

MARINA EL HIHI NIEVES

EL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LA JUNTA GENERAL

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

Dirigido por el Dr. Pablo Girgado Perandones

Facultad de Ciencias Jurídicas

Grado de Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2022

El presente Trabajo de Final de Grado se ha realizado siguiendo la modalidad de Trabajo de Investigación siguiendo las instrucciones para autores estipuladas por la Revista de Derecho de Sociedades, cuya editorial es Thomson Reuters. Puede consultarse las instrucciones mencionadas en el enlace siguiente:

https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/revistas/revista-de-derecho-de-sociedades/p/10001523?utm_source=google&utm_campaign=tienda&utm_medium=cpc&utm_content=dsa_tienda&gclid=CjwKCAjwv-GUBhAzEiwASUMm4pPKuEbWIY7MZvlbqkNPVGYzilNqBktDycJD10u6yHvg9QoALBNcDRoC3qIQAvD_BwE#tab-2

RESUMEN

La finalidad del estudio es exponer las consecuencias al incumplimiento del deber de asistencia de los administradores a la junta general (art. 180 LSC) , su conexión con la nulidad de esta y con el derecho de información del socio analizando a su vez las acciones a ejercitar contra el administrador.

RESUM

La finalidad de l'estudi és exposar les conseqüències a l'incompliment del deure d'assistència dels administradors a la junta general (art. 180 LSC), la seva connexió amb la nul·litat d'aquesta i amb el dret d'informació del soci analitzant al mateix temps les accions a exercitar contra l'administrador.

ABSTRACT

The aim of the essay is to expose the consequences of the non-compliance duty to attend the general meeting (art. 180 LSC), its connection with the nullity of thereof and with the partner's right of information, analyzing at the same time the actions that can be filed against the administrator.

PALABRAS CLAVE / PARAULES CLAU / KEYWORDS

Deber de asistencia – Junta general – Administrador societario – Incumplimiento – Acciones contra el administrador.

Deure d'assistència – Junta general – Administrador societari – Incompliment – Accions contra l'administrador.

Duty of attendance – general meeting – Company administrator – Non-compliance – Actions against the administrator.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
METODOLOGÍA	8
AGRADECIMIENTOS.....	8
CAPÍTULO I. FUNDAMENTO DEL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LA JUNTA GENERAL	9
1.1. La Junta general como órgano de la sociedad y su relación con el órgano de administración.....	9
1.2. El derecho de información del socio como fundamento del deber de asistencia 11	
1.3. Concepto del deber de asistencia del administrador a la Junta general.....	13
1.4. Concepto del deber de diligencia y lealtad y su conexión con el deber de asistencia	14
CAPÍTULO II. EL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LAS JUNTAS GENERALES	17
2.1. Los antecedentes del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital	17
2.2. Naturaleza del deber de asistencia	19
2.3. Alcance del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital.....	21
A. EL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LAS JUNTAS 21	
B. LAS FORMAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA ASISTENCIA A LAS JUNTAS GENERALES	24
CAPÍTULO III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ASISTENCIA A LA JUNTA GENERAL Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO DE INFORMACIÓN ...	26
3.1. El derecho de información del socio: naturaleza y características generales.....	26
A. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN BASE AL DERECHO DE INFORMACIÓN	27
3.2. La nulidad de la junta como consecuencia de la inasistencia del administrador..	28
3.3. De las acciones contra el administrador	31

A. DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD	32
B. DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.....	33
C. DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	34
D. BREVE MENCIÓN AL CESE DEL ADMINISTRADOR	34
CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	38

SIGLAS

DGRN	Dirección general de los Registros y del Notariado
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Ibídem	En la misma obra

INTRODUCCIÓN

La administración de una sociedad es el órgano encargado de la gestión y representación de la misma. Por ello, la Ley de Sociedades de Capital otorga especial trascendencia a la configuración de sus deberes como órgano de administración. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (LSC), reforzó tanto los deberes de los administradores modificando los artículos 225 y 226 - relativos al deber de diligencia y lealtad, respectivamente – como la responsabilidad de estos. Pese a ello, no encontramos en el mencionado régimen de responsabilidad, una respuesta satisfactoria a una cuestión, en ocasiones, determinante: la inasistencia del administrador a la junta general.

El presente trabajo, nace con el objetivo de analizar en profundidad el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital bajo la rúbrica *deber de asistencia de los administradores*. Dicho deber, de carácter - *a priori* – imperativo, carece de respuesta directa ante su incumplimiento, más allá de las posibles acciones que se expondrán en el Capítulo III y que responden a la infracción del deber de diligencia o lealtad. Ante la configuración normativa de la obligatoriedad de asistencia a la junta general por parte de los administradores, cabe cuestionarse cuál es la respuesta ante la conculcación del citado deber. No obstante, no encontrando consecuencia directa a la inasistencia del administrador, conviene delimitar cuáles son las posibles repercusiones hacia la junta celebrada y hacia los administradores. La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, núm.255/2016, de 19 de abril, sentó un precedente de gran importancia en lo relativo a la nulidad de la junta general. La inasistencia del órgano de administración (al completo, pues no acudió ninguno de los consejeros) vulneró el derecho de información de la socia minoritaria viciando de nulidad a la junta. Así, como regla general, el Tribunal dictaminó que la ausencia de los administradores no supondría la nulidad de la junta, pero que debían examinarse los supuestos concretos, caso por caso. Por ello, más allá del análisis conceptual del deber de asistencia, la finalidad del estudio reside también en vislumbrar en qué posibles circunstancias, la ausencia del administrador tendrá como consecuencia la nulidad de la junta general.

Para poder analizar las repercusiones a la falta de asistencia del administrador, se ha articulado el presente estudio en tres capítulos. En el Capítulo I, se pretende exponer cuál es la fundamentación del citado precepto (art. 180 LSC), el concepto de este y su conexión con el

deber de diligencia y el deber de lealtad . Una vez delimitado lo anterior, el Capítulo II indaga en el concepto expuesto de forma general en el capítulo anterior respecto al deber de asistencia, estudiando la naturaleza del artículo y su alcance en función de los distintos tipos de juntas que se dan en las sociedades de capital. El Capítulo III se centrará en las acciones que podrían ejercitarse contra el órgano de administración, en función de si ha existido daño patrimonial a la sociedad, al socio o a terceros o si por el contrario, la falta de observancia al deber de asistencia no ha resultado en un perjuicio económico, delimitando en este último caso, qué acciones podrán interponerse contra el administrador. Finalmente, se procederá a exponer las conclusiones acerca del análisis general realizado.

METODOLOGÍA

En aras de realizar el presente trabajo, se ha procedido a la consulta de la Ley de Sociedades de Capital (incluyendo las versiones precedentes a su reforma), la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1953 (y sus versiones posteriores) así como normativa relacionada con el derecho de sociedades en general. Del mismo modo, se ha procedido a consultar los manuales, tesis y artículos que se exponen en la bibliografía, con atención especial a diversas sentencias y a doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en relación con el derecho de asistencia y con la regulación del régimen jurídico de los administradores societarios. Respecto al modelo seguido para las formalidades del trabajo, se ha optado por la Revista de Derecho de Sociedades de Thomson Reuters mencionada al inicio del estudio.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco y dedico el presente trabajo al Dr. Pablo Girgado Perandones, por su entrega, guía y enseñanza durante su realización. A Marc, por formar siempre equipo y a toda mi familia, especialmente a mi madre, Cristina, y a mi abuelo, Manuel, por ser mis faros en el camino.

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO DEL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LA JUNTA GENERAL

El deber de asistencia de los administradores a la Junta general viene justificado mayormente por el interés que suscita el buen funcionamiento de toda sociedad de capital y por la presencia de dos órganos imprescindibles en la misma; la Junta general y el órgano de administración. Ambos configurados por imperativo legal, conforman la estructura básica de cualquier sociedad, pues no es posible concebir el papel del órgano de administración sin el de la Junta general y viceversa. Por ello, para comprender el fundamento del deber de asistencia a la Junta general, es de importancia delimitar la función interna de los administradores en una sociedad de capital¹, así como sus relaciones con los socios y sus deberes en las Juntas generales. En el presente capítulo, se pretende conceptualizar la relación entre la Junta general y el órgano de administración así como el fundamento del deber de asistencia del administrador a dicha Junta.

1.1. La Junta general como órgano de la sociedad y su relación con el órgano de administración

La relación directa del órgano de administración con la Junta general se hace palpable en muchos aspectos de gestión interna de la sociedad y en la vinculación entre las facultades atribuidas a cada uno de dichos órganos. En primer lugar, es pertinente recordar a modo general, que la relación del órgano de administración, ya no con la Junta general – tema que se abordará a continuación- sino con la sociedad, no ha de porqué responder a un contrato, sino que es, fundamentalmente, de carácter estatutario. Desde la aceptación del administrador nombrado como tal por la Junta se despliega la eficacia de las obligaciones y deberes inherentes al cargo. Cuestión distinta es la posibilidad por parte de los socios de “modalizar o perfilar” el régimen al que se encontrará sometido el órgano de administración mediante la correspondiente modificación estatutaria².

Bien es sabido que la Junta general es el órgano colegiado y deliberante de la sociedad en el seno de la cuál, los socios reunidos, conforman la voluntad social decidiendo sobre asuntos sometidos a su competencia -mediante la mayoría legal o prevista via estatutos de la propia

¹ En el presente trabajo, se analiza el papel de los administradores en la sociedad desde una vertiente interna. La función externa de los administradores concierne a la representación de la sociedad, análisis que excede el objeto del estudio.

