

**LA REPRESENTACIÓN EN EL SENO DEL CONSEJO DE
ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Nicolás Díaz de Lezcano Sevillano

Profesor Asociado de Derecho Mercantil.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:	I. Introducción.
	II. La admisión de la representación en el seno del Consejo de Administración.
	III. Idoneidad subjetiva.
	IV. Las personas jurídicas y la representación en el Consejo de Administración.
	a. La persona jurídica como representante.
	b. La persona jurídica como representado.
	V. Forma de la representación.
	VI. Contenido de la representación.
	VII. La representación en el Consejo y las situaciones de conflicto de intereses.

I. INTRODUCCION

La Ley 1564/1989 concibe al Consejo de Administración con dos notas determinantes: a) la de ser un órgano facultativo, puesto que esta Ley no impone la forma que debe adoptar el órgano de administración¹; y b) el tener carácter colegiado².

El Consejo, como acabamos de manifestar, destaca por requerir una actuación colegiada, lo que supone que la voluntad social se forma por la actividad cooperadora de los distintos miembros del Consejo³, por ello, es necesario distinguir entre las personas que forman el órgano, y el órgano en sí mismo⁴, así existe una voluntad del órgano que se forma con la intervención de sus miembros, y otra, que es la particular de sus componentes, aunque ambas, en su formación inicial, procedan originariamente de éstos⁵, así, se hace necesario establecer y regular, el procedimiento que debe seguirse para la formación de esa voluntad social, que parte de los criterios individuales de sus miembros, pero al desprenderse de los mismos forma una voluntad nueva y distinta, la voluntad social, que requiere para formarse la adopción por mayoría de los acuerdos del Consejo⁶,

1 Vid. art. 9 h) en el que se requiere que en los Estatutos figure la estructura del órgano de administración sin imponer una determinada modalidad.

El art. 124.1 del R.R.M. permite escoger entre un número cerrado de modalidades de administración entre las que se reconoce al Consejo de Administración.

2 El art. 143.1 señala: "... del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración...".

En igual sentido lo regulan la mayoría de los países de Europa y América, como afirma VAN OMMESLAGHE, P. "Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé", (Bruselas, 1960), págs. 428 y ss.

3 Cfr. GIRON TENA *Derecho de Sociedades*, (Madrid, 1976) pág. 309

4 En este sentido SÁNCHEZ CALERO, "Los Administradores. Artículos 123 a 143", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por Sanchez Calero, (Madrid, 1994), págs 344 y ss.

5 SIMONETTO "Ancora sul verbale notariale de delibera assembleare di società per azioni" en *Rivista delle Società*, I, 1969, pág. 902.

En España, GIRON TENA *Derecho de Sociedades* ob. cit. pág. 309.

6 GARRIGUES *Curso de Derecho Mercantil*, (Madrid, 1976), Tomo I, pág. 477, señala que lo que caracteriza al Consejo de Administración es que se trata de un órgano colegiado en cuyo seno se adoptan los acuerdos por mayoría; en el mismo sentido IGLESIAS PRADA *Administración y Delegación de Facultades en la Sociedad Anónima*, (Madrid, 1971), pág. 315.

es por tanto, una voluntad formada por síntesis y no por suma de las voluntades individuales.

El método colegial implica una actividad compositora de los distintos criterios individuales que concurren, por sí o representados, a la reunión⁷, de tal forma que la voluntad del órgano, sólo pueda determinarse con arreglo al procedimiento formalmente establecido para ello, como reconoce la doctrina mayoritaria⁸.

Para poder adoptar esos acuerdos sociales, la ley señala una serie de fases como son: la convocatoria, la reunión, la deliberación y la votación. Al objeto de este estudio nos interesa, fundamentalmente, analizar la incidencia que tiene la representación en la fase de reunión.

A la celebración de la reunión del Consejo de Administración, dedica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante T.R.L.S.A) el art. 139, donde exige para la validez de la reunión la concurrencia, bien, por sí, o bien, por representación de la mitad más uno de los componentes del Consejo.

Este artículo nos introduce en el estudio de algunos aspectos puntuales de la representación en el Consejo de Administración.

II. LA ADMISION DE LA REPRESENTACION EN CONSEJO DE ADMINISTRACION.

La legislación de sociedades anónimas reconoce expresamente en el art. 139 la doble posibilidad que tienen los consejeros sociales⁹, de concurrir a las reuniones del Consejo, ya por sí, personalmente, ya por medio de representante¹⁰.

⁷ Cfr. SALANITRO *Invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società azioni* (Milán, 1965) pág. 177.

En España ROJO "Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1985, pág. 103 y ss., ha afirmado la función compositora de la colegialidad en relación con la sindicatura de acreedores.

⁸ Por todos GIRON TENA *Derecho de Sociedades Anónimas*, (Valladolid, 1952), pág. 364 y ss.; ESTEBAN VELASCO *Configuración del órgano de administración* (Madrid, 1991) pág. 366; POLO, E, "Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. pág. 386; SÁNCHEZ CALERO "Los administradores...", ob. cit., pág. 344 y ss.

En la doctrina italiana : CALANDRA "Amministrazione bipersonale, método collegiale e clausula de prevalenza del voto del presidente" en *Giurisprudenza Commerciale*, 1985, pág. 656; FERRI *Le Società* (Torino, 1985) pág. 649; GALGANO *La Società per Azioni* (Padova, 1984) pág. 247; SALANITRO "L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni" (Milán, 1965) pág. 177 y ss.

En Francia RIPERT, G. y ROBLOT, R. *Traité élémentaire de Droit Commercial* (Paris, 1983), pág. 883.

En Alemania: KARSTEN SCHMIDT *Gesellschaftrecht* (Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann; 1991), pág. 681.

⁹ FERRANDIZ y GIMENO-BAYON *Praxis Mercantil, Sociedades mercantiles-sociedades anónimas: Junta general y administradores*, (Barcelona, 1991), pág. 282 señalan que la posibilidad de nombrar representante es exclusiva de los consejeros, el administrador único o los administradores solidarios o mancomunados no pueden nombrar apoderado

¹⁰ FERRANDIZ y GIMENO-BAYON *Praxis...*, ob. cit. pág. 282, afirman que sólo es susceptible de representación la condición de consejero, pues los cargos del Consejo, como son el de Presidente y Secretario, cuando éste lo fuere, son personalísimos y por tanto indelegables, incluso a su representante, en quien concurre representado.

