

LUIS BARDAJÍ MUÑOZ*Abogado**Profesor del Centro de Estudios Financieros***Extracto:**

EN el número anterior de la revista finalizamos un breve trabajo sobre el funcionamiento de la Junta General de accionistas de las Sociedades Anónimas. Comenzamos ahora un examen, igualmente sencillo, sobre el régimen jurídico del Consejo de Administración de estas sociedades, donde abordaremos, en este primer artículo, el nombramiento de los consejeros, la organización subjetiva del órgano y su funcionamiento en relación con la convocatoria y constitución.

Sumario:

I. Constitución de la Junta.

1. Número mínimo y máximo de Consejeros.
2. Nombramiento por la Junta General de accionistas.
3. Nombramiento por el sistema de representación proporcional.
4. Nombramiento por cooptación.

II. Organización del Consejo de Administración.

- A) Presidente.
- B) Secretario.

III. Funcionamiento del Consejo de Administración.

1. Reglas de funcionamiento.
2. Convocatoria del Consejo.
3. Quórum de constitución del Consejo de Administración.

I. CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA

1. Número mínimo y máximo de consejeros.

El apartado h) del artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) establece que «en los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se expresará... el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo...».

De estas dos alternativas (fijar el número exacto de consejeros o expresar su número mínimo y máximo), es aconsejable optar por la segunda de ellas, pues permite las variaciones del número de miembros del consejo sin necesidad de modificar los estatutos, o de tener que cubrir necesariamente los posibles vacantes que se produzcan en el órgano.

2. Nombramiento por la Junta General de accionistas.

La designación de los consejeros corresponde, como regla general, a la Junta de accionistas. Este nombramiento no requiere un quórum especial y puede llevarse a cabo en Junta ordinaria o extraordinaria.

Tratándose de fundación de la sociedad, la designación de los consejeros ha de hacerse en la escritura de constitución, como exige el apartado f) del artículo 8 de la LSA.

Los requisitos de capacidad y aptitud, prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el cargo de consejeros son los exigidos en general para todos los administradores de las sociedades anónimas, por lo que no ha de ser objeto de análisis de este trabajo.

3. Nombramiento por el sistema de representación proporcional.

Tratándose de Sociedades Anónimas (no de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde el nombramiento de consejeros corresponde siempre a la Junta General), y sólo cuando la estructu-

ra del órgano de administración reviste la forma de consejo de administración, existen dos excepciones a la regla general de nombramiento de los consejeros por la Junta General de accionistas.

Se trata del nombramiento por el sistema de representación proporcional (art. 137 de la LSA) y del nombramiento de consejeros por captación (art. 138 de la LSA).

El nombramiento por el sistema proporcional se regula en el artículo 137 de la LSA y se desarrolla en el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo.

La finalidad que se persigue con este sistema es garantizar a los accionistas minoritarios su presencia en el órgano de administración de la sociedad, siempre que consigan agrupar un número de acciones suficientes para alcanzar una cifra igual o superior al cociente de dividir el total capital social por el número de miembros del Consejo.

Por ejemplo: en una sociedad anónima con un capital social de 500.000 euros y con un número de 10 consejeros, resulta que corresponde un consejero a cada 50.000 acciones ($500.000/10 = 50.000$). Es decir, que si varios accionistas agrupan 100.000 acciones, podrán nombrar 2 consejeros; si agrupan 150.000, 3 consejeros, y así sucesivamente.

La ley exige fracciones enteras, despreciándose las fracciones sobrantes por elevadas que sean. Es decir, que en el ejemplo anterior la agrupación de 149.000 acciones sólo da derecho a designar a dos consejeros.

El sistema, aunque en principio es digno de elogio, tiene en la práctica poca efectividad, pues, como señala SÁNCHEZ POLO, los grupos mayoritarios que no quieren dar entrada a la minoría en el Consejo suelen reducir el número de miembros del mismo, de modo que se eleva el cociente que da derecho a la designación de consejeros, dejando fuera a la minoría de la posibilidad de designar ni si quiera a un solo consejero.

