada en esta obra. Su edición constituye así, al mismo tiempo, la confirmación del buen resultado del II Foro y su último acto. Pero esto sólo es un punto y seguido. Lo realmente importante es que el ilusionante proyecto de los Foros de encuentro ha adquirido consistencia y se ha ido consolidando con el tiempo. El III Foro, espléndidamente celebrado en Toledo en 2010, y la previsión del desarrollo del IV Foro en Bilbao en 2011, así lo demuestran.

Sevilla, octubre de 2010

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS MEDIANTE EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

Javier JUSTE MENCÍA*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIÓN PREVIA: EL DISCUTIDO ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO MAYORITARIO.—III. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL NOMBRAMIENTO PREVISTO EN EL ART. 137 LSA.—1. Posibles decisiones mayoritarias para enervar el derecho de la minoría.—2. La agrupación de acciones.—IV. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DEL RD 821/1991.—1. Ámbito de la autonomía de la voluntad.—2. La notificación previa de la agrupación.—3. Exceso de agrupaciones sobre las vacantes.—V. LA DISCUTIBLE COLISIÓN ENTRE LAS NORMAS SOBRE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y COOPTACIÓN.—1. Ámbito de aplicación y finalidad de las normas legales sobre los sistemas de cooptación y representación proporcional.—2. Dificultades técnicas derivadas de los desarrollos reglamentarios: el momento en que se produce la vacante del nombrado por cooptación.

I. PLANTEAMIENTO

Me corresponde en esta ponencia la exposición de algunas cuestiones de actualidad relativas al nombramiento de consejeros por el sistema de representación proporcional. Este procedimiento de designación hoy regulado en el art. 137 LSA, y desarrollado por el RD 821/1991, no ha dejado de resultar polémico desde fuera introducido

* Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Castilla-La Mancha).

en nuestro Derecho de anónimas por la LSA 1951. Las dudas interpretativas se extienden a la mayor parte de su régimen jurídico y obedecen, en último término, a la dificultad de coordinar una singular derogación del principio mayoritario con el resto de las normas aplicables a las relaciones entre Junta general y órgano de administración, cuando es aquel el que rige el ejercicio del poder en el seno de la sociedad anónima. La parquedad legal, mitigada sólo parcialmente mediante el mencionado desarrollo reglamentario, hace sentir esa contradicción, de manera particular, a la hora de analizar el cese del consejero o consejeros nombrados por la minoría, cuestión esta que se aborda por la ponencia posterior.

No se pretende aquí proceder a una explicación acabada del sistema de representación proporcional en el seno de las sociedades anónimas¹. De acuerdo con el tema de la ponencia, la exposición lo será de determinadas cuestiones que se han suscitado ante los tribunales, o que pueden plantearse en la aplicación de la normativa, únicamente respecto del acto de designación de los administradores. Para ello, se hará mención de algunos problemas relacionados directamente con la aplicación de la ley, y otros derivados de la aplicación del Real Decreto. Una interpretación conjunta de la ley y el Reglamento merece, a nuestro juicio, la controvertida cuestión de la idoneidad de la utilización de la facultad de cooptación del consejo de administración para evitar la designación por los minoritarios, que se examina con un grado mayor de detenimiento.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA: EL DISCUTIDO ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO MAYORITARIO

A pesar de la aproximación tópica que debe realizarse en el seno de esta jornada, resulta preciso realizar alguna consideración previa,

¹ Cfr., entre otros, F. MARTÍNEZ SANZ, *La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración*, Madrid, 1992, E. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1992, pp. 396 y ss., G. ALCOVER GARAU, «La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima y el principio mayoritario en el funcionamiento de la junta general de accionistas», en *RdS*, núm. 2, 1994, pp. 83 y ss.; J. JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, 1995; F. MARTÍNEZ SANZ, «Comentario al art. 137», en ARROYO y EMBID, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005, pp. 491 y ss.

que permita justificar el carácter, necesariamente polémico, del art. 137 LSA, que se origina en la derogación del principio mayoritario que éste comporta para el nombramiento de consejeros.