² FERNÁNDEZ SEIJO, J.M, “Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias” en *Cuadernos de Derecho Local*, 2020, pág. 214.

sociedad-, siendo la definición legal de la misma la siguiente; Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta (artículo 159.1 LSC)³. Dicha Junta, que ha de ser debidamente convocada⁴ es considerada como el órgano soberano de la sociedad y muestra de ello son ciertas facultades indelegables atribuidas únicamente a dicho órgano tales como el cese y nombramiento de los administradores y el ejercicio de la acción social de responsabilidad⁵. Se trata pues, de un órgano necesario y soberano que posibilita el cumplimiento del derecho de asistencia reconocido a todos los socios y la toma de decisiones vinculantes respecto a la sociedad. Respecto a su carácter de órgano necesario y soberano, se debe en primer lugar a que la formación de la voluntad de la sociedad y la expresión de la misma, debe llevarse a cabo en el seno de la Junta y, en segundo lugar, a que se trata del órgano “jurídicamente superior” pues posee la facultad de destituir a miembros del órgano de administración en cualquier momento y sin que medie justa causa (art. 223 LSC)⁶. No solo lo anterior es remarcable a fin de determinar la importancia de la relación entre el órgano de administración y la Junta, sino que es pertinente recordar el vigente artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, a tenor del cuál la Junta podrá impartir instrucciones a los administradores o someter a acuerdo previo de ésta, cuestiones competenciales sobre las cuales deban decidir los propios administradores, sin perjuicio todo ello de la responsabilidad de éstos últimos (art. 236.2 LSC). Del mismo modo, la válida convocatoria de la Junta ha de venir realizada por los administradores (art. 166 LSC) o en su defecto -cuando éstos no la convoquen y se solicite por los socios que representen al menos el 5% del capital social- por el Registrador Mercantil o el secretario Judicial del domicilio social. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de accionar la responsabilidad del administrador por falta de convocatoria de la Junta⁷. De hecho, la convocatoria de la Junta general se configura en la Ley de Sociedades de Capital como un deber del órgano de administración, que habrá de convocarla en el plazo establecido legal o estatutariamente o cuando sea necesario o conveniente para los intereses sociales (art. 167 LSC).

³ Es de importancia matizar el caso de las sociedades unipersonales (art. 15 LSC) dónde las facultades de la Junta general y el ejercicio de éstas vendrá siendo realizado por el socio único.

⁴ Resulta de interés el cambio en la redacción del artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital con respecto al artículo 93 de la ya derogada Ley de sociedades anónimas que establecía el matiz “debidamente convocada” eliminado en nuestra legislación vigente debido a la posibilidad del desarrollo de la Junta universal, la cuál no precisa de los requisitos de convocatoria formal de la Junta general para que se halle válidamente constituida.

⁵ FERRANDO VILLALBA, M. de Lourdes. “Capítulo X”. *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 226 y ss.

⁶ CRUZ RIVERO, D. “La Junta General” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. Y DÍAZ MORENO, A. (Coords.) *Derecho Mercantil V.III, Las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, España, 2013, pp. 472 y 473.

⁷ BROSETA, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. Capítulo 17. *Manual de Derecho Mercantil V.I*. Tecnos, Madrid, 2020, pág. 467.

Cabe recordar que la administración de una sociedad es el órgano ejecutivo y representativo de ésta misma, encargada de llevar a cabo la gestión y representación de la misma. Se trata pues, de un órgano permanente y necesario cuya función es ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta general⁸, cumplir con los deberes y ejercitar las facultades atribuidas por la Ley de Sociedades de Capital así como por los estatutos de la propia sociedad y cuya finalidad reside en la consecución del fin social. De lo mencionado deriva su naturaleza de órgano permanente⁹ (a diferencia de la Junta), pues su inexistencia podría suponer una causa de disolución sino se subsanara la vacancia (art. 363.1.c LSC)¹⁰. De entre dichos deberes y facultades, el que nos interesa en el presente estudio, es el deber de asistencia a la Junta general (art. 180 LSC) y para entender la importancia de este mismo, es relevante encontrar su fundamento. En el seno de la Junta general, los socios disponen de derechos inherentes a su condición como tales, de entre ellos destaca el derecho de información, que a su vez, se configura como un deber para los propios administradores, pues son éstos mismos quienes han de facilitar la información solicitada por el socio.

1.2. El derecho de información del socio como fundamento del deber de asistencia

El derecho de información del socio se configura como un derecho inherente a su condición como tal y su naturaleza lo caracteriza como *un derecho esencial no solo inderogable, sino asimismo irrenunciable*¹¹. Se encuentra regulado en el artículo 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad anónima respectivamente y en el artículo 93.d de la misma ley como un derecho mínimo. Jurisprudencialmente¹², ha venido delimitándose dicho derecho de información en dos vertientes; la referida al deber en sí mismo de la sociedad de hacer públicos documentos de interés para socios y terceros (sin necesidad de solicitud previa de los socios) y la referente al deber del administrador de proporcionar la información que solicite el socio mediante el

⁸ ENTERRÍA, J, URÍA, R. , MENÉNDEZ, A. Capítulo 35. *Curso de Derecho Mercantil I*. Civitas, Madrid, 2006, pág. 957.

⁹ Existen matices en cuanto a la consideración del Consejo de Administración como órgano permanente. Al respecto véase ALFARO, J. “Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración” en *Almacén de Derecho*, de fecha 25 de junio de 2019.

¹⁰ CRUZ RIVERO, D. “La Junta General” en *Derecho Mercantil V.III, Las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, 2013, pág. 522.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 869/2004, de 29 de Julio de 2004.

¹² Sentencias núm. 406/2015, de 15 de julio de 2015; 436/2013, de 3 de julio de 2013 y 986/2011, de 16 de enero de 2012, entre otras.

ejercicio individual de su derecho de información¹³. Este último es el que ocupa el fundamento principal, a nuestro parecer, del deber de asistencia a la junta de los administradores. Se trata de un derecho inderogable, autónomo e irrenunciable con independencia de que el derecho sea ejercitado o no por parte del socio. El aspecto de mayor importancia y en el que nos centraremos para abordar la relación entre el derecho de información del socio y el deber de asistencia a la Junta del administrador, es el ejercicio del primero. Respecto a ello, cabe diferenciar si nos encontramos ante una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, pues el régimen legal respecto al derecho de información y a la forma de ejercitarlo, dependerá del tipo social ante el que nos encontremos.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el socio podrá actuar de dos formas distintas según el momento temporal en que ejerza el derecho. Cuando la información se solicite *ex ante*, es decir, no habiéndose desarrollado todavía la Junta general, el socio podrá solicitar por escrito toda aquella información, informes o aclaraciones que considere oportunas *acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día* (art. 196.1 LSC). No obstante, una vez en Junta, el socio también dispone de la posibilidad de solicitar verbalmente en el seno de ésta misma, la información mencionada anteriormente, sin que en ninguno de los dos casos, los administradores posean la facultad de denegar la información solicitada -salvo perjuicio para el interés social- y habiéndola de facilitar de forma oral o escrita *de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada* (art. 196.2 LSC). Respecto a la sociedad anónima, el trato al derecho de la información es un tanto dispar al expuesto anteriormente. Si bien podrán solicitar *ex ante* la información, ello habrá de hacerse *Hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta* y habrá de satisfacerse el derecho de información del socio por parte de los administradores de forma escrita hasta el día en que vaya a celebrarse la misma (art. 197.1 LSC). La mayor diferencia respecto al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, lo encontramos en la solicitud de información durante la celebración de la junta, momento en el cual los accionistas *podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes*, respecto a los puntos del orden del día. El matiz consiguiente del artículo es el importante, pues establece un plazo de hasta siete días desde la terminación de la Junta, para que los administradores -en caso de no poder satisfacer en el mismo momento el derecho de información del socio- faciliten la información por escrito,

¹³ VELA TORRES, P. “Tratamiento jurisprudencial de los derechos del socio” en COHEN BENCHETRIT (Dir.) *Derecho de sociedades: Los derechos del socio*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 67.

circunstancia no prevista en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. En ambos tipos societarios sí se establece la posible denegación de la información cuando se considere innecesaria para tutelar los derechos del socio (únicamente tipificado en el caso de la sociedad anónima) o cuando se presuma que causará un perjuicio a la sociedad¹⁴, así como también se establece la obligatoriedad de la entrega de la información en caso de que la solicitud cuente con el apoyo de socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social (arts. 196.3 y 197.4 LSC).

Pues bien, expuesto el concepto básico del derecho de información del socio, parece lógico considerar que la asistencia del administrador en la Junta general es indispensable para su correcto ejercicio. Así, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la Ley de Sociedades de Capital no establece un plazo para la satisfacción de la información solicitada por el socio en el desarrollo de la Junta. Y, por ello, la presencia del administrador es la única forma de garantizar que el derecho del socio quede satisfecho mediante el planteamiento al órgano de administración de cuántas aclaraciones se consideren pertinentes y la solicitud de la información e informes que se consideren necesarios. Idem es extrapolable al caso de las sociedades anónimas, donde cabe del mismo modo la posibilidad de solicitar la información en el seno de la Junta, aunque con la especificidad ya expuesta del plazo previsto de siete días tras la terminación de la Junta general. No cabe concebir un correcto ejercicio del derecho de información del socio si el administrador no se halla presente en Junta general, pues decaería el derecho del socio a solicitar, verbalmente y en la misma Junta, la información necesaria.

1.3. Concepto del deber de asistencia del administrador a la Junta general

El deber de asistencia del administrador a la Junta general (art. 180 LSC) responde tanto a la imposición legal directa como a los deberes que de forma implícita presumen su asistencia a la Junta, a modo de ejemplo, el mencionado en el punto anterior (derecho de información del socio). Si bien no es únicamente el cumplimiento de sus deberes el que presume que el administrador deba estar presente en la Junta, además ésta última tiene la potestad de *censura*

¹⁴ Respecto a dicha afirmación cabe realizar un matiz respecto a la posible denegación de la información por parte del administrador. En la sociedad de responsabilidad limitada se permite dicha denegación cuando *la publicidad de ésta perjudique el interés social* (art. 196.2 LSC). No obstante, en la sociedad anónima, el órgano de administración podrá denegar la información en diversos supuestos: cuando la información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, cuando existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas (art. 197.3 LSC).

de la actuación del órgano de administración ¹⁵ (art. 164.1 LSC). Pese a ello, de forma directa la Ley de Sociedades de Capital, no establece consecuencia directa al incumplimiento de dicho deber, salvo claro está, la responsabilidad en la que pueda incurrir el administrador debido a la falta de observancia en el deber general de diligencia, cuestión que se detallará en el capítulo III.