Sin ánimo de profundizar exhaustivamente en el funcionamiento y requisitos del nombramiento de consejeros por este sistema, conviene hacer las siguientes precisiones:

- a) El sistema sólo es aplicable en caso de Consejo de Administración, no cuando la administración se encomienda a uno o varios administradores que actúen solidaria o mancomunadamente.
- b) La agrupación puede llevarse a cabo en cualquier momento. Es decir, antes de la producción de las vacantes y en previsión de que se produzcan, o con posterioridad a la existencia de las vacantes y antes de que sean cubiertas por la Junta General.
- c) La agrupación de las acciones ha de ser notificada al Consejo de Administración con una antelación de, al menos, cinco días al de la fecha prevista para la celebración de la Junta General en que se pretenda hacer uso de este derecho.

- d) Una vez notificada, la agrupación debe ser ratificada en la Junta General por los accionistas agrupados o por el representante común designado, en el caso de que hubiera tenido lugar tal designación.
- e) En el caso de que a una elección de consejeros concurren diversas agrupaciones, se establece una prioridad a favor de aquella que posea mejor cociente, esto es, la que represente mayor valor nominal. Cuando tienen igual valor nominal, la preferencia entre ellas se decide mediante sorteo.

Por ejemplo: en la Junta General se van a cubrir cuatro vacantes de un Consejo integrado por 10 miembros. Se presentan tres agrupaciones: la primera representa el 33% del capital, la segunda el 24% y la tercera el 43% restante. En este caso las cuatro vacantes serán cubiertas por los consejeros designados por la agrupación que posee el 43% de capital social.

- f) Hay que dejar constancia de la agrupación, bien en el acta de la Junta o en un anejo firmado pro el Secretario, relacionándose las acciones agrupadas, su valor nominal, clase, serie y numeración. Todas estas circunstancias deberán figurar en la inscripción del nombramiento del consejero en el Registro Mercantil.
- g) La separación de los consejeros nombrados por este sistema sólo puede ser acordada por el mismo grupo que los nombró, requiriéndose para su destitución por la Junta la existencia de justa causa.
- h) Finalmente, una cuestión muy discutida y de extraordinaria importancia es la de si el ejercicio por la minoría de este derecho de nombramiento de consejero por el sistema de representación proporcional vincula a la sociedad, de modo que, una vez producidos los nombramientos por la minoría, la Junta no puede modificar la estructura del órgano de administración ni la composición numérica del Consejo, sin el consentimiento de los accionistas que agrupan sus acciones.

La mayoría de la doctrina (GARRIGUES, ROJO, etc.) mantiene la vinculación de la Junta durante el tiempo para el que fue nombrado el consejero o consejeros de la minoría, de tal modo que no se pueden adoptar acuerdos de reducción del número de consejeros, sin consentimiento de la minoría o sin garantizarles que mantendrán el mismo número de consejeros.

Sin embargo, esta opinión doctrinal contrasta con algunas sentencias del Tribunal Supremo (por ejemplo, 10 de octubre de 1980), que consideran válidos los acuerdos de la Junta modificando la estructura del órgano de administración o reduciendo el número de los miembros del Consejo, aunque con tales acuerdos se perjudique a los accionistas que agrupan sus acciones para el ejercicio del derecho que comentamos.

4. Nombramiento por cooptación.

La segunda excepción a la competencia de la Junta General de accionistas en materia de nombramiento de consejeros se regula en el artículo 138 de la LSA, a cuyo tenor:

«Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General.»

La finalidad de este excepcional sistema de nombramiento de consejeros estriba en la conveniencia de evitar que el cese o dimisión de algún consejero pueda determinar que el Consejo quede incompleto, y por tanto imposibilitado para ejercer sus funciones de gestión y representación de la sociedad.