Esta facultad de los consejeros de poder designar representante estaba reconocida en el párrafo 1º del art. 78 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de forma idéntica a como lo hace el art. 139 del T.R.L.S.A.

A pesar del reconocimiento legal desde la legislación de 1951, la doctrina no es unánime a la hora de admitir la conveniencia de la representación en el órgano colegiado de administración, en tal sentido, un sector de la misma se manifiesta, claramente, contrario a admitir la representación en el seno del Consejo de Administración, al entender que es indispensable para el normal desenvolvimiento de la gestión social, la asistencia personal del consejero designado con tal finalidad¹¹.

En cambio, el sector mayoritario de la doctrina considera que, si bien es cierto, que del art. 127 del T.R.L.S.A. se deriva el deber y la obligación para el consejero de asistir personalmente a las reuniones del Consejo, este criterio no puede llevarse a los extremos de ir en contra de la realidad social, ya que la mayoría de los Estatutos admiten la representación en el Consejo; a la vez que perjudicar y paralizar la actividad de la sociedad, puesto que al exigirse un quórum legal de asistencia, si éste no se da, y tampoco se admite la representación, se dificultaría gravemente, el adecuado funcionamiento de la sociedad, con mayores perjuicios para la misma, que aquéllos que se pretenden evitar con la postura negativa¹², por todo ello, nuestra normativa se inclina por dar preferencia a la agilidad en el funcionamiento del órgano de gestión social, frente criterios más formalistas¹³ que de aplicarse en sentido estricto, harían, en la práctica, casi inoperante a este órgano social. Todo ello hace jurídicamente aconsejable y funcionalmente conveniente para la sociedad, la admisión de la representación en el seno del Consejo de Administración, como expresamente reconoce nuestra legislación.

Ahora bien, al no ser la representación en el Consejo, un derecho inderogable del consejero, es también admisible que los Estatutos puedan, no sólo limitar, sino inclu-

11 En contra de la conveniencia de admitir la representación en el seno del consejo se manifiesta GIRON TENA *Derecho de Sociedades Anónimas* ob. cit., pág. 364 y ss., argumentándolo en tres aspectos: 1) por la aplicación de las reglas del mandato y de la representación en cuya virtud se viene obligado a un desempeño personal del cargo, 2) la necesidad de guardar secreto sobre los negocios, 3) la orientación del derecho comparado.

En el mismo sentido en la doctrina italiana se rechaza la representación en el Consejo por entender que es una función personalísima del consejero, por todos: MINERVINI *Gli amministratori di società per azioni* (Milán, 1956), pág. 400; COTTINO *Diritto Commerciale*, vol. I, (Padova, 1976), pág. 669; FERRI "Le Società", en *Trattato di Diritto civile italiano, dir. Vasalli*, vol. X, Tomo III, (Turin, 1985) pág. 649.; BAUDINO-FRASCINELLI *Gli amministratori delle Società per azioni e a responsabilità limitata*, (Milán, 1994) pág. 90 ; CAGNASSO *Trattato delle Società per azioni*, (Turin, 1991), pág. 261 y ss.

12 Por todos : GARRIGUES-URIA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. II, pág. 148 y ss., argumentan la conveniencia por las siguientes razones: "... evitar la nulidad de deliberaciones y acuerdos en los casos de enfermedad o de ausencia justificada...y el respeto al uso establecido en muchos estatutos de sociedades anónimas españolas que admiten tal representación..."; BERGAMO *Sociedades Anónimas. (Las acciones)*, T. III, (Madrid, 1970), pág. 100; GARCÍA LUENGO-SOTO VAZQUEZ *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, (Granada, 1991), pág. 624; HERNANDEZ MARTI "Organos de la Sociedad Anónima: el órgano de administración", en *Revista general de Derecho*, 1991, pág. 2956; POLO E. *Los administradores y el Consejo...* ob. cit., pág. 435; SANCHEZ CALERO "Administradores" ob. cit., pág. 414; URIA *Derecho Mercantil*, 22ª Ed. , (Madrid, 1995) pág. 327.

so, prohibir la representación, en aras a exigir la asistencia personal del consejero, y evitar que mediante el mecanismo de la representación pueda hacer una dejación de sus funciones y deberes¹⁴.

Esta limitación o prohibición tiene su apoyo jurídico, en la aplicación del principio de autonomía de la voluntad que incide claramente en la regulación del Consejo¹⁵, como señala explícitamente el artículo 141 del T.R.L.S.A.

Por contra, tras la reforma de 1989¹⁶, no es posible establecer en los Estatutos, ninguna cláusula por la que se prohíba la representación, en el seno de la Junta General de Accionistas¹⁷.

Los criterios que deben presidir el funcionamiento de estos dos órganos son diferentes, pues el cargo de consejero es en definitiva un cargo que conlleva una relación personal con la sociedad, que se basa en una situación de confianza; mientras que el carácter de accionista no está revestido de los aspectos personales que se dan en el consejero, o sea, no es indispensable que el consejero sea accionista, lo importante es tener la “confianza social” sea o no accionista. En cambio, el accionista adquiere su condición por el mero hecho de ser titular de una porción del capital social, en mera referencia a un aspecto económico, al margen de toda relación personal con la sociedad.

13 En el derecho italiano, el art. 2.388, 3 del Codice civile prohíbe expresamente la representación en el Consejo de Administración.

En el derecho alemán, parece rechazarse en el Consejo de Vigilancia la posibilidad de representación pues el art 108. 3 señala que “Los miembros del Consejo de Vigilancia ausentes podrán participar en las deliberaciones del Consejo de Vigilancia y de sus comisiones entregando su propio voto por escrito. Los votos por escrito podrán ser entregados por otros miembros del Consejo de Vigilancia. También podrán entregarse por personas que no formen parte del Consejo de Vigilancia, en el caso de que tengan derecho a participar en la sesión, conforme al art 109, párrafo 3.”, y el 109.3 dispone “Los estatutos podrán disponer que en las sesiones del Consejo de Vigilancia y de sus comisiones participen personas que no formen parte del mismo, en sustitución de miembros impedidos del Consejo de Vigilancia, si estos les han autorizado por escrito para ello.”.