La adopción del mencionado principio como inspirador de las reglas que rigen la adopción de decisiones en el seno de la junta general resulta de sencilla justificación, especialmente en las sociedades de carácter abierto. Razones como la necesidad de preservar la agilidad en la toma de decisiones, e incluso la pervivencia misma de la sociedad (si se quiere, además, con las consecuencias que ello puede acarrear sobre actividades empresariales productivas), la imposibilidad de cerrar acuerdos, en el momento de su constitución, sobre todas las posibles decisiones polémicas que pueden plantearse en el futuro, unidas a la restricción del riesgo que para el socio aportante supone la responsabilidad limitada explican, sin necesidad de mayor fundamentación, que la voluntad de quienes representan la mayoría en el momento de la votación pueda imponerse a los disidentes y ausentes. El Derecho de las sociedades anónimas acude al principio mayoritario en todas las decisiones que competen a la junta general: modificaciones estructurales y estatutarias —incluidas las que afecten a los derechos especiales de los accionistas, con la cautela que supone, sin prescindir absolutamente de la regla de la mayoría, el expediente de la junta especial o separada—, disolución, aprobación de cuentas y de aplicación del resultado y, por supuesto, la designación de quienes han de desempeñar, en calidad de administradores, las tareas de gestión y representación de la sociedad. Por lo que a este nombramiento se refiere, el resultado de la aplicación del principio mayoritario supone que sólo formen parte del órgano de administración las personas de la confianza del grupo mayoritario.

Las dudas surgen en aquellos casos en los que las partes, al constituir la sociedad, decidan derogar los efectos del principio mayoritario de modo radical (no sólo mediante el reforzamiento de la mayoría necesaria), sustituyendo la regla por la de la unanimidad, o, sin llegar a ésta, pretendan pactar que sea necesario su consentimiento para la adopción de determinadas decisiones. Se trata de la figura que, en ocasiones, la doctrina italiana clásica ha llamado, haciéndose eco de otros planteamientos de Derecho comparado, derechos negativos de los socios minoritarios. A la misma lógica obedecen todas las figuras jurídicas que permiten la salida del socio (separación, opciones estatutarias de venta en todas sus manifestaciones), tanto más frecuentes cuanto más cerrada se presente la estructura accionarial, en el caso de

conflicto intrasocietario. En particular, resulta razonable que, al menos en las sociedades que presenten este carácter cerrado, alguno o algunos de los socios, aun siendo minoritarios, deseen participar activamente en las tareas de gestión, a través del nombramiento de algún representante en el órgano de administración, que se sitúa así en una mejor posición, cuanto menos, para fiscalizarla. En no pocos supuestos, la práctica muestra que esa participación puede llegar a constituirse en una auténtica condición de la inversión (piénsese en socios financieros, entidades de capital riesgo, socios miembros de la familia que está en el origen de la explotación empresarial, determinados socios interesados en una parcela de la actividad industrial o comercial que la compañía pretenda desarrollar).

En este terreno, el legislador español de sociedades anónimas, desde 1951, ha llegado más lejos que otros ordenamientos de nuestro entorno, al establecer de forma imperativa el sistema proporcional para la elección, mediante la aparentemente sencilla regla del cociente descrito en el art. 137 LSA (antiguo art. 71 LSA 1951): siendo dividendo el capital social, y divisor el número de vocalías del consejo, el resultado coincidirá con la cuota de capital que el legislador considera necesaria para elegir un miembro del órgano colegiado de administración. A esta regla se añade otra norma, que impide a las acciones utilizadas para proceder a la designación, participar en otras votaciones para la elección de un administrador.