Combinando el artículo 138 de la LSA con el artículo 139 del RRM que lo desarrolla, podemos establecer los siguientes requisitos para que se puedan nombrar consejeros por cooptación:

- a) Que la Administración de la sociedad esté encomendada a un Consejo de Administración.
- b) Que se produzcan en el Consejo una o varias vacantes anticipadas, es decir, durante el plazo para el que fue nombrado el consejero (nunca se puede utilizar el sistema para nombrar a un consejero en sustitución de otro cuyo cargo ha caducado).
- c) Que el nombramiento recaiga en un accionista, que habrá de conservar esta condición durante todo el tiempo de vigencia de su cargo.
- d) Que el nombramiento se haga por el tiempo que medie entre la fecha del acuerdo y la primera Junta General de accionista que celebre la sociedad.

Por lo que se refiere a la inscripción del acuerdo de nombramiento de consejero por cooptación, el artículo 139 del RRM exige que se haga constar, además de las circunstancias generales, la indicación del número de vacantes existentes antes de ejercitar el Consejo esta facultad, el nombre y apellidos del anterior titular, el plazo para el que había sido nombrado, la fecha en que se hubiera producido la vacante y su causa.

A continuación transcribimos un modelo de acuerdo de nombramiento de consejero por cooptación:

«Nombrar consejero de la sociedad, hasta la celebración de la próxima Junta General, al accionista D. _____, mayor de edad, español, con domicilio en Madrid, _____, y DNI n.º _____.

El nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 138 de la LSA, para cubrir la única vacante existente en el Consejo, por el fallecimiento el día 4 de febrero de 2005, del Consejero D. _____, que fue nombrado, por plazo de 5 años, por acuerdo de la Junta General de accionistas en su reunión de fecha 1 de marzo de 2004.

El designado presente, acepta el nombramiento y manifiesta no estar incurso en causa alguna de prohibición o incompatibilidad legal.»

II. ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Al ser el Consejo de Administración un órgano colegiado tiene una organización corporativa, con dos cargos absolutamente necesarios, que son el Presidente y el Secretario.

Además, con carácter facultativo, pueden existir los cargos de Vicepresidente y Vicesecretario, quien sustituirán a los anteriores en casos de ausencia de aquéllos.

El nombramiento de Presidente y Secretario corresponde al órgano (Junta General o Consejo) que señalen los Estatutos Sociales. Si éstos nada dicen, el nombramiento corresponde al propio Consejo de Administración.

A) Presidente.

El Presidente ha de ser necesariamente consejero y su nombramiento corresponde, como regla general, al propio Consejo de Administración.

El cargo de Presidente es único, de modo que no se permite el nombramiento de dos o más Presidentes del Consejo de Administración. No obstante, en algunas sociedades existen dos copresidentes que ejercen su función sucesivamente (por ejemplo, uno de ellos es Presidente durante los seis primeros meses del año y el otro durante los seis últimos meses).

Las funciones básicas del Presidente son:

- a) Convocar el Consejo de Administración.
- b) Dirigir y ordenar los debates del Consejo.
- c) Dar el visto bueno a las certificaciones que expide el Secretario del Consejo.

La figura del Presidente del Consejo adquiere una especial relevancia cuando los Estatutos de la sociedad le atribuyen voto dirimente para resolver los empates, pues este voto de calidad determina en muchas ocasiones que su decisión incline en una u otra dirección el acuerdo del Consejo.

B) Secretario.

El cargo de Secretario del Consejo puede ser ocupado por una personan que no sea consejero, hecho este muy frecuente en la práctica societaria, en cuyo caso puede nombrarse por tiempo indefinido.

Su función fundamental es la de redactar las actas de las reuniones del consejo, así como la de expedir y firmar las certificaciones que recojan los acuerdos adoptados por la Junta General y por el propio Consejo de Administración, y en su caso proceder a su elevación a público.

Asimismo, al Secretario le corresponde la conservación y custodia de los libros de actas y del libro registro de acciones nominativas, así como del resto de la documentación social, como escrituras de poderes, escrituras de elevación a público de acuerdos sociales, etc.

Distinta de la figura del Secretario es la del Letrado asesor del Consejo de Administración, que se impone en todas las sociedades cuyo capital social sea igual o superior a 300.506,05 euros y tengan un volumen de negocios superior a 601.012,10 euros o una plantilla de personal fijo superior a los 50 trabajadores.