Así MERTENS y ZOLLNER *Kölner kommentar zum Aktiengesetz*, (Colonia, Berlín, Bonn y Munich, 1985) pág. 1058 y ss., manifiesta que en el Consejo de Vigilancia es posible la sustitución pero no la representación.

En el Derecho francés, la Ley 67/559, del 12 de julio de 1967, modificó el art. 100 párrafo 2º, el cual expresa “Los acuerdos se adoptaran por la mayoría de los miembros presentes o representados...”.

En el derecho portugués, también se admite la representación, el art. 410 prf. 4º expresa: “El Consejo no puede deliberar sin que estén presentes o representados la mayoría de sus miembros”

14 En esta línea se manifiestan: BERGAMO *Las acciones...* ob. cit. pág 100; GARRIGUES-URIA *Comentarios...* ob. cit. Tomo II pág 149; HERNANDEZ MARTI *Organos...* ob. cit. pág 2956; POLO E. “Los administradores...”, ob.cit. pág 435; SANCHEZ CALERO “Administradores”, ob. cit. pág 414.

15 ESCARRA e RAULT *Traité Theorique et Practique de Droit Commercial. Les societes commerciales*, T. IV, (Paris, 1959), pág. 137, lo fundamenta diciendo que “los administradores son hombres de negocios experimentados, y provistos de los mismos poderes, por lo que se les puede dispensar de las reglas protectoras dictadas en favor de los accionistas”

16 Ver art. 106 del T.R.L.S.A.

17 Vid. MUÑOZ PLANAS “La Junta General de Accionistas” en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Anónimas dir. por URIA, MENENDEZ y OLIVENCIA*. (Madrid, 1992). Art. 106, 107 y 108; pág. 194 y ss.

III. IDONEIDAD SUBJETIVA.

Admitida de forma general la representación, la duda se plantea en saber en quién puede recaer la representación de un consejero, en concreto, el problema es determinar si puede otorgarse la representación a otro consejero únicamente, o si, por el contrario, la representación se puede otorgar a una persona extraña al Consejo.

La doctrina se inclina por reconocer, que dado el carácter personal y reservado del cargo de consejero¹⁸, no parece conveniente que a las deliberaciones de dicho órgano puedan concurrir personas ajenas al mismo, pues con ello podría vulnerarse el secreto que debe presidir las deliberaciones del órgano de gestión y dar a conocer, a terceras personas, datos importantes para la actividad de la sociedad. Estos terceros, al no ser consejeros, quedarían al margen del riguroso régimen de responsabilidad que la ley impone a los administradores¹⁹. Es indispensable, por tanto, que la representación se otorgue únicamente a un consejero.

Pero, también, es verdad que, en ciertos casos, otorgar la representación a otro consejero puede resultar incongruente, pues el representado y el representante-consejero pueden no pertenecer a la misma mayoría social, y existir entre ellos disparidad de intereses²⁰. Pero, no debemos olvidar que la representación es potestativa para el consejero, de tal manera, que si en la reunión a la que no va a asistir, no hay ningún otro consejero que sostenga en los asuntos a deliberar la misma postura que el ausente, o aunque sostenga la misma postura, el asistente no es de su absoluta confianza, nada obliga al primero a designar representante, y siempre puede concurrir personalmente a la reunión.

También, debemos admitir la posibilidad de que en un mismo consejero puedan concurrir una pluralidad de representaciones, incluso que, en él sólo, concurre el quórum exigido para la constitución del Consejo, puesto que siempre que se den los requisitos formales, la concurrencia del representante no puede revestir consecuencias distintas a si concurre el representado, y, en este caso concreto, habría, a los efectos de quórum, tantos componentes como consejeros acudan por si, o por representación²¹

18 FERRANDIZ y GIMENO BAYON *Praxis ...*, ob. cit. pág 282, señalan que el representante debe no sólo tener capacidad para ser consejero, sino que ha de ostentar tal cualidad.

19 Por todos: GARRIGUES-URIA "Comentarios...", ob. cit., pág. 149; BERGAMO *Las acciones...*, ob. cit. pág. 100; GARCIA LUENGO-SOTO VAZQUEZ, *El nuevo régimen...*, ob. cit., pág. 624.

20 En tal sentido se manifiesta LORA-TAMAYO "La elevación a público de los acuerdos sociales", en R.G.D., 1990 pág. 5627, quién expone: "Todos sabemos que la composición del Consejo es reflejo en la mayoría de las ocasiones de la distribución del capital. Imponer que un consejero que no pueda asistir a la reunión del Consejo tenga que conferir su representación a otro consejero que puede tener intereses distintos es algo que carece de toda lógica".

21 Así FERRANDIZ y GIMENO BAYON *Praxis...*, ob. cit. pág. 281.

IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA REPRESENTACION EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACION.

Cuando sea un consejero-persona jurídica²² el que intervenga en la representación se pueden plantear una serie de cuestiones sobre los requisitos para poder ser representante y representado.

a. La persona jurídica como representante.

Si un consejero quiere otorgar su representación para asistir a una sesión del Consejo a otro consejero, y este último es una persona jurídica, no hay nada que impida tal posibilidad, esta representación debe ser considerada perfectamente válida, pues a todos los efectos legales, no hay distinción entre que el consejero sea una persona física, o una persona jurídica.