1.4. Concepto del deber de diligencia y lealtad y su conexión con el deber de asistencia

El artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital establece que *Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones ¹⁶atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.*¹⁷

El deber expuesto se sustancia principalmente -y en palabras de la propia Ley de Sociedades de Capital-, en las siguientes actuaciones a seguir por parte de los administradores, a saber; la toma de medidas adecuadas para la buena dirección y control de la sociedad así como prestar la dedicación adecuada (artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital), el deber de exigencia y derecho de recabar de la sociedad información adecuada y necesaria para cumplir con sus obligaciones (artículo 225.3 de la mencionada ley) y la denominada *business judgment rule* presente en el artículo 226 de la ley anterior. Se trata por lo tanto de un estándar de conducta y un conjunto de obligaciones a cumplir por parte de los administradores para desempeñar su cargo de forma eficiente y en beneficio de la sociedad ¹⁸. Se trata de un deber para y con la sociedad (STS 23.02.2004) y que revierte naturaleza de cláusula residual que engloba a todas aquellas conductas a seguir referidas a la gestión y representación de la

¹⁵ MORALEJO, I. en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. I , Civitas, Madrid, 2011, pp. 1302-1304.

¹⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O “Los deberes y la responsabilidad de los administradores” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 14.

¹⁷ La Ley 5/2021, de 12 de abril añade el inciso final y *subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*

¹⁸ “La tipificación del deber general de diligencia y del deber de lealtad en los artículos 225 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital expresa la voluntad hipotética de los socios consistente en que los administradores desempeñen su cargo esforzándose en la consecución del interés social y absteniéndose de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad (...)” ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO LAGUILLO, A. Y CUSCÓ, M. en *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág.13.

empresa. Por ello, resulta razonable entender que el deber de asistencia a la Junta general es encuadrable dentro del deber de diligencia, pues la asistencia a la Junta, viene configurada como un deber por parte de los administradores que no solo consiste en asistir, sino que lleva implícito el deber de facilitar la información solicitada por los socios para satisfacer el derecho de éstos, el deber de convocar la Junta general cuando sea de interés o cuando legal o estatutariamente venga determinado (procediendo como norma general a la presidencia de esta, art. 191 LSC) y a su vez justificar mediante las explicaciones pertinentes la gestión social así como cualquier cuestión o duda que pueda plantearle el socio. Los artículos 160.a, 164, 191, 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, entre otros, asumen de forma implícita la presencia del administrador a la Junta, pues de otro modo, no se comprendería cómo podría justificarse la censura de la gestión social (si no se encuentra el administrador para otorgar las explicaciones pertinentes) ni como se procedería a la satisfacción del derecho de información del socio. Así, el deber de asistencia del administrador a la Junta general responde al deber general de diligencia y si se quiere, parece tener lógica encuadrarlo en la determinación que la Ley de Sociedades de Capital hace en su artículo 225.2 que como se ha mencionado anteriormente, exige una dedicación adecuada.

Respecto al deber de lealtad tipificado en el artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital cabe decir que se encuentra regulado con mayor concreción que el deber anterior, pues el artículo 228 de la ley mencionada bajo la rubrica *Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad* expone una serie de obligaciones a atender por parte del administrador, tales como; la obligación de guardar secreto sobre todas aquellas informaciones, datos, informes o antecedentes que haya conocido en el desempeño del cargo, aún habiendo cesado en éste, el deber de abstención en caso de conflicto de intereses, el deber de independencia, y no ejercitar las facultades atribuidas con finalidad distinta al motivo por las cuales se les concedieron, entre otros. Aún así, es destacable el inciso en el mismo artículo *en particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: (...)*, pues de él se infiere que se trata de una cláusula general y residual, por la cual cosa, la enumeración que la sigue, no tiene naturaleza *numerus clausus*. Así, en los siguientes artículos, se especifica en qué consiste el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y la posibilidad de dispensar dicho deber de lealtad en casos concretos. Aún no siendo una numeración exhaustiva la que realiza la Ley de Sociedades de Capital en cuanto a las actitudes encuadrables dentro del deber de lealtad, no consideramos que el deber de asistencia del administrador a la Junta sea encuadrable dentro del mismo. Más bien este último viene referido a la desviación de la búsqueda del interés social por parte del administrador hacia

un tercero o hacia sí mismo y que a demás a diferencia del deber de diligencia ostenta naturaleza, si se quiere, puntual, en el sentido que se hace latente cuando surge una *situación de << peligrosidad abstracta >>*, obliga a la adopción de las cautelas necesarias mediante, en su caso, las obligaciones de información y abstención¹⁹. No así en el caso del deber de diligencia que presupone una obligación de medios²⁰ como ya se ha visto mediante los deberes de información, asistencia a la Junta y en su caso, la presidencia de esta misma. Pues bien, teniendo en consideración la naturaleza que revierten ambos deberes generales, el deber de asistencia del administrador a la Junta a nuestro parecer se encuadra dentro del deber de diligencia y no del deber de lealtad²¹.

Aún así, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE propone una tesis distinta. Si bien la ausencia del administrador es un claro reflejo de la conculcación al deber de diligencia, puede que en determinados supuestos dicha ausencia refleje falta de lealtad. Ello se producirá cuando el administrador no asista voluntariamente a la celebración de la junta en aras de *influir o perturbar el normal desarrollo de la junta*. En base al razonamiento anterior, la actuación de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC) determinará si la inasistencia del administrador a la junta supone una vulneración únicamente del deber de diligencia o a su vez, del deber de lealtad ²².

¹⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones” en el proyecto de investigación *La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo (DER2013-44438P)* por el Ministerio de Economía y Competitividad, pág. 1404.

²⁰ *Ibíd.*, pág.1404.

²¹ Cabe recordar que el deber de lealtad surge a partir de la refundición de la ley de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada hecha en 2010 mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así MASSAGUER, J. considera que el deber de lealtad viene “desgajado formal y sustantivamente del deber de diligencia”, en “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, de julio-septiembre de 2019.

²² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El deber de los administradores de asistir a la junta general. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2016” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, Aranzadi, 2016.

CAPÍTULO II. EL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LAS JUNTAS GENERALES

El presente capítulo pretende responder a las cuestiones relativas a la naturaleza y conceptualización del deber de asistencia de los administradores a las juntas generales de las sociedades de capital. Es bien sabido, que la vigente normativa entorno a las sociedades capitalistas, se encuentra mayormente regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, Ley de Sociedades de Capital), aprobado bajo el mandato de la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.²³

El deber de asistencia de los administradores a las juntas generales se delimita principalmente en el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece lo siguiente: *Los administradores deberán asistir a las juntas generales*. Sin más desarrollo del artículo en las disposiciones restantes en la normativa, se presume que tal precepto constituye un deber de asistencia a las juntas por parte de los administradores, encuadrable dentro del deber de diligencia (artículo 226 LSC). No obstante, resulta necesario delimitar el alcance del deber de asistencia en cuestión y su encaje con los deberes mencionados, así como la naturaleza que el mismo revierte en cuestiones suscitadas entorno a su carácter de deber personalísimo, la posibilidad de dispensa de éste mismo o su posible modificación estatutaria, entre otras cuestiones. Por ello, es de especial trascendencia, con la finalidad de solventar los aspectos mencionados, realizar un análisis de la evolución normativa del actual artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital, así como de los ya mentados artículos 225 y 227 de la misma.

2.1. Los antecedentes del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital

La vigente Ley de Sociedades de Capital surge tras la necesidad de “armonizar y modernizar” la regulación societaria vigente con anterioridad. Por ello, la Disposición final séptima de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, habilita al gobierno a refundir “en un único texto legal las leyes reguladoras de las sociedades

²³ Al respecto véase el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

de capital (...)”²⁴ superando al mismo tiempo la dualidad de estas y unificando en el texto refundido el conglomerado legislativo referente a las sociedades de capital²⁵. Cabe recordar el primer texto legislativo referente a las sociedades anónimas, la Ley de 28 de enero de 1848, sobre las compañías mercantiles por acciones (en adelante, Ley de 1848) y su reglamento de ejecución del mismo año. No obstante, la regulación de la citada ley con respecto a los administradores así como al órgano de administración no disponía de mención alguna a propósito de los deberes de éstos y por lo tanto, a su asistencia a la Junta general puesto que *per se*, la Junta general como órgano de la sociedad disponía de una regulación escasa en dicho primer texto normativo²⁶. Por ello, el primer precedente de los deberes de diligencia y lealtad -inclusive de buen gobierno corporativo-, cabría situarlo en el Código de Comercio de 1829, cuyo artículo 277 disponía lo siguiente:

Los administradores de las sociedades anónimas se nombrarán en la forma que prevengan sus reglamentos, y no son responsables personalmente sino del buen desempeño de las funciones que según estos mismos reglamentos estén a su cargo.