El principal defecto de la representación proporcional consiste en haber diseñado sólo un sistema, por lo demás escasamente elaborado, de acceso de las minorías al consejo. Pero no ha creado, como hubiera sido necesario, tal y como muestra la ya larga experiencia en su aplicación, un auténtico sistema de participación estable de aquellas minorías en el órgano de administración. No debe olvidarse que el art. 137 LSA, en la práctica, sólo se aplica cuando ya se ha producido un conflicto entre los grupos de accionistas, de forma que el deseo del minoritario no es correspondido por los miembros del grupo de control. Si el pacto es posible, no cabe duda de que será más sencillo que la mayoría acepte dirigir sus votos hacia personas designadas por el grupo minoritario. No es extraño, incluso, que la composición del órgano de administración forme parte de un pacto parasocial de obligado cumplimiento para todos o alguno de los accionistas. El hecho de que el sistema se ponga en práctica cuando existe un previo conflicto intrasocietario hace más criticable el descuido del legislador por no dotar al procedimiento de unas reglas de coordinación mínimas.

Pero el panorama ofrecido por la carencia de normas se complica en este caso, debido precisamente a la preeminencia del principio mayoritario, que es el mecanismo deseado por el legislador para determinar, en el seno de los órganos, el interés social en cada caso. En ausencia de previsión protectora de la minoría, las normas generales permiten frustrar el ejercicio de aquel derecho, lo que no parece compatible con su reconocimiento expreso por el legislador. Resulta, por ello, preciso, que el intérprete busque soluciones idóneas para, en la medida de lo posible, conciliar los intereses en presencia (cuestión ciertamente difícil cuando las partes no desean tal conciliación), sin el apoyo de norma expresa y de principios, extraídos de las normas, a los que acudir, pues el Derecho dispositivo se halla informado por la vigencia del principio de mayorías.

III. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL NOMBRAMIENTO PREVISTO EN EL ART. 137 LSA

1. Posibles decisiones mayoritarias para enervar el derecho de la minoría

En el contexto del referido conflicto, que es ya latente cuando se deniega por los mayoritarios la elección de un representante de las minorías, la ley deja abierta la puerta a distintas maniobras que pueden, eficazmente, evitar el éxito de la pretensión minoritaria, alterando los presupuestos de su ejercicio.

Así, cabe que una modificación estatutaria altere la estructura del órgano administrativo, sustituyendo el consejo de administración por uno o varios administradores solidarios o mancomunados, supuestos en los que desaparece el derecho de las minorías a designar representantes en el órgano de administración. Sin necesidad de modificación estatutaria, cabría también la alteración del número de vocales del consejo, entre el número mínimo y máximo de los previstos estatutariamente.

Como ha expresado la jurisprudencia desde antiguo², la mera posibilidad de que exista una minoría interesada en designar, eventual-

² Cfr. SSTS de 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977, 10 de octubre de 1980. Bajo el régimen vigente, en la jurisprudencia de audiencias, SSAP Málaga de 23 de noviembre de 95.Valladolid, de 10 de octubre de 1997.

mente, consejeros, no puede tener como efecto una suerte de bloqueo de la voluntad social, que le impida, si la mayoría de los socios lo estima conveniente, ajustar el órgano a lo que considere más acorde con el interés social³. Bien mirado, adoptar una postura distinta, excesivamente garantista de la posición abstracta de los minoritarios, podría suponer que la decisión de optar por un consejo de administración se convirtiera en irreversible, lo que resulta a todas luces desproporcionado.

La alteración, al alza, del número de consejeros, que no requiere modificación estatutaria, podría resultar problemática cuando se decidiera ya con la constancia de que uno o varios accionistas se hubiera agrupado para ejercer el derecho. Conforme a la práctica habitual, el número de consejeros puede intentar determinarse en el momento mismo de la votación, facultad que sólo debe entenderse implícitamente excluida, merced a la comunicación concreta de la agrupación de accionistas, sobre la que se vuelve más adelante.