POLO²³ manifiesta que admitida la representación, que recae en una persona jurídica, deberá ser ejercitada únicamente por la misma persona física que actúa por la persona jurídica-consejero, so pena de un desdoblamiento del voto tal postura es excesivamente rigurosa, porque lo único exigible es que el representante sea consejero, supuesto que se cumple en el caso estudiado, pero, no se impone por la Ley quien debe actuar por la persona jurídica, pues el consejero es la persona jurídica, y no la persona física que actúa en nombre de aquélla, por tanto, la persona jurídica tiene plenitud de derechos y obligaciones, sin que haya precepto alguno que le obligue a nombrar, para el ejercicio de esa representación, a la misma persona física, toda vez que la posible dualidad de voto, no sólo, no es rechazable sino que es consecuencia de los principios fundamentales sobre los que se asienta la teoría de la representación²⁴; es más, aunque se designe por la persona jurídica para el ejercicio de tal representación a la misma persona física, nada impone que haya una identidad de voto entre el que emite por si, y el que emite en representación, ya que, se puede otorgar la representación señalando la orientación del voto, y éste no tiene porque coincidir con el que emita la persona jurídica.

La posibilidad de que sean personas físicas distintas, la que actúe habitualmente por la persona jurídica consejero, y la que excepcionalmente ejerza la representación atribuida a esa persona jurídica por otro consejero, no vulnera el art. 143 del R.R.M., que exige la inscripción de la persona física que actúa en representación de una persona jurídica, sin embargo, en el caso que estudiamos, nos encontramos ante una representación concreta y especial, por lo que no es necesaria su inscripción, además, la persona física no es el representante sino, como vimos, tal condición recae

22 El derecho suizo, art. 707, prf. 3º del Código suizo de las Obligaciones, niega a las personas jurídicas la posibilidad de ser consejeros, pero admite que en su lugar puedan ser elegidos sus representantes.

23 Vid. POLO E., *Los administradores...*, ob. cit. pág. 436.

24 En tal sentido DIEZ PICAZO *La Representación en el Derecho Privado*, (Madrid, 1979), pág. 78 y 79., manifiesta que "Prescindiendo de aquellos supuestos en que efectivamente así se haya querido, porque se haya concedido la representación a aquel de los representantes de la persona jurídica que ésta designe, siempre ocurrirá que en la representación concedida a la persona jurídica como tal la responsabilidad por la gestión pesará sobre el patrimonio de ésta".

en la persona jurídica designada por el consejero-representado para tal caso²⁵, y podrá actuar por él, quien tenga la representación estatutaria inscrita, o bien, a quien la atribuya debidamente, para esta ocasión, sin que sea preceptiva, en este supuesto, la inscripción.

Cuando el consejero pretenda nombrar como representante a la persona física que actúa estatutariamente por la persona jurídica, el representado no podrá designarle directamente como tal, pues si bien, la relación de confianza se da con esa persona física, y por ello se pretende que sea ella quien la ejercite, el representado deberá designar necesariamente como representante a la persona jurídica, que como hemos sostenido es en la única en la que concurre el requisito de ser consejero, sin que el representado le pueda imponer que designe para tal evento a una persona determinada, aunque lo normal es que por simples razones de economía se nombre a la misma persona física para ejercer ambas funciones, por la persona jurídica y por el representado.

b. La persona jurídica como representado.

Cuando una persona jurídica sea consejero, el art. 143 del R.R.M., le impone la necesidad de designar a una persona física, que ejercerá las funciones del cargo por la persona jurídica, luego, en el supuesto de que esta persona física quiera designar un sustituto para asistir a una reunión, es indispensable que tal facultad le haya sido conferida expresamente por la persona jurídica, sin que se pueda presumir, pues la persona jurídica, si no expresa otra cosa, quiere que asista a la reunión la persona física por ella designada para ejercer las funciones de consejero y no otra, con la que puede o no tener la confianza que le inspira la designada por ella directamente.

El nominado no puede delegar, salvo que al hacer la designación o en un momento posterior se le haya dado expresamente la facultad de nombrar sustituto o delegado²⁶, pues si sostuviéramos otra postura estaríamos vulnerando el carácter personalísimo que tiene la designación y no sería jurídicamente admisible, ya que chocaría con los principios que rigen el mandato mercantil y que son aplicables por analogía a la representación²⁷.

Lo que si parece necesario, al amparo del 143 del R.R.M., es que si se otorga la facultad a la persona física de poder designar un sustituto, esta facultad deberá figurar inscrita en el Registro Mercantil, porque se trata de una facultad estable de dicho representante que configura el alcance de la representación.

En cuanto a la posibilidad de que, directamente, sea la persona jurídica-consejero, quien designe para una sesión concreta a una persona distinta de la inicialmente prevista y ya inscrita, creemos que tal posibilidad es perfectamente válida, pues, así

25 Cfr. DIEZ-PICAZO, *La Representación...*, ob. cit. pág. 78 y 79.

26 En este sentido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO *Administradores...*, ob. cit., pág. 415.

27 Vid. art. 261 del Código de Comercio que obliga al comisionista a desempeñar por sí los encargos, salvo consentimiento expreso del comitente.

se lo permite el art. 139 de la Ley al no prohibir que la persona jurídica pueda designar representante para asistir a una sesión del Consejo.

La dificultad que se nos plantea es saber si esta sustitución debería hacerse constar en el Registro Mercantil por aplicación del art. 143 de su Reglamento, que exige se refleje la persona física que ejercerá las funciones para poder inscribir a la persona jurídica como administrador (consejero). No creemos que este requisito sea trasladable al sustituto, pues la razón de ser del precepto va dirigido a la inscripción del nombramiento del consejero, requisito, ya cumplido, en el supuesto que analizamos, y por otro lado, resultaría jurídicamente absurdo imponer la inscripción registral al nombramiento de un sustituto para sesión concreta, ya que es muy probable que entre la convocatoria de la sesión, el nombramiento del sustituto por la persona jurídica para esa sesión, y la celebración de la sesión, no medie tiempo suficiente para proceder a la inscripción, es más, el sustituto debe figurar previamente inscrito, dado que necesariamente ha de ser un consejero, como ya comentamos²⁸, y por tanto, deberá tener su cargo vigente e inscrito.