En el citado precepto, más allá de la limitación de la responsabilidad de los administradores a la que se hace alusión, aparece la mención al *buen desempeño de las funciones*, siendo la primera vez que se realiza en un texto normativo relativo a las sociedades anónimas una alusión -al menos indirecta- al deber de diligencia de los administradores en el ejercicio de sus funciones, pues el artículo expone que los administradores no responderán personalmente siempre y cuando realicen “un buen desempeño” de las funciones propias al cargo . Posteriormente, en el Código de Comercio de 1885, artículo 156 No obstante, la normativa anterior, no contenía ninguna mención al deber de asistencia a la junta por parte de los

²⁴ Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A y SANCHO GARGALLO, I. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 95

²⁶ Es de trascendencia recordar el papel de la figura de la autonomía de la voluntad de las partes que confiere la Ley de 1848 en la regulación de la sociedad en cuestión dejando al arbitrio de los socios -mediante los pertinentes estatutos, escrituras y reglamentos- el contenido del funcionamiento de ésta, supeditado en todo caso, a la aprobación del Gobierno – y a ciertos requisitos de contenido de las escrituras establecidos en el Reglamento de desarrollo de la mencionada ley-. Ello justificaría el escaso desarrollo normativo referente al órgano de la junta general y al de la administración de la sociedad pues es cierto que el Reglamento de ejecución de la Ley de 1848 establecía en su artículo primero el contenido esencial de la escritura de fundación de la sociedad, pero no es menos cierto que la normativa no establecía de modo alguno las formas de administración o la regulación del funcionamiento de las juntas generales. Véase al respecto los artículos 4, 6 y 11 de la Ley de 1848 referentes a la autorización del Gobierno mediante Real Decreto para la constitución de una sociedad y su función de comprobación y los artículos 5 y 27 de su Reglamento de ejecución como ejemplo de menciones a los administradores.

administradores. No fue hasta la Ley de 17 de julio de 1951, dónde se reguló -pese a no ser de forma explícita- dicha materia.

Pues bien, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en su artículo 59, último párrafo, disponía que tanto los administradores como los gerentes no accionistas *podrán asistir a la Junta general con voz y sin voto, a menos que los Estatutos lo prohíban expresamente*. Disposición un tanto contradictoria si se tiene en consideración que en el artículo 61 de la misma, se establecía que *La Junta general será presidida por la persona que designen los Estatutos; en su defecto, por el Presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión*, dando por supuesta la asistencia del Presidente del Consejo de Administración a la junta y siendo la presidencia de ésta misma, una de sus funciones. En el mencionado artículo 59, cabe destacar el término “podrán” cuya discordancia con su sucedáneo artículo 104.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989²⁷, es notorio en tanto que ésta última establecía; *Los administradores deberán asistir a las Juntas generales*. En el primer caso, la interpretación podría dar lugar a considerar la asistencia a la junta por parte de los administradores como una facultad o como un derecho en lugar de como un deber²⁸, cuestión solventada tras la modificación del término “podrán” que fue matizado y sustituido por el imperativo “deberán”, manteniéndose este último inalterado hasta la presente regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital vigente. Aún así, es procedente comentar que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1995, no existía mención alguna a la asistencia de los administradores a la junta. No obstante lo anterior, en la práctica jurídica, la misma concepción de obligatoriedad de asistencia aplicaba en las sociedades de responsabilidad limitada ²⁹.

2.2. Naturaleza del deber de asistencia

²⁷ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

²⁸ EMBID IRUJO, J.M “¿Y si los administradores no asistieran a la junta?” en *Rincón de Commenda*, 26 de junio de 2016. <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/y-si-los-administradores-no-asistieran-a-la-junta/>. Recuperado el 15/5/2022.

²⁹ Respecto a la dicotomía de la naturaleza de deber o facultad del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital, del mismo artículo se presume su carácter de deber jurídico. No obstante, la afirmación anterior resulta un tanto desbancada ante la falta de respuesta directa de la propia ley al incumplimiento de tal deber, por lo que podría considerarse como una facultad de los administradores de asistir a las juntas generales. Aún así, en el presente trabajo, se opta por la teoría de la sanción de Hans Kelsen, que estableció como concepto de deber aquella conducta cuyo incumplimiento daba lugar a una sanción, pues aunque es cierto que el artículo mencionado anteriormente no dispone de una sanción directa ante su omisión, sí que la obtiene de forma indirecta mediante una acción de responsabilidad hacia los administradores por inobservancia del deber de diligencia inherente al cargo.

El deber de asistencia del administrador a la Junta general se configura como un deber personalísimo, ello es así, dado que las facultades del propio cargo de administrador no pueden delegarse en persona distinta, salvo en el caso del Consejo de administración y contemplando las prohibiciones del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital³⁰. Teniendo en consideración que no es posible delegar en persona distinta al administrador las funciones inherentes a su cargo, con la especificidad del Consejo de Administración, hemos de atender a la posible representación del administrador. Para delimitar si se trata de una posibilidad, en primer lugar debemos distinguir tres supuestos distintos; el órgano de administración formado por una o varias personas físicas, el formado por persona jurídica y, finalmente, el Consejo de administración. En lo que concierne a las personas jurídicas, debido fundamentalmente a la naturaleza que éstas revierten, queda patente la necesidad de designar a una persona que las represente³¹ y, por lo tanto, será dicha persona la que asista a las Juntas en calidad de administrador persona jurídica. No obstante, no se trata de una representación en el sentido que venimos estudiando, pues la finalidad no es el reemplazo de un administrador, sino determinar quién ejercerá la representación de la persona jurídica designada como administradora. Diferente es la coyuntura en que nos encontraríamos si un administrador persona física³², quisiera asistir via representación a la Junta. En dicho caso concreto, el Tribunal Supremo es claro al respecto determinando que en ninguna circunstancia podrá el administrador persona física ser representado³³, ello debido al carácter de deber personalísimo e indelegable que resulta de la figura de administrador. De hecho, aunque existiere un apoderado general, este tampoco podría suplir al administrador en sus funciones, pues la Sentencia del Tribunal Supremo 255/2016 es clara al justificar la prohibición anterior: ni las funciones del apoderado general son equiparables a las del administrador, ni tampoco lo es su régimen de nombramiento³⁴. Por ello, la única forma posible de asistir a la Junta via representación que

³⁰ PRENDES FIGUEIRAS, L. “Deber de asistencia de los administradores” en *Tratado de Sociedades de Capital* (Tomo I y II). Thomson Reuters, España, 2017.

³¹ La designación del representante de la persona jurídica designada como administradora habrá de realizarlo la propia persona jurídica designada a tales efectos y no así la sociedad administrada. Del mismo modo, solo podrá nombrarse a una persona física. Al respecto véase la Resolución de 20 de septiembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

³² En el caso del socio-administrador cabe realizar un matiz. Debido a la naturaleza de la condición de socio, este puede ser representado en Junta (arts 182 y 184 LSC) e incluso delegar su voto, por ello, en lo que respecta a las actuaciones que respondan a la calidad de socio, sí podrá otorgar el poder o documento público que considere oportuno para ser representado. No obstante, en su posición de administrador, dicha representación continuará no siendo válida y por lo tanto, deberá asistir presencialmente a la Junta con la finalidad de que su ausencia no afecte a la validez de los acuerdos como se explicará en el capítulo III.

³³ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) número 260/2013, de 14 de junio.

³⁴ “La asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación” Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, núm. 255/2016, de 19 de abril de 2016.

ostenta el órgano de administración se da en el supuesto concreto del Consejo de Administración. De todos modos, la representación no podrá otorgarse a cualquier persona, sino que deberá conferirse a otro consejero del mismo órgano de administración, situación prevista en el artículo 97.1.4º del reglamento del Registro Mercantil ³⁵. No obstante, la anterior puntualización se prevé para las reuniones del Consejo de Administración, por lo que cabría cuestionarse si ello fuese extrapolable y el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital proclama el deber de asistencia, en el caso de un Consejo, para todos los consejeros.

2.3. Alcance del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital

A tenor de una interpretación literal del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital, cabe discernir si el deber de asistencia a las juntas se traduce en la obligatoriedad de asistir a todas las clases de juntas que se dan en una sociedad de capital y si de ser así, el deber ha de cumplirse por la totalidad de los administradores o por uno solo, en función de la forma del órgano de administración de la sociedad.

A. EL DEBER DE ASISTENCIA DE LOS ADMINISTRADORES A LAS JUNTAS

Respecto a las juntas generales, no cabe duda alguna que el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital establece la obligatoriedad de la asistencia por parte de los administradores, conclusión que se extrae tanto de su interpretación literal como de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 19 de abril de 2016 cuyo razonamiento es el siguiente (...) *Dicho deber encuentra su justificación en que en la junta se desarrollan funciones esenciales para el correcto desenvolvimiento de la sociedad.* A las funciones mencionadas hace referencia el Tribunal Supremo en la misma sentencia determinando que son, tanto el derecho de información de los socios (establecido en el artículo 196.1 y 197.2 de la Ley de Sociedades de Capital), como *la función controladora y fiscalizadora que tiene la junta general respecto al propio órgano de administración*, en términos de la propia sentencia.

Cuestión distinta a la planteada en el punto anterior revierte la asistencia de los administradores a las juntas universales, es decir, en aquellas Juntas dónde se halla representado o presente la totalidad del capital social y donde no ha mediado convocatoria formal -a diferencia de la Junta

³⁵ PRENDES FIGUEIRAS, L. “Deber de asistencia de los administradores” en *Tratado de Sociedades de Capital* (Tomo I y II). Thomson Reuters, España, 2017.

general- pero donde los socios aceptan el desarrollo de la Junta y de sus puntos del orden del día. Es importante el matiz anterior respecto a la convocatoria, pues aunque no se trate de una convocatoria formal, sí que existe convocatoria como tal.³⁶ En primer lugar, ha de delimitarse el concepto de junta universal, pues la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado es clara al respecto. En sus Resoluciones de 7 de abril de 2011 y de 29 de noviembre de 2012 se ocupó de dicha cuestión al determinar que no es suficiente para que una junta sea considerada como universal, la concurrencia de los socios que representen la totalidad del capital social bien de forma presencial, bien representados, sino que para calificar a la junta como tal, ha de darse la voluntad de éstos mismos de forma unánime de celebrar y constituir dicha junta y lo que revierte un requisito si cabe más importante, aceptado el orden del día propuesto.^{37,38} Bajo la misma línea doctrinal (que la mencionada por la DGRN) determinaban RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA que no bastaba únicamente con el requisito de asistencia de todo el capital social sino que (...) *debe entenderse que la aceptación ha de ir referida, no sólo a la celebración de la junta con carácter universal, sino también a los asuntos que deban tratarse (orden del día) y sobre los que se pretende adoptar acuerdos (...)*³⁹.