Por lo demás, la protección de los minoritarios frente a un aumento de capital decidido por la mayoría ha de buscarse, en principio, en el derecho de suscripción preferente.

La realización de todas estas maniobras, una vez que el derecho ha sido ejercido por la minoría, debe recibir un tratamiento paralelo al que se dispense al supuesto de revocación (objeto de distinta ponencia en este Foro). Baste indicar que, para la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, los acuerdos mencionados serían contrarios a la ley que consagra el derecho de representación proporcional.

2. La agrupación de acciones

En torno a la necesaria agrupación de acciones, hasta alcanzar el conciente legal, por parte de quienes pretendan ejercitar el derecho, se han suscitado en la jurisprudencia algunas cuestiones de interés.

En primer lugar, el TS, en Sentencia de 27 de enero de 2005, ha estimado inválida una cláusula estatutaria que, aun respetando formal-

³ Cfr. STS de 5 de marzo de 2004, que subraya que la división del accionariado en tres grupos no obliga a la sociedad a elegir como estructura del órgano de administración la del consejo de tres miembros, doctrina aplicada por la SAP Álava de 1 de diciembre de 2004 (cuya fundamentación no alude a la circunstancia de haber sido ejercido el derecho de minoría o no).

mente el criterio de la proporcionalidad legal, conducía al resultado de imponer determinadas agrupaciones para la elección de consejeros. Los estatutos dividían las acciones en grupos predeterminados por su numeración, de forma que cada una de ellas podía designar un número de consejeros proporcional según el número de vocalías. Considera esta sentencia que la previsión estatutaria resultaba contraria al art. 137 LSA, «al coartar la libertad de agrupación en la forma y con los efectos que el precepto establece, en definitiva al suplantar la voluntariedad por la necesidad». La designación por medio del sistema se configura como un derecho, que entraña la disposición del voto en un determinado sentido, acto este de voluntad que no puede ser ordenado imperativamente por los estatutos.

En segundo término, se ha llegado a plantear ante los tribunales si la agrupación exige que sean varios los accionistas, de forma tal que no se pudiera consentir aquélla cuando todas las acciones agrupadas pertenecieran a un solo titular. En definitiva, si la agrupación prevista en la ley lo es de acciones o de accionistas. El problema afecta a todos los derechos de minoría cualificada (entendiendo por tales los que requieren como presupuesto de ejercicio la titularidad de una cuota del capital social), y debe recibir idéntica respuesta. Resulta irrelevante la pluralidad de socios, estos derechos se configuran —como la mayoría misma, cabría añadir— con un criterio exclusivamente capitalista, apto para garantizar la mínima «seriedad» de quien los pretende hacer valer, dados sus efectos en la vida de la sociedad (piénsese en la convocatoria de la junta, el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la inoponibilidad de la excepción de interés social ante una solicitud de información, etc.). El tema ha sido estudiado exhaustivamente, y resuelto de forma correcta, por la SAP Madrid (Secc. 28) de 14 de marzo de 2008.

Un tercer problema relacionado con la formación de la agrupación es el relacionado con el cómputo de la autocartera. Para la SAP Barcelona (Secc. 15) de 15 de enero de 2009, las acciones en poder de la propia sociedad deben excluirse del cómputo, por analogía en lo previsto por el art. 2.2. del RD 821/1991 para las acciones sin voto. Esta solución resulta, sin embargo, discutible. El mencionado precepto —que, por lo demás, reproduce lo dispuesto en el art. 92 LSA y se limita a hacer una salvedad para el caso de la «recuperación» del derecho de voto por esos accionistas— ofrece una respuesta para títulos desprovistos, por su propia naturaleza, del derecho de voto: ni pueden ejercer el derecho de representación, ni han de ser tenidas en cuenta,

en el dividendo, para el cómputo de los cocientes. Si las acciones sin voto pudieran quedar agrupadas, se les estaría reconociendo el principal derecho político, precisamente en aquellas votaciones donde tal facultad resulta decisiva para influir en la marcha de la sociedad; en caso de ser reconocidas como parte del capital relevante para calcular la cuota necesaria, se dificultaría extraordinariamente, en aquellas sociedades donde se hubieran emitido esta clase de acciones, el ejercicio del derecho de representación proporcional para el resto de los socios.