Otra cosa diferente es que la persona jurídica quiera cambiar, con carácter definitivo, a la persona física que actúa por ella, en este caso, sí parece indispensable que se practique la inscripción de la nueva persona física en el Registro Mercantil, aunque su Reglamento sólo requiere la inscripción de la persona física, para poder inscribir por primera vez, a la persona jurídica como consejero, pero la inscripción de la “nueva persona física” es necesaria para determinar el momento en que han de comenzar y cesar los efectos de la actuación de ésta para con terceros.

V. FORMA DE OTORGAR LA REPRESENTACION.

Una vez admitida la posibilidad de designar representante para concurrir a la reunión del Consejo, y que éste pueda ser tanto una persona física como una persona jurídica, nos corresponde intentar precisar la forma en que dicha representación se haya de otorgar.

Nuestra Ley ni regula, ni menciona los requisitos de forma que requiere la representación en el seno del Consejo de Administración, esta ausencia de norma específica ha planteado distintas posturas doctrinales sobre la aplicación o no, al Consejo del régimen previsto legalmente para la representación de los accionistas en la Junta General²⁹. Ante esta laguna legal, un sector de la doctrina³⁰ sostiene la conveniencia de extender a la representación en el Consejo, los mismos presupuestos legales previstos para la representación en el seno de la Junta General. Estos autores afirman que la ausencia de regulación ha de interpretarse como la necesidad de mantener el mismo criterio para ambos supuestos de representación, por lo que equiparan la representación en el seno del órgano deliberante, y la representación para actuar en el órgano de gestión.

²⁸ Vid. supra.

²⁹ Vid. arts. 106 y ss del T.R.L.S.A.

³⁰ En este sentido véanse: GARRIGUES-URIA *Comentarios...*, II, ob.cit. pág 149; BUFETE CUATRECASAS *Derecho de Sociedades. Introducción práctica a la nueva legislación mercantil* (Pamplona, 1990) pág. 215; GARCÍA LUENGO-SOTO VAZQUEZ “Nuevo régimen...”, ob. cit. pág 624.

De forma, matizadamente, contraria se manifiesta otro sector de la doctrina moderna³¹, para quienes la ausencia de regulación no es absoluta, ya que no se puede olvidar que el artículo 141 del T.R.L.S.A., regula el régimen de funcionamiento interno del Consejo, y manifiesta que “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá... regular su propio funcionamiento...”, luego, si se regula la forma de ejercitar la representación por los Estatutos o por las normas internas del Consejo, habrá que estar y pasar, en un primer momento a lo que en ellas se disponga, y si, en los reglamentos internos del Consejo hay ausencia total de regulación, o para lo no previsto, entiende la doctrina que se aplicará “mutatis mutandis”, el régimen legal previsto para la Junta.

En general, la mayoría de la doctrina³² entiende que, en cualquier caso, la representación en el Consejo habrá de ser:

a) en forma escrita³³, no se rechaza la aplicación a este supuesto del principio general de libertad de forma en la representación³⁴, sino que la forma escrita se impone a efectos de acreditamiento ante el propio órgano³⁵, como consecuencia del estricto régimen de responsabilidad establecido en el art. 133 del T.R.L.S.A.³⁶, lo que significa que es admisible, tanto la representación conferida notarialmente, como por carta³⁷, o por simple comunicación firmada por el representado, sin grandes requisitos de forma, simplemente deberá expresar la voluntad de designar representante, y la sesión para la que se otorga. Más discutible es si se admite la representación otorgada por escrito, pero en telegrama. En este caso, no hay precepto alguno que prohíba esta forma escrita, por lo que ha de admitirse siempre que cumpla con los requisitos generales de estos documentos previstos en el art. 51 del Código de comercio, es decir, reúna las condiciones o signos convencionales previamente establecidos³⁸;

31 Ver POLO. E. *Los administradores...*, ob. cit. pág. 436 y ss; SÁNCHEZ CALERO *Administradores*, ob. cit. pág. 414 y ss.; VICENT CHULIA *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, vol. I, (Barcelona, 1991), pág. 392.

32 Vid. en esta línea BERGAMO *Acciones...*, ob. cit. pág. 100; GARRIGUES-URIA *Comentarios...*, ob. cit. pág. 415; GARCIA LUENGO-SOTO VAZQUEZ *Nuevo régimen...*, ob. cit. pág. 624; POLO E. *Los administradores...*, ob. cit. pág. 436; SANCHEZ CALERO *Administradores*, ob. cit. pág. 415.

33 Vid. FERRANDIZ y GIMENO BAYON *Praxis...*, ob. cit. pág. 282 por aplicación analógica de lo dispuesto para la Junta.

34 así DIEZ-PICAZO *La Representación ...*, ob. cit. pág. 144 y 145, expone que “Esta regla concuerda perfectamente con el principio espiritualista que para toda clase de contratos - y en general negocios jurídicos- enuncia el art. 1278 del CC, y que corresponde a la tradición de nuestro Derecho Histórico desde la conocida Ley del Ordenamiento de Alcalá”

35 Cfr. FERRANDIZ Y GIMENO-BAYON, *Praxis...*, ob. cit. pág. 282

36 Así SALELLES CLIMENT *El Funcionamiento del Consejo de Administración*, (Madrid, 1995), pág. 142 y ss., manifiesta este autor que la exigencia de forma escrita en la representación deriva de la necesidad de constatar la representación a efectos de la responsabilidad, y no de una aplicación analógica de lo señalado para la representación en la Junta General, pues esta tiene una justificación diferente.