Tras el análisis anterior, nada parece indicar que uno de los requisitos de validez para la celebración de la junta universal y su válida constitución, sea la presencia de los administradores de la sociedad. Del mismo modo, los dos presupuestos que jurisprudencialmente han venido delimitando la justificación de la asistencia imperativa de los administradores a las juntas generales (mencionados anteriormente) no parecen justificar en el caso de la junta universal la asistencia obligatoria de éstos. El mismo socio que podría ver su derecho de información vulnerado ante la inasistencia del administrador, acepta el orden del día propuesto que lícitamente podría no aprobar de considerar su derecho de información vulnerado, viciando a la junta universal e impidiendo su válida constitución⁴⁰.

³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. Capítulo I. *en La Junta general en las sociedades de capital*. Civitas, Madrid, 2007.

³⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 19 de abril de 2016 respecto a la conceptualización de la junta universal.

³⁸ Véase el artículo 179 de la Ley de Sociedades de Capital.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J, URÍA, R. , MENÉNDEZ, A. Capítulo 35. *Curso de Derecho Mercantil I*. Civitas, Madrid, 2006, pág.930.

⁴⁰ En el presente apartado se analiza la asistencia a la junta universal por parte del administrador. Es de importancia considerar el caso concreto del socio administrador, supuesto en el que la inasistencia de éste, impediría -con motivo de la falta de representación de todo el capital social- la constitución de la junta universal.

De hecho, RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ, MANUEL OLIVENCIA y MUÑOZ PLANAS, ya exponían tres décadas atrás un razonamiento similar⁴¹ aunque fundamentado en la literalidad del artículo 99 de la por entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas⁴². La conclusión a la que llegaron los tres autores bien disponía de otro pilar, consistente en la asistencia a la junta universal de socios o personas legitimadas para asistir con o sin voto. Si bien, entendieron que aquellos socios que no dispusieron del derecho de voto no podían impedir con su inasistencia, la constitución válida de la junta universal siempre y cuando *a dicha junta hayan sido convocados todos los accionistas, sin excepción alguna*⁴³. Razonamiento que compartimos y que podemos extrapolar teniendo en consideración que el presente artículo relativo a la Junta universal (art. 178 LSC), es prácticamente idéntico al comentado por los mencionados autores.

No obstante, y en aras de plasmar las distintas opiniones alrededor de la obligatoriedad de asistencia del órgano de administración a la Junta universal, SANCHO GARGALLO plantea una visión distinta, matizando la tesis de SANCHEZ CALERO GUILARTE⁴⁴. Éste último sostenía que no existiría deber de asistencia a la Junta, en el caso que ésta fuera universal ya que el administrador podría no asistir por el mero desconocimiento de la existencia de esta ⁴⁵. Pues bien, CALERO sostiene que en todo caso dependerá del conocimiento que tuviere el administrador acerca de la celebración de la Junta resultando que, si conociere la celebración,

⁴¹ “*La presencia de todo el capital social, si es necesaria, también es suficiente para que la junta pueda reputarse constituida válidamente. Aunque la ley imponga la obligación de asistir a las juntas a los administradores y los estatutos obliguen o confieran el derecho de asistir a la junta a personas no accionistas y unas u otras no acudan a la reunión, si a ella asiste todo el capital nada impide que pueda celebrarse la junta.*” URÍA, A. , MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Civitas, Madrid, 1992, pp. 100-105.

⁴² “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta” Artículo 99 Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

⁴³ “(...) *Por el contrario, si la junta es convocada de modo informal, como ocurre habitualmente, quedan a salvo todos los derechos de los accionistas sin voto, quienes serán muy libres de ejercitarlos o no, como en cualquier otra junta. Pero sin que su presencia total y consentimiento unánime sean, además, condición necesaria para que la junta pueda constituirse como universal. (...) No parece, por otro lado, razonable que la celebración de una junta como universal quede en manos de accionistas que carecer de toda capacidad decisoria.*” URÍA, R. , MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Civitas, Madrid, 1992, pág. 102.

⁴⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El deber de los administradores de asistir a la junta general. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2016” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, Aranzadi, 2016.

⁴⁵ “(...) *es previsible que en una junta universal los administradores no asistan por el simple hecho de desconocer su celebración. Salvo que los administradores fueran socios, su asistencia dependerá sólo de la oportunidad, pero ya no de un deber legal. (...) Dicho con brevedad: el artículo 180 LSC no entra en juego cuando la junta es universal.*” *Ibidem*.

el deber de asistencia alcanzaría también a la Junta universal ⁴⁶, tesis que se sostiene en el presente trabajo pues, una vez se tiene conocimiento de la celebración de la Junta, y sin que el artículo 180 de la Ley de sociedades de capital especifique el tipo de junta, el administrador debería responder al deber de asistencia.

B. LAS FORMAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA ASISTENCIA A LAS JUNTAS GENERALES

El artículo 210 de la Ley de Sociedades de capital, establece cuáles son las posibles configuraciones del órgano de administración de una sociedad, a saber; un administrador único, varios administradores actuando de forma solidaria o conjunta o un consejo de administración. ⁴⁷. Cabe no desmerecer otras dos figuras presentes en la Ley de Sociedades de Capital, concretamente los sistemas de administración monista o dual, mencionados en el artículo 476 y 477 de la mencionada ley⁴⁸. Por ello, es preciso analizar de qué modo influye la forma de administración escogida en el cumplimiento del deber de asistencia a las juntas generales⁴⁹.

En el caso de los administradores mancomunados, resulta de interés analizar las Resoluciones de 4 de mayo de 2016⁵⁰, de 28 de enero de 2013 y de 11 de julio de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en referencia a la convocatoria de junta general por administradores mancomunados. En dichas resoluciones se determina que la convocatoria de las juntas generales es clara expresión del poder de gestión del órgano de administración y no por lo tanto del poder de representación. Ello es de suma importancia pues la dicotomía entre poder de representación y poder de gestión que en el caso de los administradores mancomunados, determina la validez en su forma de actuación⁵¹. Pues bien, ambas

⁴⁶ SANCHO GARGALLO y GARCÍA-CRUCES *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, Valencia, 2021, pág. 2575.

⁴⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y APARICIO, M., *Curso de derecho mercantil*. Vol. I. Civitas, Madrid, 2006, pág.958.

⁴⁸ VIVES RUIZ, F. “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales” en GONZÁLEZ, M. B y COHEN, A. (Dir) *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales..* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 651.

⁴⁹ Resulta de interés matizar que cuando el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital dispone “los administradores” la doctrina ha establecido que hace referencia al órgano de administración como tal y no a la interpretación literal que excluiría por ejemplo al Consejo de Administración o al administrador único.

⁵⁰ Véase la resolución mencionada en referencia a la posibilidad de modificar estatutariamente el poder de gestión de los administradores mancomunados en las sociedades de responsabilidad limitada.

⁵¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 424/2019 de 16 de julio de 2019 en referencia a la admisión de la mancomunidad parcial en la representación de la sociedad de responsabilidad limitada ex artículo 233.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

resoluciones concluyen, que si bien es posible en el caso del poder de representación, que éste sea ejercido por dos de los administradores mancomunados, ello (...) *se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno cuyo ámbito pertenece al régimen de la propia organización (...)*.⁵² En base a dicha línea doctrinal, cabría extrapolar el razonamiento a la asistencia a las juntas generales, siendo éste un deber del administrador para y con la sociedad y haciendo referencia al correcto funcionamiento de ésta y al de la propia junta, cabe concluir que en el caso de los administradores mancomunados, sería lógico pensar que todos ellos, habrán de acudir a la junta general ⁵³.

Respecto al Consejo de Administración, su forma de actuación es colegiada, por lo que han de actuar conjuntamente. Aún así, la Ley de Sociedades de Capital, permite que éste delegue funciones (art. 249 LSC), respetando determinados límites (facultades indelegables del art. 249 bis LSC). Pues bien, analizando las mencionadas facultades indelegables, no es posible que un consejero delegado formule y presente las cuentas anuales a la junta general así como tampoco proceda a elaborar el orden del día, la propuesta de acuerdos y la convocatoria de la junta (arts. 249.bis.e y 249.bis.j). Por ello, puede llegarse a la conclusión de que es necesaria la presencia de todos los consejeros en la junta⁵⁴, no obstante, como se analizará en el capítulo III, la posible nulidad de la junta así como la posibilidad de accionar la acción de responsabilidad sobre el órgano de administración, dependerá del supuesto en concreto.

⁵² Resolución de 28 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁵³ La misma ratio cabría extrapolar respecto a los administradores solidarios pero de forma inversa. Pudiendo ser su poder de gestión y representación ejercido de forma independiente y unilateral, no cabría pensar que fuera necesaria la asistencia de cuántos administradores solidarios formen el órgano de administración, sino que podría ser suficiente con la asistencia de uno de ellos. Véase SANCHO GARGALLO y GARCÍA-CRUCES *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, Valencia, 2021, pág. 2571.

⁵⁴ *Ibidem*, pág.2571.

CAPÍTULO III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ASISTENCIA A LA JUNTA GENERAL Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Una vez expuesto el concepto del deber de asistencia de los administradores, cabe cuestionarse cuáles podrían ser las consecuencias ante su incumplimiento. En el presente capítulo, se analizará qué actuaciones podrían provocar la nulidad de la Junta general así como de sus acuerdos, qué acciones caben contra el órgano de administración por inobservancia del deber de asistencia a la junta y cómo podría este último subsanar la conculcación del deber de asistencia para que ello no provocará la nulidad de la junta o el ejercicio de la acción de responsabilidad, tanto social como individual, hacia su persona. No obstante, y con la finalidad de comprender la importancia del derecho de información de los socios en el deber de asistencia de los administradores a la Junta, se analizará en primer lugar la naturaleza del derecho de información y su régimen jurídico para analizar como ello influye en el deber de asistencia del administrador.

