

**José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO**

*Magistrado*

• **ENUNCIADO:**

*Un accionista de una empresa con forma de sociedad anónima, que a su vez era secretario de su Consejo de Administración y consejero del mismo, se manifestó disconforme con determinados acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la sociedad anónima en cuestión.*

*Consideraba dicho accionista que concurría una supuesta nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad industrial P. N., S.A. celebrados en fechas 27 de diciembre de 1995 y 17 de enero de 1996.*

*Debe tenerse en cuenta al respecto que en la demanda que se propone plantear por el letrado asesor del accionista citado se fundamentó la impugnación en la supuesta vulneración de los artículos 139 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), en cuanto a la válida constitución del Consejo, así como en el 141.1 de dicha Ley y 124.4 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto al régimen de los estatutos sociales referente al funcionamiento interno del Consejo, los artículos 97 y siguientes de la Ley, relativos a la convocatoria de las Juntas de Accionistas aplicables por analogía a la convocatoria del Consejo, así como los artículos 26.1 del Código de Comercio (CCom.), 142 de la LSA y 97 y siguientes de la misma, en cuanto a la obligatoriedad de llevar Libro de Actas del Consejo y de expresar en los mismos los datos de su convocatoria y constitución del mismo, así como en cuanto a su contenido y la forma de documentar los acuerdos sociales.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Cómo ha de probarse la existencia de las actas del Consejo de Administración y documentarse debidamente sus acuerdos?
2. ¿Cuál es el plazo de impugnación de dichos actos del Consejo ante la falta de expresa regulación legal al efecto?
3. ¿Puede el presidente del Consejo, sin autorización del mismo, convocar una Junta General Extraordinaria?
4. ¿Es válida una junta de accionistas convocada por un Consejo de Administración nombrado por otra Junta cuya nulidad se decretó después?
5. Analizar si es o no posible impugnar las decisiones adoptadas por el administrador único de una sociedad.

**• SOLUCIÓN:**

1. Hay que tener en cuenta que, aun publicándose los acuerdos del Consejo cuestionados debidamente en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en un diario privado, y siendo su pretendido objeto, en cuanto al primero de los impugnados, la convocatoria de Junta Extraordinaria de Accionistas, y, respecto del segundo, la convocatoria de otra Junta Extraordinaria de Accionistas para la fecha en él señalada, deberá constatarse por la prueba de libros de los comerciantes en debida forma que en el Libro de Actas de las reuniones del Consejo de Administración de la sociedad demandada aparecen reflejados todos los adoptados de forma cronológica sucesiva. Apareciendo, en el caso contemplado, sin solución de continuidad, las Actas correspondientes a las de fechas 28 de marzo de 1983 y 15 de febrero de 1996, sin ninguna otra intermedia alguna, ha de plantearse la cuestión de la relevancia de dicha circunstancia especial en el caso contemplado.

Se acreditó que nunca realizó el secretario del Consejo de Administración impugnante las funciones consistentes en extender las actas de las reuniones del Consejo, según se desprendía de la prueba practicada en el proceso, pese a estar nombrado su secretario y consejero por Acuerdo de la Junta de 29 de febrero de 1980, formalizado en escritura pública del siguiente 7 de marzo de 1980 que accedió al Registro el 9 de marzo de 1980, figurando ininterrumpidamente con tal condición hasta su destitución y cese acordados por Acuerdo del Consejo de 15 de febrero de 1996 respecto del cargo de secretario y de la Junta de Accionistas del 18 de marzo de 1996 respecto del cargo de consejero. Los testigos propuestos en el juicio por la sociedad demandada manifestaron que las reuniones del Consejo impugnadas tuvieron lugar sin previa citación del apelante al estar reunidos todos los miembros del Consejo y acordar celebrarlas en dicho momento de consuno entre ellos.

2. Por ser de caducidad el plazo de los 30 días que para la impugnación de los acuerdos nulos o anulables del Consejo establece el artículo 143 de la LSA ha de computarse dicho término, aplicable por analogía al caso de no haber sido convocado el administrador que impugna a la reunión o reuniones correspondientes, desde que el administrador referido pudo tener cabal y entero conocimiento del acuerdo cuya nulidad pretende, siendo tal momento el correspondiente a la publicación de dichas reuniones en el BORME y en el periódico privado en el que se publicaron conjuntamente, por lo que ha de concluirse en la caducidad producida a la fecha de la demanda presentada en el Decanato de los Juzgados con fecha 4 de marzo de 1996, mientras que las publicaciones de los acuerdos debatidos tuvieron lugar en las muy anteriores fechas 29 de diciembre de 1995 y 19 de enero de 1996.