37 En tal sentido BRITO CORREIRA *Os administradores de Sociedades Anónimas* (Coimbra, 1993), pág. 272; afirma que el Derecho portugués admite la representación por simple carta dirigida al presidente

38 Ver MUÑOZ PLANAS *La Junta General...* ob. cit., pág. 202.

b) para una reunión, dado que la representación no puede ser otorgada más que para una reunión concreta y determinada, ya que el consejero, como norma general, debe acudir personalmente a las reuniones del Consejo, y la representación ha de ser excepcional³⁹, por tanto, el instrumento de apoderamiento no puede ser utilizado más que una sola vez, si se quiere que el consejero asista a varias sesiones en representación de otro deberán entregarse tantos poderes como sesiones se vaya a intervenir por representación, pero siempre que esta pluralidad no suponga un fraude al principio de concurrencia personal del consejero, pues, reitero, la representación debe ser el supuesto excepcional.⁴⁰

c) recaer en otro consejero, ya que de lo contrario no sería conciliable con el régimen propio del Consejo, y con la necesidad de guardar secreto sobre los asuntos debatidos. La necesidad de que la representación recaiga en otro consejero supone que el poderdante debe designar expresamente al consejero que le sustituya, por lo que el mero escrito dirigido al Presidente o a cualquier consejero, en el que el ausente le señala su postura en un asunto concreto no puede implicar que se nombra al destinatario como representante, sólo se puede considerar la representación cuando claramente se atribuya, porque, si bien es verdad que la representación en general puede ser tácita⁴¹, no es trasladable al caso del Consejo la representación en el Consejo debe ser excepcional, pues el artículo 127 del TRLSA, señala que “Los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario...”, lo que difícilmente se puede cumplir si el consejero no asiste personalmente a las reuniones del Consejo.

Pero, no son aplicables a la representación en el Consejo, las demás normas legales que regulan las formalidades que deben concurrir en la representación en la Junta de accionistas, por consiguiente, no son admisibles tampoco las excepciones al régimen general de la representación previstas para la Junta, tal como lo concibe el T.R.L.S.A., así la excepción prevista para el caso de que el representante sea cónyuge, ascendiente o descendiente del representado, o la prevista para el supuesto en que el representante ostente poderes generales para administrar todo el patrimonio del representado, pues estos casos excepcionales previstos en el art. 108 del T.R.L.S.A. están pensados para el ejercicio de los derechos políticos que derivan de la titularidad de acciones y que deben ejercitarse en la Junta, pero sólo cuando se está actuando directamente, en base al propio patrimonio accionarial, pero no, cuando se está procediendo como miembro del órgano colegiado de administración de la sociedad.

Tampoco son aplicables a la representación en el órgano de gestión, las menciones sobre instrucciones de actuación, orden del día ... de la Junta, pues el artículo 141 del T.R.L.S.A. no requiere la concurrencia de tales supuestos para el válido funcionamiento del Consejo.

39 En contra FERRANDIZ y GIMENO BAYON *Praxis...*, *ob. cit.* pág. 282, mantienen “...admitida la posibilidad de representación y no imponiéndose topes a la posible reiteración de las representaciones, nos inclinamos por la inexigibilidad del apoderamiento específico”

40 Así BRITO CORREIRA *Os administradores...*, *ob. cit.* pág. 272

41 Cfr, DIEZ-PICAZO *La representación...*, *ob. cit.* págs. 155 y ss.

En cambio, sí es aplicable al Consejo, el supuesto, previsto para la Junta, de revocación tácita de la representación, mediante la concurrencia personal del consejero-representado a la sesión para la que había otorgado su representación⁴². En este caso, ha de cesar la representación otorgada por el concurrente a otro consejero por ser un criterio fundamental en la teoría de la representación, el que ésta sea revocable⁴³, y el derecho de sociedades prefiere, en todo caso, la presencia personal del consejero a la del representante.

Una vez admitida unánimemente la posibilidad de Consejo Universal, esto es el formado por la concurrencia de todos sus miembros, quienes, sin necesidad de convocatoria, admiten en deliberar y, en su caso, acordar cuestiones propias de su competencia. La cuestión que se puede presentar consiste en saber si la celebración de este Consejo exige la concurrencia personal de todos los consejeros, o es suficiente que concurren sus representantes, si, como expusimos anteriormente, el poder ha de ser escrito, y para una sesión determinada, en principio, nada se opone a que para el caso en que se haya previsto, al otorgar la representación, tal posibilidad, el Consejo podrá celebrarse, pero no deja de ser más que una postura teórica, pues lo que caracteriza al Consejo Universal es su celebración por la concurrencia de todos los consejeros, y al producirse la asistencia unánime de los consejeros no es necesaria la previa convocatoria, luego si falta la convocatoria previa, difícilmente podrá un consejero otorgar la representación para una sesión del Consejo de la que no sabe si se celebrará, ni que consejeros asistirán personalmente, a fin de poder designar a alguno de ellos como representante, y por supuesto, tampoco sabe la fecha de la reunión. Por todo ello, la representación para un Consejo Universal, es admisible teóricamente, pero se hace prácticamente irrealizable⁴⁴

V. CONTENIDO DE LA REPRESENTACION.

La representación, que como vimos, ha de ser otorgada por escrito, puede contener, o no, instrucciones de voto, es decir, fijar la orientación del voto a emitir por el apoderado, y señalada por el poderdante, o bien, puede guardar silencio sobre el sentido del mismo y dejar que el representante pueda votar con plena libertad, según su criterio. Este último caso da lugar a lo que se denomina “apoderamiento en blanco”⁴⁵, cuya utilización es muy frecuente en la práctica societaria.

42 En este sentido se manifiestan GARCÍA LUENGO-SOTO VAZQUEZ *Nuevo régimen...*, ob. cit. pág. 624

43 Ver DIEZ-PICAZO *La Representación...*, ob. cit. pág. 298 señala que la revocabilidad de la representación es un criterio unánimemente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, y recogido en todos los ordenamientos jurídicos.

El T.S. ha admitido en ciertos casos y con carácter excepcional que pueda otorgarse la representación de forma irrevocable, así véase la sentencia de 22 de mayo de 1942.

44 En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Mayo de 1962 dictada con ocasión de una Junta Universal de accionistas, pero cuyo contenido es aplicable al Consejo, donde se expresa que la representación haya de darse por escrito y con carácter especial para cada sesión lo que implica el previo conocimiento de la celebración de la misma, esto conlleva la necesidad de presencia física, salvo la posibilidad remota de representación para tal caso.

45 Vid. DIEZ-PICAZO *La representación...*, ob. cit. pág. 164 y 165. Este autor lo define como “...el firmado por una persona sin haberse completado su contenido”.