3.1. El derecho de información del socio: naturaleza y características generales

Como se ha venido mencionando a lo largo del trabajo, uno de los fundamentos del deber de asistencia, es la satisfacción del derecho de información de los socios. El derecho de información (art. 93.d LSC) es inherente a la condición de socio con independencia de su cuota de participación en el capital social y es *un derecho básico para formar la voluntad del socio a la hora de poder emitir un voto razonado*⁵⁵. La finalidad del mencionado derecho -que supone a su vez un deber para el órgano de administración- es el conocimiento por parte de los socios de la marcha de la sociedad y del futuro de la misma, conocimiento que les permitirá en el seno de la Junta, adoptar las decisiones que en base a dicha información, se consideren pertinentes⁵⁶. Aún así, existen ciertos límites en el ejercicio de dicho derecho y debido a éstos, su naturaleza no revierte carácter de derecho absoluto⁵⁷. Teniendo en consideración el marco general del derecho información (arts. 196 y 197 LSC), es de importancia mencionar los rasgos

⁵⁵ VEGA CLEMENTE, V. y HERRERO JIMÉNEZ, M., “La vulneración del derecho de información del socio como causa de impugnación de los acuerdos sociales. El derecho de información del accionista y sus límites” en GONZÁLEZ, M. B y COHEN, A. (Dir.) *Revisando el Derecho de sociedades*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁵⁶ SANCHEZ-CALERO, J. “La información del socio ante la Junta general” en *Revista Derecho de Sociedades* núm. 8, 1997, pp.119-143.

⁵⁷ Existe una excepción al respecto. Cuando el requirente ostente el 25% de representación en el capital social, el órgano de administración, no podrá denegar la información solicitada. Dicho porcentaje puede moldearse vía estatutaria a diferencia de lo dispuesto para la sociedad de responsabilidad limitada, donde el órgano de administración no podrá denegar la información requerida por socios que representen al menos 25% del capital social, no pudiendo modificarse el porcentaje vía estatutaria.

delimitativos de este mismo y que en gran medida vinieron introducidos por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En primer lugar, el derecho mencionado se encuentra vinculado a la convocatoria y ejercicio de la junta general. Ello se debe a que no puede ejercerse el derecho de información mientras no exista una convocatoria de Junta y que, a demás, el ejercicio del derecho viene supeditado por la celebración de la mencionada reunión de socios. En segundo lugar, en referencia al contenido de la información que puede requerirse, se encuentra limitado al del orden del día de la junta que vaya a celebrarse. Finalmente, en cuánto a la satisfacción del derecho, es el órgano de administración el encargado de suministrar la información con anterioridad a la junta o durante el desarrollo de la misma⁵⁸.

Siendo lo anteriormente expuesto común tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada, el régimen del derecho de información en ambos tipos societarios, contiene diferencias importantes a la hora de ejercitar el derecho. La distinta configuración entre ambos podría justificarse, según MARTÍNEZ-GUIJÓN, P.⁵⁹ en la naturaleza capitalista de la sociedad anónima frente al tipo cerrado de sociedad que representa la de responsabilidad limitada. Así, en la sociedad anónima como regla general, el accionista poca gestión -o ninguna- vendrá ejerciendo respecto a la sociedad, pues buscará la rentabilidad de sus acciones y no el ejercicio del control societario, propio del órgano de administración. Dicha desvinculación provoca a su vez, falta de información, cuestión que la Ley de Sociedades de Capital trata de solventar estableciendo un régimen de información más flexible a favor del accionista⁶⁰.

A. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN BASE AL DERECHO DE INFORMACIÓN

Como se avanzaba en el capítulo I, la forma de solicitar la información y la satisfacción de esta, dependerá del tipo societario ante el que nos encontremos. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada el ejercicio del derecho de información se solicitará por escrito antes

⁵⁸ MARTÍNEZ-GUIJÓN, P. “Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre” en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016.

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ Al respecto, MARTÍNEZ-GUIJÓN, P. postula la idea de que podría sostenerse el argumento contrario, pues debido a la desvinculación del accionista y “su menor interés en la marcha y gestión de la sociedad” podría justificarse “un derecho de información más restringido”. *Ibidem*.

de la junta general o en el seno de la misma de forma verbal, debiendo el órgano de administración facilitarla de forma oral o escrita (art. 196)⁶¹. En lo que respecta a la sociedad anónima, la información podrá solicitarse ex ante siempre y cuando se proceda a ello “hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta” (art. 197.1 LSC). Cuando ello suceda, el órgano de administración deberá facilitar la información “por escrito hasta el día de la celebración de la junta general” (art. 197.1 LSC). Así mismo, los socios podrán solicitar la información en el seno de la junta de forma verbal, pero en éste caso, la Ley de Sociedades de Capital otorga un plazo de siete días tras la celebración de la junta para que el órgano de administración, proceda a facilitar la información. Pues bien, en la sociedad anónima se prevé que cuando se incumpla el derecho de información solicitado en junta, el accionista únicamente podrá “exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general” (art. 197.5 LSC). Lo anterior, entra en una especie de conflicto con lo dispuesto por el artículo 204.3.b de la Ley de Sociedades de Capital. A tenor del mencionado precepto, la insuficiencia de información facilitada por el órgano de administración, cuando se hubiera solicitado con anterioridad a la junta, no supondrá la impugnación de los acuerdos sociales, salvo que “hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”. Del régimen expuesto se extraen dos conclusiones, la primera, que en caso de solicitar la información con anterioridad a la junta, si ésta no se facilitara y fuere esencial para el ejercicio del derecho de voto del accionista, el acuerdo podría resultar impugnabile⁶² tanto para la sociedad anónima como para la de responsabilidad limitada. La segunda, que cuando la información se solicitare en el seno de la junta, y no se facilitara, el accionista únicamente tendría la oportunidad de exigir el cumplimiento de la información y los daños y perjuicios causados, mientras que para la sociedad de responsabilidad limitada, nada se menciona al respecto, dejando entrever que la vulneración del derecho de información en el seno de la junta, sí podría constituir causa de nulidad de la misma como se expondrá en el apartado siguiente.

3.2. La nulidad de la junta como consecuencia de la inasistencia del administrador

⁶¹ Con las excepciones ya mencionadas respecto a la denegación de la información que pueda perjudicar el interés social.

⁶² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), núm. 670/2021, de 5 de octubre de 2021.

En aras de analizar la posible nulidad de una junta como consecuencia de la inasistencia del administrador, es conveniente estudiar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 19 de abril de 2016. El supuesto de hecho es el siguiente; el 6 de junio de 2011 se procede a convocar la junta general de una sociedad limitada que se celebró el 22 de junio. En la convocatoria se adjuntaba el orden del día consistente en primer lugar en la censura de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 y aplicación del resultado. El segundo punto hacía referencia al cambio del consejo de administración incluyendo cese de consejeros y nuevos nombramientos para esto. Finalmente, se procedía a votar una delegación en el consejo (especialmente en el consejero delegado) con la finalidad de que pudiera suscribir operaciones crediticias y novaciones de préstamos. En la celebración de la junta, no estuvieron presentes los administradores aunque sí fueron sus representantes en calidad de socios, pues los socios-administradores les habían conferido su representación. La socia minoritaria, procedió a interponer demanda de impugnación de acuerdos sociales debido a la inasistencia de los administradores. El Tribunal, en su fundamento de derecho quinto, analiza la ausencia de los administradores como causa de nulidad y estipula lo siguiente:

Por tanto, la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad. Sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, puedan incurrir, conforme al art. 236 LSC, por infracción del deber legal impuesto en el art. 180 de la misma Ley. Y por supuesto, con la posibilidad de que los socios consideren oportuna la suspensión o prórroga de la junta (art. 195 LSC) para lograr la asistencia de los administradores, por ejemplo para posibilitar el derecho de información.

Pues bien, lo anterior constituye el argumento principal acerca de porqué la nulidad de la junta general a causa de la inasistencia del órgano de administración ha de suponer una excepción y no la regla general. Sin embargo, el Tribunal reconoce que, en ciertos casos, dicha ausencia puede provocar la vulneración de alguno de los derechos de los socios y que por lo tanto, la posible nulidad de la junta ha de ponderarse caso por caso. En el supuesto expuesto, se declara nula la junta general celebrada sin la presencia de los administradores al considerar que el orden del día revertía una importancia superior hacia el derecho de información que se debía de ver

reforzado y que, por lo tanto, faltando todos los administradores, el derecho de información quedó completamente cercenados ya desde la propia constitución de la junta general.

El ejemplo anterior puede ilustrar la gran diferencia que encontramos entre la inasistencia del administrador en una sociedad anónima y en una sociedad limitada. Si el supuesto anterior se refiriese a una sociedad anónima, la ausencia del administrador no hubiera podido provocar la nulidad de los acuerdos, de no haberse solicitado la información con anterioridad junta (204.3.b LSC). Sin embargo, en el supuesto concreto, es la falta de información en el seno de la junta, la que constituye la nulidad de la misma al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada. En comparativa, en el caso de la sociedad anónima, el incumplimiento del derecho de información solicitado durante la celebración de la junta habría dado lugar al derecho del socio a reclamar el cumplimiento de la información y los daños y perjuicios causados, pero no a la impugnación de la junta o de los acuerdos (197.5 LSC). Así, de la sentencia mencionada podemos extraer distintas conclusiones e hipótesis. La primera, es que la nulidad de la junta viene determinada por la ausencia de todos los administradores⁶³. Por ello, podemos considerar que de haber acudido, al menos, un administrador que hubiere podido facilitar la información, la junta no se hubiera visto viciada de nulidad. La segunda, es la importancia del contenido de la información la que delimitará si es posible la impugnación del acuerdo cuando se trate de una sociedad anónima y la información se haya solicitado *ex ante*⁶⁴, pero no en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada cuando se haya solicitado la información en el seno de la junta, supuesto en el que esta podrá considerarse nula. Finalmente, cabe plantearse si la asistencia de otros técnicos jurídicos, que pudieran satisfacer el derecho de información de los socios subsanaría la inasistencia del administrador. En referencia a esto último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), núm. 260/2013, de 14 de junio parece clara al respecto remitiéndose a la Sentencia del mismo Tribunal núm. 542/10, de 13 de diciembre. En esta última, se recordaba que el deber de facilitar la información recae en todo caso en el

⁶³ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), núm. 191/2016, de 30 de junio que dispone al respecto “(...) Pues bien, en el presente supuesto ni inasistieron todos los miembros del Consejo de Administración ni se vulneró el derecho de información de los socios ni antes ni durante la Junta, al posibilitarse la respuesta ante el ejercicio del derecho de pregunta por parte de los socios demandantes, a la vez que los administradores pueden contestar o completar las preguntas tras la celebración de la Junta, y ya emitido el voto. Cuestión distinta sería el supuesto de inasistencia voluntaria de la totalidad de los administradores, pues no había a quién preguntar, impidiendo el ejercicio del derecho a los socios minoritarios, de recibir y pedir información sobre los acuerdos relevantes a adoptar, *ad exemplum* la aprobación de cuentas.”