A tal respecto, procede indicar que la interpretación dada al respecto ha de considerarse adecuada a derecho en tanto que, para la impugnación de los acuerdos del Órgano Colegiado Ejecutivo de la sociedad anónima, se unifica en un solo término de 30 días la impugnación de los tachados de nulos, así como de los anulables, siendo verosímil, en el caso controvertido, entender que tuvo lugar la celebración de uno de los denominados «Consejos universales», en las dos ocasiones cuestionadas, celebrándose los Consejos con la presencia y conformidad o asentimiento de todos los integrantes del Órgano Colegiado de Administración de la sociedad.

A tal conclusión se llega, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.º 1 y 1.214 del Código Civil, por cuanto la comprobada circunstancia consistente en no llevar al Libro de Actas del Consejo de la entidad apelada desde el año 1983 -una vez que el recurrente ya era consejero y secretario del Consejo- ni reflejar en él dichos acuerdos no puede redundar en beneficio del propio infractor de las obligaciones que, a tal respecto, le imponían los artículos 78 de la LSA de 17 de julio de 1951, 25 y 26 del CCom., 142 de la LSA actual y 97 y siguientes, específicamente el 99.3, del Reglamento del

Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 y disposiciones anteriormente vigentes al respecto, haciendo recaer sobre la sociedad demandada la imposible prueba de la reunión universal de todos los miembros del Consejo, so pena de primar la infracción referida imputable a quien debió cuidar del cumplimiento de la expuesta obligación legal cuya ausencia se completa por la obligada presencia de la buena fe, así como por las declaraciones testificales practicadas al respecto. Todo ello acredita, pues, la caducidad anticipada en el tiempo de la acción ejercitada por el recurrente respecto de los dos acuerdos del Consejo de Administración objeto del presente recurso de apelación.

Si a todo lo expuesto se añade la aparente existencia de discrepancias a raíz de una precontratada venta de paquetes accionariales en el ámbito de intereses societarios de carácter familiar, vínculos que unen al impugnante con el accionista mayoritario y, a su vez, con los minoritarios, la conclusión no puede ser sino la indicada con anterioridad en razón de la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba del proceso o del *onus probandi* aplicada al caso debatido en este proceso en adecuada combinación con las derivadas de las exigencias de la buena fe negocial.

3. Según el artículo 49 de la LSA de 1951, con texto idéntico al del artículo 94 de la actual de 1989, las Juntas Generales, tanto ordinarias como extraordinarias, habrán de ser convocadas por los administradores. La lectura de las normas de dicha Ley revela que el presidente del Consejo, si en los estatutos no se le ha concedido amplias facultades o, incluso, voto dirimente o de calidad, se concibe por el legislador como un elemento simplemente moderador o arbitral, ya que todas las atribuciones en cuanto a gestión y representación social se realizan genéricamente a los miembros del Consejo, que han de actuar colegiadamente y adoptarán sus acuerdos tras la oportuna deliberación o discusión por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, que deberá ser convocada por el presidente (arts. 76 y 78 de la Ley de 1951; en similares términos, los arts. 128 y 140 de la vigente).

Apenas existen otras referencias legales a funciones de la exclusiva competencia del presidente en esta convocatoria de sesiones del Consejo y su ocasional presidencia de la Junta General, cuando los estatutos no hayan designado otra persona al efecto (arts. 61 de la Ley de 1951 y 110 de la vigente).