En el caso de las acciones que formen parte de la autocartera, es evidente que no pueden agruparse para nombrar, no importa si con otros accionistas, uno o varios vocales del consejo. Lo contrario supondría burlar la prohibición del art. 79 LSA, y dejar en manos de los administradores el poder para influir en su propia elección con acciones atribuidas a la sociedad, consagrando, en definitiva, el principal efecto nocivo que se deriva, en el plano administrativo, de la adquisición de las propias acciones.

En cambio, restar del capital relevante las acciones en autocartera, aunque facilita momentáneamente la agrupación por parte de los demás socios —que se beneficiarían así de la adquisición—, puede dar lugar a la insuficiencia sobrevinida de aquélla para mantener el vocal designado. Además, como la *ratio* del art. 79 es la de conseguir que la circunstancia de ser la sociedad su propio accionista sea neutral desde el punto de vista político —de ahí la referencia a los quórum y mayorías que contiene el mismo artículo, aunque no llegara a formar parte del texto de la ley la autorizada posición doctrinal que reclamaba el mismo tratamiento para los derechos de minoría—, parece más acorde con tal finalidad declarar la irrelevancia de la autocartera para realizar la operación aritmética descrita en el art. 137 LSA.

Finalmente, cabe plantearse la incidencia que sobre el derecho de representación proporcional puede tener el que una sociedad haya hecho uso de la autorización legal para limitar estatutariamente el número máximo de votos que puede emitir un solo accionista (art. 105.2 LSA). Teóricamente, podría defenderse su irrelevancia si se considerara que el derecho de designación por los socios es radicalmente independiente del voto: así, en una sociedad con una limitación de voto al diez por ciento, un accionista podría agrupar un porcentaje mayor para nombrar administradores por este sistema. Por otra parte, si se considera que la alteración de la proporción entre capital y voto merece, por su carácter excepcional, una interpretación restrictiva, ca-

bría sostener la licitud de enervar el límite estatutario por este sistema. En otro lugar, aun con las dudas que arroja sobre esta cuestión, una vez más, el silencio legal, hemos defendido esta solución⁴, aunque ello suponga frustrar, con ocasión de una de las votaciones más relevantes para la vida de la sociedad, la voluntad de restringir el poder de los accionistas significativos.

No obstante, resulta preciso reparar en que la norma contenida en el art. 105.2 LSA se considera actualmente, al margen de la finalidad inicialmente perseguida por el legislador cuando introdujo la norma en 1951, como un blindaje lícito para dificultar el acceso al control de la sociedad a través de una oferta pública de adquisición [cfr. la referencia del art. 29 b) del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio]. Si los accionistas han optado por esa fórmula, precisamente para entorpecer, lícitamente, la principal manifestación del cambio de control, como es el nombramiento de administradores, debe considerarse que el oferente que alcance una mayoría de capital no puede valerse del sistema de representación proporcional para dejar sin efecto la mencionada cláusula estatutaria.

IV. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DEL RD 821/1991

Debido a los innumerables problemas que, a juicio de la más autorizada doctrina de la época, podía traer consigo la aplicación del sistema legal (inicialmente recogido en el art. 71 LSA), se promulgó un Decreto aclaratorio sobre el sistema el 29 de febrero de 1952, sustituido por el RD que ahora nos ocupa⁵. Las normas allí contenidas pueden dar lugar a algunos problemas adicionales, partiendo de la posibilidad misma de que las sociedades decidan apartarse de ellas.