El Letrado asesor puede desempeñar el cargo de Secretario del Consejo y su función es velar por la legalidad de los acuerdos que se adopten en el Consejo de Administración.

III. FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

1. Reglas de funcionamiento.

Las normas de funcionamiento del Consejo de Administración en relación con su convocatoria, quórum de constitución, mayorías para adoptar los acuerdos, etc., suelen establecerse en los Estatutos de la sociedad, como se exige en el artículo 9, apartado i) de la LSA, al decir que: «en los Estatutos se hará constar el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad».

En las grandes compañías es frecuente que el propio Consejo apruebe un Reglamento de funcionamiento del órgano, cuyo contenido se integra por las normas relativas a la organización y actividad del Consejo que no figuran en los estatutos de la sociedad.

Estos Reglamentos, cuya eficacia es interna, no pueden inscribirse en el Registro Mercantil.

2. Convocatoria del Consejo.

Salvo el caso de Consejo de Administración «universal», que es que aquel que se celebra sin necesidad de convocatoria previa, por estar presentes todos los consejeros y éstos deciden por unanimidad constituirse en Consejo de Administración, es requisito necesario para la validez de los acuerdos del Consejo que esté debidamente convocado.

La facultad de convocar el Consejo corresponde a su Presidente, quien actuará por propia iniciativa, o, si así se prevé en los estatutos, a petición de uno o varios consejeros.

La convocatoria se hará en la forma establecida en los Estatutos de la sociedad, que, como ya señalamos, pueden ser completados por las normas del Reglamento de régimen interior.

En la práctica, las convocatorias del Consejo suelen realizarse mediante cartas certificadas, telegramas, fax e incluso, recientemente, mediante correo electrónico, con una antelación razonable para que sus miembros puedan acudir a la reunión (tres a siete días, normalmente) y contendrán el orden del día de la reunión, así como el lugar, día y hora de la misma.

A continuación reproducimos una carta-modelo de convocatoria de Consejo de Administración.

D. _____

C/ _____

28006 - Madrid

Madrid, a 1 de febrero de 2005

Estimado consejero:

Por la presente le convoco a la reunión del Consejo de Administración de la sociedad FERTA, SA, que tendrá lugar en el domicilio social calle Alondra n.º 21 de Madrid, a las 17 horas del día 5 de febrero de 2004, con el fin de deliberar y decidir sobre el siguiente

ORDEN DEL DÍA

- 1. Formulación de la cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2004.**
- 2. Convocatoria de Junta General ordinaria para someter a aprobación las citadas cuentas anuales.**

Fdo. El Presidente del Consejo

Hay que advertir que la celebración de un Consejo de Administración sin estar debidamente convocado determina la nulidad radical de todos los acuerdos adoptados por el órgano.

3. Quórum de constitución del Consejo de Administración.

El artículo 139 de la LSA proclama que «el Consejo de Administración quedará validamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes».

Este precepto tiene lo que llamamos una imperatividad media, en el sentido de que en los Estatutos sociales se puede reforzar este quórum, pero no se puede fijar un quórum inferior.

Por ejemplo, en un Consejo integrado por 13 miembros, la mitad (6,5) más uno son 7,5, luego habrá que resolver si el cómputo de la mitad más uno se ha de aplicar por exceso o por defecto.

Si es por exceso, la válida constitución del Consejo exigirá la concurrencia de al menos 8 miembros; si es por defecto, bastará la asistencia de 7 consejeros.

La mayor parte de la doctrina entiende que se debe redondear por defecto, pues ésta interpretación facilita la válida constitución del órgano.

A efectos del cómputo del quórum de constitución hay que advertir que si el Secretario del Consejo no es administrador, éste no se debe incluir en el cómputo.

Por último, indicar que salvo que los Estatutos lo prohíban, cualquier miembro del Consejo puede asistir al mismo por medio del representante.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la Junta General, y dado el carácter especial de este órgano y en cierto modo el carácter personal del cargo de administrador, la representación sólo puede otorgarse a otro consejero.

Por lo demás, salvo disposición estatutaria en contrario, la representación se ha de conceder por escrito y de forma singular para cada sesión del Consejo de Administración.