⁶⁴ VEGA CLEMENTE, V. Y HERRERO JIMÉNEZ, M. “La vulneración del derecho de información del socio como causa de impugnación de los acuerdos sociales. El derecho de información del accionista y sus límites” en *Revisando el Derecho de Sociedades*. (Dir. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pág. 1468.

órgano de administración sin que pueda delegarse tal función en un representante. A demás, precisa la sentencia que, de ningún modo la totalidad de la información (*y no simplemente un comentario o alguna precisión*) sea dada por alguien que no es administrador social, ello no impide por supuesto, que tales técnicos como los asesores jurídicos o los economistas auxilien al administrador en el otorgamiento de la información a los socios . En contraposición a lo expuesto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 776/2018, dispone que, el derecho de información se verá satisfecho si el administrador delega en un abogado el ejercicio de dicha satisfacción: *(...) nada hubiera variado el resultado de la junta o la información facilitada de haber estado presente la administradora (...) la ausencia de la administradora no mermó de modo efectivo el derecho de información de la socia minoritaria.* En el presente trabajo, se adopta el razonamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona. Si la nulidad de la junta y la impugnación de los acuerdos a causa de la inasistencia del administrador, se debe -en la mayoría de los supuestos- a la conculcación del derecho de información del socio y no *per se* a la inasistencia del administrador, cuando el derecho de información se vea satisfecho, nada justificaría la impugnación del acuerdo o la nulidad de la junta. Ello se debe a que, la impugnación del acuerdo no ostenta vinculación directa con la inasistencia del administrador, sino con la satisfacción del derecho de información del socio, así, si aunque no asista el órgano de administración, el derecho de información se ve satisfecho, no parece que hubiera de impugnarse el acuerdo. Vemos pues, que en general no existe una postura clara acerca de la posibilidad de delegar el deber de información del administrador en persona distinta, y que la posible impugnación del acuerdo por falta de información dependerá precisamente de la naturaleza de la información y no de la inasistencia del administrador.

3.3. De las acciones contra el administrador

Una vez analizada la posible impugnación de acuerdos o nulidad de la junta debido a la inasistencia del administrador, cabe estudiar las posibles acciones que pueden ejercitarse contra este. Las acciones contra los administradores derivan de la infracción de sus deberes generales de lealtad y diligencia mencionados en el capítulo I, siempre y cuando dicho incumplimiento o conculcación haya ocasionado un daño a la sociedad, los socios o los acreedores de la misma. Como regla general, constituyen acciones contra el administrador la acción de responsabilidad social y la acción de responsabilidad patrimonial, así como de forma indirecta la separación de su cargo por parte de la junta general. No obstante, se ha de prestar atención, en el caso de la sociedad anónima, a la posible reclamación por daños y perjuicios (art. 197.5).

A. DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

La acción social de responsabilidad (prevista en los arts. 238 a 240 de la LSC) puede definirse como (...) *el instrumento apropiado para exigir responsabilidad a los administradores cuando, concurriendo los presupuestos materiales para su existencia, el daño haya recaído sobre el patrimonio social*⁶⁵. Habrá de ejercitarse por parte de la sociedad con acuerdo de la junta general y bajo solicitud de cualquier socio, aún no constando en el orden del día (art. 238 LSC). Se trata pues de una acción de naturaleza resarcitoria, que pretende reparar (indemnizar o reconstituir) el daño causado al patrimonio social y a su vez de naturaleza causal, pues se deberá a una actuación del órgano de administración⁶⁶. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2009 estipula que, la finalidad de la mencionada acción recae en *“restablecer el patrimonio de la sociedad, fundándose en la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, en el ejercicio de su cargo que comporte una lesión para el patrimonio social y tenga carácter antijurídico, por ser contraria a la Ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores”*. De la delimitación anterior puede extraerse que, la indemnización que se obtenga en caso de apreciarse la acción social de responsabilidad habrá de integrarse dentro del patrimonio de la sociedad. A demás, para que sea posible ejercicio de la acción, el perjuicio patrimonial ha de deberse a una acción u omisión del órgano de administración que resulte antijurídica o bien que no obedezca a los deberes inherentes a su cargo o a lo dispuesto por los estatutos de la sociedad. Siendo necesario en todo caso, observar los requisitos de la responsabilidad civil; concurrencia de dolo o culpa, no actuar con la diligencia inherente al cargo, producción de un daño y la correspondiente relación de causalidad. Cabe mencionar, que en el término administrador, se comprende también al administrador de hecho, por lo que ambos serán sujetos de la acción social de responsabilidad. Una vez comprendido el objeto de la acción social de responsabilidad, cabe estudiar si la ausencia del administrador a la junta, podría ser motivo suficiente para ejercitar la mencionada acción contra el órgano de administración. En los supuestos que se han venido detallando a lo largo del presente trabajo, no parece apreciarse que la inasistencia del administrador a la junta provoque un perjuicio económico a la sociedad

⁶⁵ QUIJANO, J. “Acción social de responsabilidad (art. 238 LSC)” en ROJO-BELTRÁN (Dir.) *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, pág. 1708.

⁶⁶ PRADES CUTILLAS, D., “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS.” En *Icade. Revista De la Facultad de Derecho* (94), pp. 237-239.

que pudiera justificar el ejercicio de la mencionada acción. Aún así, habría que estarse a supuestos concretos pues, por ejemplo, podríamos imaginar la celebración de una junta general en la que se pretende debatir la compra de un establecimiento nuevo. Suponiendo que el administrador no asistiese y los socios no pudieran ejercitar su derecho de información, la compra podría verse mermada por ello y resultar en un perjuicio patrimonial para la sociedad debido a la omisión del deber de asistencia a la junta por parte del administrador (lo mismo podría deducirse en caso de suspender la junta a la espera de la información). En dicho supuesto, en base a lo explicado anteriormente, podría ejercitarse la acción social de responsabilidad, dado que la omisión del deber de asistencia ha resultado en un perjuicio patrimonial para la sociedad.

B. DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

Regulada en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, permite que los socios y terceros puedan interponerla cuando se hayan lesionado directamente sus intereses. Los requisitos mencionados para la acción social de responsabilidad son los mismos que han de concurrir para la acción individual de responsabilidad, con una salvedad, el perjuicio patrimonial ha de verse reflejado, no en el patrimonio social, sino en el patrimonio del socio o de un tercero (art. 241 LSC), por lo que sigue siendo un instrumento procesal encaminado a la reparación del perjuicio patrimonial provocado por el órgano de administración. La diferencia consiste en si se lesiona el patrimonio e interés social o el individual de un socio o tercero, aunque suele ser más habitual el primer caso ⁶⁷. La legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad individual corresponderá en todo caso al socio o tercero que haya visto perjudicado su patrimonio (art. 241 LSC). Para que pueda ejercitarse la acción han de concurrir cuatro requisitos, siguiendo lo establecido por SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. En primer lugar, habrá de existir daño directo hacia el socio o el tercero. En segundo lugar, ha de deberse a un acto u omisión del administrador en el ejercicio de su cargo. En tercer lugar, el acto u omisión en cuestión ha de ser ilícito y finalmente, ha de existir una relación de causalidad entre el acto u omisión y el perjuicio sufrido por el socio o tercero⁶⁸. Aún así, es difícil concebir un supuesto en que la ausencia del administrador

⁶⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, B. “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital” en EMPARANZA SOBEJANO (Dir.) *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2016, pág. 162.

⁶⁸ ZURITA VICIOSO, JM., “La responsabilidad de los administradores” en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 10, septiembre 2015.

provoque un perjuicio patrimonial directamente⁶⁹ a un socio o a un tercero. Pero extrapolando la conclusión del apartado anterior, respecto a por ejemplo, la pérdida de una adquisición para la sociedad o de una venta importante, podría ejercerse la acción de responsabilidad individual contra el administrador por su ausencia en la junta general si debido a ella no pudo ejecutarse el negocio jurídico en detrimento del patrimonio social.

C. DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Respecto a la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios causados por la inasistencia del administrador, hemos de atender únicamente a la sociedad anónima, pues el precepto regulador no menciona en ningún momento a la sociedad de responsabilidad limitada⁷⁰. A tenor del artículo 197.5 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando se conculque lo dispuesto en el apartado dos del mismo artículo -referente a la solicitud de información con anterioridad a la junta- el accionista únicamente vendrá facultado a reclamar el cumplimiento del deber de información y los daños y perjuicios que hubieren podido causarse *pero no será causa de impugnación de la junta general*. Como hemos mencionado anteriormente, ello supone una gran diferencia con el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, pues estando en el mismo supuesto (solicitud de información *ex ante*), en aplicación del artículo 204.3.b si la información fuera esencial para el ejercicio de los derechos del socio, éste sí podría impugnar los acuerdos.