1. Ámbito de la autonomía de la voluntad

El sorprendente recurso a un desarrollo reglamentario de una norma de Derecho de sociedades, debido a la falta de previsión del legislador —reiterada en 1989— invita a preguntarse si las sociedades pueden lícitamente apartarse de él. A nuestro juicio, los socios podrían, a través de los estatutos, diseñar un sistema distinto en todo aquello que no venga impuesto directamente por la ley (criterio de la propor-

⁴ Cfr. *Derechos de la minoría*, pp. 4 y ss.

⁵ La propuesta de un régimen reglamentario la realizó J. GARRIGUES, «En torno al art. 71 de la Ley de sociedades anónimas», en *RDM*, 1952, pp. 403 y ss.

cionalidad obtenida por el cociente legal, agrupación voluntaria de acciones, pervivencia del sistema mayoritario para la designación de los demás vocales con exclusión de las acciones ya agrupadas). En cambio, cuando falte una norma estatutaria distinta —supuesto habitual—, debe reputarse que el Reglamento vincula, por más que no se trate de un mecanismo de ordenación de las decisiones de los particulares excesivamente ortodoxo, en ausencia de una habilitación legal. Los estatutos podrían dispensar de la notificación de acciones, elegir un sistema distinto al del mayor valor nominal en el caso de exceso de agrupaciones para elegir un número menor de vocales, o incluso prever la disolución de la agrupación antes de transcurrir el plazo previsto en la norma reglamentaria. Este punto de vista se ha visto refrendado, aun *obiter dicta*, por la reciente STS de 2 de julio de 2008.

2. La notificación previa de la agrupación

Los arts. 3 y 4 del RD 821/1991 regulan la formación de la agrupación de acciones. El primero aclara que la agrupación puede formarse en previsión de que se produzcan vacantes durante la junta, aunque éstas no existan aún en el momento de que aquélla sea creada (es la denominada, por alguna doctrina, «agrupación *ad cautelam*»). El segundo exige que se comunique, con cinco días de antelación a la fecha prevista para la celebración de la junta en primera convocatoria, el número de acciones que cada accionista agrupe, su valor nominal, clase, serie y numeración, así, como en su caso, el nombre del representante común.

Como ya se ha indicado, no debería existir mayor problema para que una sociedad decidiera, en sus estatutos, alterar este régimen, dispensando incluso de la obligatoriedad de la comunicación. En otro caso, ha de entenderse que el ejercicio regular del derecho exige cumplir con lo dispuesto en el RD. Algunas decisiones judiciales se han ocupado, sin embargo, de los efectos de la omisión de la comunicación en ausencia de previsión estatutaria, en el caso singular de que la agrupación esté formada por un solo accionista.

Para la SAP Madrid (Secc. 28) de 14 de marzo de 2008 y la SAP Burgos de 28 de febrero de 2001, la razón de ser de la norma decae en este supuesto. Destaca la primera de ellas que lo pretendido por el RD es que el consejo pueda cerciorarse del cumplimiento de los requisitos con antelación a la junta general, particularmente en los casos

de mayor complejidad. En cambio, la SAP de Barcelona de 15 de enero de 2009 rechaza el nombramiento cuando un solo accionista agrupa todas sus acciones, pues la previa notificación puede ser útil para que otros accionistas decidan también ejercer su derecho.