No nos parece, por el contrario, aceptable que pueda conferirse la representación con la prohibición absoluta de emitir voto, y que se designe al representante con la simple finalidad de alcanzar el quórum legal, o estatutario de asistencia, pues con esa actuación se vulneraría la finalidad de la representación en el Consejo; esto es permitir que la persona del representante pueda concurrir a la reunión, intervenir con voz en la misma, así como votar conforme a la orientación dada por el representado o en el caso de que el “dominus” no haya señalado la orientación del voto, el representante podrá votar con plena libertad.

Por ello, los representantes que no puedan ejercer el derecho de voto en el Consejo, por habérseles privado al otorgar la representación, no deben ser tenidos en cuenta para alcanzar el quórum necesario de asistencia, ya que no parece sostenible que al órgano de gestión de la sociedad puedan concurrir personas privadas de la posibilidad de intervenir y votar, criterio análogo al previsto para la Junta en el art. 102 del T.R.L.S.A., donde para la válida constitución de la Junta General en primera convocatoria se requiere la asistencia de, al menos, el veinticinco por ciento del capital social con derecho a voto⁴⁶.

Además, no es posible, en la práctica, privar al representante de voz y voto en el Consejo, pues el representante ha de ser necesariamente consejero, como vimos anteriormente, luego la posibilidad de ser oído en el Consejo le es innata, dado que la tiene, en cualquier caso, por su propia cualidad de consejero, y no es alcanzable determinar cuando interviene en la deliberación en nombre del representado y cuando en el suyo propio, ya que, lo normal es que ambas posturas, la propia del representante y la del representado, sean coincidentes, porque no se designa como representante a otro consejero que mantiene una postura contraria a la del dominus. Pero, es más, no sólo, todo representante tiene, por ser consejero, derecho a ser oído, sino que debe tener la posibilidad de votar, y por tanto, poder emitir voto o abstenerse, derecho esencial a todo consejero que interviene, por sí o por representación en el Consejo, ya que el representante debe ser designado para ser oído y poder votar, como si fuera el representado, y parece dudoso, que cuando un consejero designa libremente a otro consejero como representante suyo para una sesión, le pueda privar expresa y anticipadamente de ejercer el voto, cuando el Consejo de Administración se caracteriza por ser un órgano colegiado, lo que conlleva de forma imperiosa que la voluntad del órgano se deba formar por acuerdos que sean adoptados colegiadamente, y para cumplir con este presupuesto es necesario que todos los consejeros tengan la posibilidad de intervenir y votar, ya sea a favor, ya en contra, o bien, abstenerse, según el criterio que cada uno tenga conforme al desarrollo de las deliberaciones y a las posturas allí expuestas, por tanto, si no lo entendiéramos así, y se pudieran designar representantes privados de la posibilidad de votar, se estaría perjudicando gravemente al funcionamiento de este

46 Vid. POLO E. *Los administradores...*, ob. cit. pág. 437.

órgano que tiene su propia razón de ser en que los acuerdos se forman tras el debate entre sus miembros, y conforme al mismo, cada consejero vota⁴⁷.

VI. LA REPRESENTACION EN EL CONSEJO Y LAS SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES.

Nuestro derecho de sociedades anónimas no tiene una regulación específica sobre la postura que debe adoptar un consejero que concurra, personalmente o representado, a la sesión del Consejo en la que se vaya a tratar algún asunto en relación con el que exista una disparidad de intereses entre la Sociedad⁴⁸, y el consejero en particular⁴⁹, es decir hay conflicto de intereses cuando el consejero concurre a la sesión buscando el interés suyo propio o el de un tercero, incompatible con el interés social⁵⁰, ese conflicto de intereses ha de ser puntual para ese caso, pues si la situación de conflicto es constante, estaríamos ante el supuesto de separación del administrador, por tener intereses opuestos a la sociedad, previsto en el párrafo 2º del artículo 132 del T.R.L.S.A.⁵¹.

En la legislación mercantil española hay referencias a este supuesto, así, en la normativa general sobre cooperativas⁵², en la nueva legislación sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada⁵³, aunque esta última, no alude más que a la prohibición de competencia⁵⁴, señalando que el administrador no puede dedicarse al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social⁵⁵.

47 En contra SALELLES CLIMENT "El Funcionamiento...", ob. cit. pág. 170 y ss., quien señala tres argumentos que apoyan la posibilidad de prohibir al representante ejercer el voto: 1) el consejero puede asistir a la sesión y no votar; 2) el art. 139 no requiere para la constitución del consejo más que la, concurrencia por si o representados de la mitad más uno de los componentes, sin exigir que los representantes tengan derecho de voto; 3) el régimen de responsabilidad no se ve alterado porque el representante no pueda votar, sino que ha de hacer todo lo conveniente para evitar el daño o se oponga expresamente a lo acordado

48 Para un estudio más profundo sobre el interés social JAEGER "L'interesse sociale", (Milán, 1964); ALBORCH BATALLER "El derecho de voto del accionista", (Madrid, 1977).

49 MINERVINI "Gli amministratori di società per azioni", (Milán, 1956), pág. 406, afirma que el conflicto se produce si el administrador tiene interés en que la deliberación sea tomada en un sentido determinado, y la Sociedad tiene interés en que sea tomada en sentido opuesto.

50 SALELLES CLIMENT, "Funcionamiento...", ob. cit. pág. 187, sostiene que hay conflicto de intereses cuando el consejero es portador de un doble interés el suyo propio y el de la sociedad.

51 Vid. POLO, E. "Los administradores...", ob. cit. pág. 262

52 Vid. Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, cuyo art. 47.4º dispone "Los Estatutos establecerán los supuestos en que deba abstenerse de votar el socio o asociado en conflicto por razón del asunto objeto del acuerdo"

53 Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicada en el B.O.E. el 24 de marzo de 1995.

54 Vid. prf. 1 del art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se señala que "Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social...".

55 Vid art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En el derecho comparado, las legislaciones suelen tener una regulación precisa de las situaciones de conflicto de intereses entre el consejero y la sociedad⁵⁶.