D. BREVE MENCIÓN AL CESE DEL ADMINISTRADOR

La Ley de Sociedades de Capital, prevé expresamente la posibilidad de separar de su cargo al administrador en cualquier momento mediante el acuerdo de la junta general y aún sin constar en el orden del día (art. 223 de la mencionada ley). Debido a ello, se comprende que, aunque

⁶⁹ En referencia a la configuración del adverbio “directamente” puede consultarse GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los presupuestos de la acción individual de responsabilidad frente a los administradores sociales en caso de impago de deudas por la sociedad” en Revista de Derecho Mercantil, núm. 103 2021, consultado en <https://www.uria.com/es/publicaciones/7795-los-presupuestos-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-frente-a-los-adminis> consultado el 15/5/2022.

⁷⁰ “(...) Un sector de la doctrina afirma que han de hacerse extensivas a la sociedad de responsabilidad limitada las restricciones a la impugnación de acuerdos por vulneración del derecho de información del socio que se contienen en el art. 197.5 LSC para la sociedad anónima. No obstante, esta postura interpretativa no se acomoda a lo establecido en el artículo 196 LSC, en el que no se contiene una previsión de análoga naturaleza a la que se contiene en el artículo 197.5 LSC. RECALDE CASTELLS advierte de la laguna legal existente, que permite admitir -en sede de sociedades de responsabilidad limitada – la impugnación de un acuerdo por la insuficiencia o incorrección de la información entregada durante la junta (...)” Sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca (Sección 5ª), núm. 438/2019, de 20 de junio de 2019.

no se pueda ejercitar acción alguna contra el administrador -debido a la falta de perjuicio patrimonial -, como sanción al reiterado cumplimiento y falta de observancia hacia el deber de diligencia y en particular, hacia el de asistencia a la junta general, puede proceder la sociedad a separarlo de su cargo en cualquier momento y sin necesidad que medie justa causa (separación *ad nutum*)⁷¹.

⁷¹ BROSETA, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. Capítulo 17. *Manual de Derecho Mercantil V.I.* Tecnos, Madrid, 2020, pág. 502-305.

CONCLUSIONES

El objeto del estudio residía, *lato sensu*, en conocer qué acciones podrían ejercitarse contra un administrador que incumpliera el deber de asistencia a la junta general. A modo de conclusión, se ha determinado que, la inobservancia de dicho precepto no encuentra respuesta concisa en la Ley de Sociedades de Capital, pues no existe una respuesta directa y general para todos los supuestos de hechos, sino que ha de atenderse, como se ha mencionado, al caso concreto. Así, podrá ejercerse la acción individual de responsabilidad por parte del socio o del tercero que haya sufrido un daño patrimonial directo por la acción u omisión del administrador, la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad cuando debido a la actuación del administrador la sociedad haya sufrido un perjuicio patrimonial o la reclamación por daños y perjuicios en el caso de las sociedades anónimas cuando debido a la inasistencia se incumpla con el deber de información hacia el socio en el seno de la junta general. Esto último ha revelado la disparidad de trato que recibe tanto el derecho de información como el deber de asistencia en función del tipo societario ante el que nos encontremos. Del mismo modo, se ha observado como la nulidad de la junta debido a la inasistencia del administrador, dependerá del grado de conculcación del derecho de información del socio.

Es de importancia destacar las consecuencias que en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, obtiene la ausencia del administrador en la junta. Se desconoce si la voluntad del legislador fue dotar de régimen jurídico diferente a ambos tipos societarios o si por el contrario, se debe aplicar de forma análoga el régimen de la sociedad anónima para la sociedad limitada. Como se ha mencionado en el trabajo, optamos por el parecer que, la voluntad del legislador residía en reforzar el derecho de información del socio y no paralizar la constitución de juntas generales y la validez de los acuerdos adoptados en la misma al tratarse de un tipo societario de configuración abierta, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, que con carácter general, es de naturaleza cerrada. Aún así, la presencia del administrador en toda junta general debería ser imperativa -como bien promulga el artículo 180 LSC- no solo para salvaguardar los derechos de los socios, sino para que la junta cumpla su función de gestión y fiscalización hacia el órgano de administración. Por ello, considero de especial relevancia dotar de un régimen jurídico concreto al deber de asistencia del administrador, incluyendo consecuencias directas como bien podría ser el resarcimiento de los daños y perjuicios -establecido únicamente para la sociedad anónima en teoría, art 197.5 LSC- o la separación de su cargo de forma automática tras la inasistencia a un número concreto de

juntas. Ello me parece especialmente importante pues como se ha podido comprobar en el presente estudio, en ocasiones la falta de asistencia del administrador no obtendrá consecuencia alguna (salvo en el supuesto de separación del cargo por decisión de la junta) hecho que conculca un deber inherente al cargo y que al parecer, queda al mismo tiempo impune. El no dotar de consecuencia jurídica al incumplimiento resta importancia a la observancia del deber.

A falta de más resoluciones al respecto del tema tratado, cabe esperar a los futuros pronunciamientos del Tribunal Supremo, las Audiencias o la Dirección General de los Registros y del Notariado para comprender con mayor exactitud la vinculación entre, en primer lugar, la nulidad de la junta y la ausencia del administrador de la misma, las consecuencias al incumplimiento del deber -más allá de las expuestas en el presente trabajo, si existieren- y el posible ejercicio de las acciones de responsabilidad social e individual cuando la ausencia haya causado un perjuicio patrimonial. Pese a no haber encontrado tras la realización del trabajo, una respuesta satisfactoria a la ausencia del administrador a la junta general, como cláusula de cierre cabe recordar que la misma, es libre de removerlo del cargo en cualquier momento y sin que medie justa causa.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J. “Caracteres, regulación y funcionamiento del Consejo de Administración” en *Almacén de Derecho*, de fecha 25 de junio de 2019.

BROSETA, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. “Manual de Derecho Mercantil” V.I., Tecnos, Madrid, 2020.

CRUZ RIVERO, D. “La Junta General” en *Derecho Mercantil V.III, Las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, 2013.

CRUZ RIVERO, D. “La Junta General” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. Y DÍAZ MORENO, A. (Coords.) *Derecho Mercantil V.III, Las sociedades mercantiles*. Marcial Pons, España, 2013.

EMBID IRUJO, J.M “¿Y si los administradores no asistieran a la junta?” en *Rincón de Commenda*, 26 de junio de 2016.

ENTERRÍA, J, URÍA, R. , MENÉNDEZ, A. Capítulo 35. *Curso de Derecho Mercantil I*. Civitas, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M, “Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias” en *Cuadernos de Derecho Local*, 2020.

FERRANDO VILLALBA, M. de Lourdes. “Capítulo X”. *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Marcial Pons, Madrid, 2016.

GARCÍA ÁLVAREZ, B. “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital” en EMPARANZA SOBEJANO (Dir.) *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J, URÍA, R. , MENÉNDEZ, A. Capítulo 35. *Curso de Derecho Mercantil I*. Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A y SANCHO GARGALLO, I. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “Los presupuestos de la acción individual de responsabilidad frente a los administradores sociales en caso de impago de deudas por la sociedad” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 103, 2021.

GONZÁLEZ, M. B y COHEN, A. (Dir) “Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales.” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones” en el proyecto de investigación *La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo (DER2013-44438P)* por el Ministerio de Economía y Competitividad.

LLEBOT MAJÓ, J.O en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir) “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTÍNEZ-GIJÓN, P. “Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre” en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016.

MASSAGUER, J. en “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, de julio-septiembre de 2019.

MORALEJO, I. en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. I , Civitas, Madrid, 2011.

PRADES CUTILLAS, D., “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS.” En *Icade. Revista De la Facultad de Derecho* (94).

PRENDES FIGUEIRAS, L. “Deber de asistencia de los administradores” en *Tratado de Sociedades de Capital* (Tomo I y II). Thomson Reuters, España, 2017.

QUIJANO, J. “Acción social de responsabilidad (art. 238 LSC)” en ROJO-BELTRÁN (Dir.) *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO LAGUILLO, A. Y CUSCÓ, M. “La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ CALERO, F. “La Junta general en las sociedades de capital”. Civitas, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El deber de los administradores de asistir a la junta general. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2016” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, Aranzadi, 2016.

SANCHEZ-CALERO, J. “La información del socio ante la Junta general” en *Revista Derecho de Sociedades* núm. 8, 1997.

SANCHO GARGALLO y GARCÍA-CRUCES, “Comentario a la Ley de sociedades de capital”, Valencia, 2021.

URÍA, A. , MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”. Civitas, Madrid, 1992.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y APARICIO, M., “Curso de derecho mercantil”. Vol. I. Civitas, Madrid, 2006.

VEGA CLEMENTE, V. Y HERRERO JIMÉNEZ, M. en (Dir. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A.) “Revisando el Derecho de Sociedades”. Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

VELA TORRES, P. en COHEN BENCHETRIT (Dir.) “Derecho de sociedades: Los derechos del socio”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

ZURITA VICIOSO, JM., “La responsabilidad de los administradores” en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 10, septiembre 2015.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca (Sección 5ª), núm. 438/2019, de 20 de junio de 2019.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) número 260/2013, de 14 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), núm. 260/2013, de 14 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), núm. 542/10, de 13 de diciembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), núm. 191/2016, de 30 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13), núm. 776/2018, de 28 de diciembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm. 10/2009, de 23 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm.255/2016, de 19 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), núm. 670/2021, de 5 de octubre de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), núm. 869/2004, de 29 de Julio de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 436/2013, de 3 de julio de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 406/2015, de 15 de julio de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 424/2019 de 16 de julio de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 986/2011, de 16 de enero de 2012.

DOCTRINA

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 11 de julio de 2013.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 20 de septiembre de 2019.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 28 de enero de 2013.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 28 de enero de 2013.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de noviembre de 2012.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 4 de mayo de 2016.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de abril de 2011.

NORMATIVA

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Ley de 28 de enero de 1848, sobre las compañías mercantiles por acciones.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.