Y ha de subrayarse que se producen sustanciales diferencias según se atribuya al Consejo o a su presidente la facultad de convocatoria de la Junta General. En efecto, aun cuando en supuestos en el que la convocatoria resulte ineludible y necesariamente hayan de incluirse en su orden del día los asuntos que hubieren sido objeto de solicitud, es de observar que resta todavía un importante margen de decisión comprensivo no sólo de la determinación acerca de si la petición formulada cumple con todos los requisitos legales, sino también de la configuración del orden del día, con posible inclusión de otros asuntos, extremos todos ellos sobre los que habrá de deliberar el Consejo y que requerirán la decisión no de uno solo de sus miembros -aunque éste sea el presidente del órgano-, sino de la mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, según recuerdan las Sentencias de 3 de febrero de 1966 y de 13 de mayo de 1976 y más recientemente las de 8 de marzo de 1984 y de 24 de febrero de 1995, que establecen la nulidad de la convocatoria de la Junta realizada por el presidente sin previa reunión del Consejo, aun cuando el mismo se hallare estatutariamente facultado para la firma del anuncio de aquélla.

4. No habiendo convocado la Junta el presidente sino el Consejo de Administración no vigente, nombrado en virtud de Junta que fue declarada nula, tal Junta es nula sin que se cometa infracción del artículo 141 de la LSA, porque no llega a plantearse si el presidente hubiera podido o no convocarla. Tampoco tiene sentido la posible infracción de la jurisprudencia plasmada en la Sentencia de 27 de diciembre de 1993 que declara que cuando la convocatoria no es válida, carece de validez

la Junta, al igual que los acuerdos de la misma y la nulidad venía dada, en el caso concreto, por haber sido convocada por un Consejo de Administración constituido defectuosamente.

**5.** En cuanto a si cabe la posibilidad legal de impugnación de los actos del administrador único de una sociedad anónima, a dicha cuestión ha de corresponderle una respuesta negativa por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup> La vigente LSA de 22 de diciembre de 1989 dedica la Sección 3.<sup>a</sup> de su Capítulo V, bajo el epígrafe «De los administradores» (arts. 123 a 135) a regular todo lo concerniente a los administradores (individualmente considerados) y en dicha regulación no se contiene precepto alguno que haga la más mínima referencia a la posibilidad de impugnar los actos (decisiones) de un administrador único.

2.<sup>a</sup> La Sección 4.<sup>a</sup> de ese mismo Capítulo V, bajo el epígrafe «Del Consejo de Administración» (arts. 136 a 143), está dedicada exclusivamente a regular todo lo concerniente a la actuación de dicho órgano colegiado (más de dos administradores).

3.<sup>a</sup> Únicamente en dicha Sección 4.<sup>a</sup> es donde aparece el artículo 143, con el epígrafe «Impugnación de acuerdos», cuyo precepto establece expresamente que los administradores y los accionistas que representen un 5 por 100 del capital social «podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración». De la redacción de dicho precepto (único que dedica la Ley al tema que nos ocupa) se desprende claramente que el legislador solamente ha previsto y autorizado la posibilidad de impugnación de los acuerdos en sí del Consejo de Administración, como órgano colegiado, pero no ha considerado oportuno hacer extensiva también dicha posibilidad de impugnación a las decisiones del administrador único, la cual, por otro lado, entrañaría insalvables dificultades, dada la imposibilidad práctica de distinguir formal y cronológicamente entre la decisión del administrador único y su ejecución o acto, cuando lo que el artículo 143 permite y regula es exclusivamente la impugnación del acuerdo en sí del Órgano Colegiado de Administración, no la de su ejecución o acto ejecutivo. Por todo ello, se ha de concluir que las decisiones (confundidas con su acto ejecutivo) del administrador único no son susceptibles de impugnación autónoma e independiente, pues dicha posibilidad está exclusivamente reservada, por imperativo legal, a los acuerdos del Consejo de Administración, en cuanto órgano colegiado. Cuando de un administrador único se trate, la única posibilidad que arbitra el legislador para reparar el daño o perjuicio causado por un acto (decisión) del mismo, aunque se le pueda considerar nulo o anulable, es la de ejercitar contra él la acción (social o individual) de responsabilidad, que establecen, respectivamente, los artículos 134 y 135, que vienen incluidos, precisamente, en la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo V, bajo el ya dicho epígrafe «De los administradores».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 24 de octubre de 1994; 24 de febrero de 1995; 31 de julio y 27 de octubre de 1997; 9 de julio y 30 de octubre de 1999 y 13 de julio y 8 de octubre de 2001.**
- **Resolución de la DGRN de 17 de abril de 1991.**