La existencia del conflicto de intereses supone una limitación al ejercicio del derecho que corresponde a todo consejero como es el de votar en las sesiones del Consejo⁵⁷. La situación de conflicto debe ser, por tanto, excepcional y suficientemente acreditada, en función del contenido del acuerdo y de la modalidad de la operación,⁵⁸ sin que pueda presumirse, toda vez que la presunción debe jugar en sentido contrario, esto es en reconocer al consejero plenas facultades de actuación, mientras no se acredite que en él concurre una situación de anomalía.

La situación de conflicto implica necesariamente, dos presupuestos⁵⁹: primero, que el interés individual perseguido por el consejero sea incompatible con la realización del interés social, y segundo que la obtención del interés individual pueda causar daño a la sociedad y el correlativo beneficio para el administrador o tercero⁶⁰. El daño para la sociedad debe ser entendido en sentido amplio, es decir habrá daño para la sociedad cuando ésta sufra un quebranto, bien por el daño realmente sufrido (daño emergente), como por la pérdida del beneficio esperado (lucro cesante).⁶¹

El conflicto se produce, tanto si el consejero tiene en esa materia un interés directo, como si es indirecto⁶², este último caso puede darse cuando se acuerda en el Consejo, con la asistencia del consejero en conflicto de intereses, establecer una determinada relación entre la Sociedad (perjudicada) con otra Sociedad y ésta es controlada por una tercera compañía, a su vez, controlada por dicho consejero (beneficiario).

La situación de excepcionalidad que debe presidir la idea de conflicto de intereses nos lleva a afirmar que la situación de conflicto, sólo es aplicable al caso de colisión de intereses entre el consejero y la Sociedad, pero no es trasladable al supues-

56 Cfr. Código civile cuyo art. 2391. 1, regula esta cuestión de la siguiente forma: "El administrador que en una determinada operación tenga, por cuenta propia o de terceros, intereses en conflicto con los de la sociedad, deberá de ponerlo en conocimiento de los otros administradores y del colegio sindical y abstenerse de participar en el acuerdo referente a la operación..."

En el derecho francés el art. 103. in fine de la Ley de 1966 señala que "El interesado no puede tomar parte en la votación y sus acciones no se tendrán en cuenta para el cálculo del quórum y de la mayoría".

El derecho inglés el art. 94 de la Table A 1985, señala que un administrador no puede votar en las materias en las que tiene un interés directo o indirecto contrario o que pueda ser contrario al interés de la sociedad.

En el derecho portugués el art. 410.6 del Código de Sociedades dispone. "El administrador no puede votar sobre los asuntos en que tenga por cuenta propia o de un tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad; en caso de conflicto el administrador debe informar al Presidente sobre ello".

57 DUQUE *Tutela de la minoría*, (Valladolid, 1957), pág. 135, la situación de conflicto priva del derecho al voto y, por tanto, debe abstenerse, pero no le limita el derecho de asistencia.

58 Cfr. BONELLI *Gli amministratori di società per azioni*, (Milán, 1985), pág. 227.

59 Vid. PARRELLA "Amministratoti", en *Revista delle Società*, enero-febrero 1995, pág. 140 y 141.

60 Vid. MUÑOZ PLANAS *La Junta...*, ob. cit. pág. 167; SALELLES CLIMENT *El funcionamiento...*, ob. cit. pág. 189.

61 Así CAGNASSO *Trattato delle società...*, ob. cit. pág. 272.

62 En tal sentido BAUDINO y FRASCINELLI *Gli amministratori...*, ob. cit. pág. 95.

to de conflicto de intereses entre consejeros, o entre un consejero y un socio o grupo de socios⁶³.

El examen de la representación en el Consejo de Administración, nos exige entrar a analizar las particularidades que las situaciones de conflicto de intereses puede plantear cuando a la reunión se asiste por medio de representante, sin que por ello se libere de la obligación de informar a los demás consejeros de su situación, podemos señalar las siguientes posibilidades:

1) Que la situación de conflicto de intereses exista tanto con el representante como con el representado, y la Sociedad. En este caso se aplicará el régimen que acabamos de exponer, el representante que por sí tenga conflicto de intereses no podrá votar, ni por él ni por el consejero representado que se encuentra en la misma situación.

2) Que la situación de conflicto de intereses se de exclusivamente con el representado, pero no con el representante. En este supuesto el representante puede ejercitar el derecho de voto que a él personalmente le corresponde como consejero que debe ser, pero no puede votar por el representado, con quien se da la situación de conflicto respecto a la sociedad.

3) Que la situación de conflicto concorra en el representante, pero no en el representado. Lo normal sería que el apoderado manifestará al poderdante en cumplimiento de lo expuesto, que se encuentra en situación contraria a los intereses sociales, pues ambos son consejeros. El representado, en tal caso, debe otorgar la representación de forma cautelar, es decir, con señalamiento expreso del sentido del voto, si deja al representante libertad para ejercer el voto, éste no podrá votar ni por sí, ni por el poderdante. En el supuesto de que al otorgar la representación el representado no conozca la situación de conflicto que concurre en el consejero por él designado para ejercer su representación, este desconocimiento puede ser porque el asunto ha sido debatido sin estar en el orden del día, si lo hubiera, y sin que por ello el afectado pudiera informar al representado, estaríamos en el supuesto anterior, el representante sólo podrá votar si el representado le señaló de manera precisa y acreditada el sentido del voto suyo. Cuando el representante no comunique al representado la situación de conflicto, que le era conocida con anterioridad, y éste le otorgue plena libertad para votar, no podrá votar por el representado, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al apoderado por no cumplir con el deber general de todo representante de velar por los intereses de representado, y por tanto de haberle informado.

Así, si el representante tiene instrucciones precisas y acreditadas sobre la orientación del voto del representado puede votar por éste sin que le afecte su propio conflicto de intereses, pues no es más que un nuncio o mensajero en relación con el

⁶³ En tal sentido BAUDINO y FRASCINELLI, *Gli amministratori...*, ob. cit. pág. 95; CAGNASSO *Trattato...*, ob. cit. pág. 271.

voto. Pero, si el representante tiene libertad para fijar el sentido del voto del representado, en este caso no puede votar, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir por no habérselo hecho saber al poderdante, siempre que haya actuado con dolo o negligencia.