Probablemente, esta última solución peca de un excesivo formalismo, habida cuenta, por lo demás, de que la comunicación se realiza al consejo, pero éste no queda obligado, a su vez, a notificar a los accionistas la formación de una agrupación. Parece más razonable entender que la norma está llamada a permitir que los administradores se cercioren del cumplimiento de los requisitos, minimizando el riesgo de que la sociedad proceda a un nombramiento viciado por falta de legitimación. Si tales dudas no existen, por ser indiscutible que el accionista posee la cuota suficiente (lo que ocurrirá en el caso de que sea un solo socio quien desea el nombramiento), parece exagerado llevar hasta el extremo las consecuencias del incumplimiento de esta norma reglamentaria, que a la postre priva al socio de un derecho reconocido sin esta limitación en la ley. Por lo demás, si recordamos que la norma busca también evitar la actuación de los «agitadores profesionales» de los que hablaba la doctrina bajo la vigencia de la LSA 1951, es preciso reconocer que, en estos casos, no se advierte con claridad cuál puede ser el perjuicio a los intereses de la sociedad que se producirían, en este caso, cuando se accede a la pretensión del socio minoritario. Por último, cabe reparar en que la norma no está dictada sólo para la protección de la sociedad, sino también, acaso principalmente según destaca la doctrina más moderna, para anticipar los efectos del ejercicio, de tal forma que la mayoría no pueda ya poner en marcha mecanismos idóneos para frustrar el nombramiento por la minoría. Que el accionista renuncie a esta protección adicional no debería suponer, además, al menos en los casos mencionados, una merma de su derecho.

3. Exceso de agrupaciones sobre las vacantes

Uno de los supuestos no contemplados por el legislador, pero que puede tener lugar en la práctica, es el que puede darse cuando se presente mayor número de agrupaciones que de vacantes. El RD da preferencia a la agrupación que presente un mayor valor nominal y, en caso de igualdad, ordena que decida la suerte. Al hilo de esta previsión —ayuna de todo apoyo legal, pero necesaria si los estatutos, como es más que probable, no se ocupan de la cuestión—, cabe realizar alguna

consideración adicional sobre la utilización del sistema por accionistas mayoritarios, de la mano de alguna resolución reciente.

En primer término, y la consideración es válida para todos los llamados «derechos de minoría», el sistema de representación proporcional puede ser lícitamente utilizado por cualesquiera accionistas, pertenezcan o no al grupo de control de la sociedad. En el extremo, es teóricamente posible que todos los socios opten por la designación proporcional, resultado al que se pretende llegar con alguna frecuencia, mediante los pactos parasociales a los que se ha hecho mención con anterioridad. También la mayoría puede agrupar sus títulos para ocupar las vocalías que les correspondan, aunque el supuesto no sea habitual.

Al hilo de lo anterior, merece la pena también destacar que la elección de todos los vocales mediante el sistema puede dar lugar, paradójicamente, a supuestos de sobre-representación de algunos socios. Así, cuando los cocientes no sean exactos, será preciso elegir algún vocal por mayoría ordinaria, entre las acciones sobrantes, que formen parte de los restos de cada división. De esta manera, puede suceder que algún grupo ostente un número mayor de vocalías que las que se deduzcan de la estricta proporción. Este resultado, que provoca directamente la dicción legal, no puede considerarse antijurídico, aunque no respete, hasta el extremo, la proporcionalidad exacta, por lo demás difícil de alcanzar en la práctica si no se calcula expresamente en la fundación de la sociedad.

No obstante lo anterior, habrá supuestos en los que la sobre-representación del mayoritario pueda considerarse abusiva. Constituye un buen ejemplo de declaración del ejercicio abusivo del derecho el supuesto juzgado por la SAP Castellón (Secc. 3.^a), de 15 de mayo de 2008. El grupo mayoritario, que ya contaba con representación también mayoritaria en el consejo, agrupó sus acciones cuando se produjeron algunas vacantes, de tal forma que el valor nominal de su agrupación superara a la del grupo minoritario que pretendía acceder al órgano. Como se puede apreciar, el comportamiento de la mayoría se ajusta, aunque sólo formalmente, a lo previsto en la ley, para evitar la designación por el minoritario. Acertadamente, la resolución considera que la finalidad de la norma es evitar que quien controle más del cincuenta por ciento del capital de una anónima nombre a la totalidad de los miembros del consejo de administración. Si se consiente que ese mismo accionista utilice, a la vez, el principio mayoritario y el proporcional, el efecto es exactamente el opuesto al deseado por el legislador.