



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**LA SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS  
SOCIEDADES DE CAPITAL**

VºBº  
El Director de la tesis

Tesis que presenta D. Víctor Villamil Ferreira para la obtención del título de Doctor dentro del Programa de Doctorado en Derecho Privado, bajo la dirección de los Catedráticos de Derecho Mercantil Dr. José Antonio García-Cruces González y Dr. Daniele Umberto Santosuosso.

2016



*En la actual crisis de valores,  
el mundo pide a los juristas nuevas ideas y  
no sutiles interpretaciones: es necesario, por tanto,  
reexaminar los conceptos fundamentales.*

Tulio Ascarelli



## RESUMEN

La presente tesis aborda la problemática en torno a la separación de los administradores de sociedades de capital proponiendo una teoría de la revocabilidad que pueda explicar científicamente los supuestos de separación causal (relacionada con el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores) y *ad nutum* (que se lleva a cabo a voluntad de la junta general) y con ello solucionar los problemas que nacen con su utilización. El punto de partida es la revisión de la calificación jurídica de los administradores sociales, seguida de la interpretación de la relación que establecen con la sociedad administrada, para que, a partir de ello, se pueda delimitar el poder de la junta general sobre el inicio y el fin del ejercicio del cargo. Asentadas estas bases, se analizan las diferentes modalidades de separación, con especial atención a los supuestos que pueden motivar la separación causal: incumplimiento de los requisitos para ser nombrado, infracción de los deberes inherentes al ejercicio del cargo y las acciones de responsabilidad. También se analizan las distintas corrientes interpretativas respecto de la separación sin causa, tanto en nuestra doctrina como en el Derecho comparado. Sobre ese particular, la tesis propone una revisión de la naturaleza del principio de libre revocabilidad, que implicará replantear los efectos de esta modalidad de separación. En una posterior etapa, se aborda el ejercicio de la facultad de separación, donde se analizan las especialidades en la formación del acuerdo de separación por la junta general y la posición jurídica del administrador frente a este acuerdo. En este esquema se profundiza la impugnación del acuerdo de separación y la eventual reincorporación del administrador al órgano. Por último, se diferencian los efectos generales y los económicos de la separación, con especial referencia a la indemnización por la separación sin justa causa. El resultado de la investigación indica que los administradores poseen una especial relación con la sociedad que es a la vez orgánica y contractual. Ello implica que tanto la formación de esta relación como su extinción deben contemplar ambos aspectos. En su formación, el nombramiento y la aceptación, tradicionales en el ámbito orgánico, se traducen en la oferta y la aceptación del ámbito contractual. En la ejecución de las tareas de administración, el nombrado se somete a un estricto régimen de deberes y responsabilidades que es inherente a los amplios poderes de gestión y representación que le son conferidos. Ello conlleva la presencia de una especial confianza entre las partes y la incidencia de un diferenciado deber de lealtad, lo que justifica la facultad de separación *ad nutum*. Después de terminada la relación, el administrador sigue constreñido por haberlo sido, de modo que la consecuencia del ejercicio de esta facultad incluye la compensación por la sociedad de los gravámenes impuestos al administrador, que se identifican, en parte, con la remuneración que este ha dejado de percibir, lo que se extiende a los contratos de delegación de facultades. En ese sentido, la tesis concluye que la remuneración compensatoria es debida con o sin pacto, y que este se somede a determinados límites cuantitativos relacionados con la función perseguida por esa compensación.

**PALABRAS-CLAVE:** sociedades de capital, administradores, órgano de administración, consejo de administración, delegación de facultades, separación, deberes, responsabilidad, libre revocabilidad, pacto de indemnización.



## SUMARIO

Abreviaturas utilizadas.....	xv
------------------------------	----

## INTRODUCCIÓN

I. Presentación del tema.....	3
II. Estado de la cuestión.....	4
III. Objetivo de la investigación .....	9
IV. Estructura de la tesis .....	11
V. Precisiones metodológicas .....	12
A) El carácter científico de la tesis .....	13
B) La hipótesis falsadora.....	14
C) La coherencia como fundamento .....	15
D) La deconstrucción conceptual.....	15
E) El sincretismo metodológico.....	16

## PARTE I

### NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

#### CAPÍTULO PRIMERO

### FUNDAMENTOS DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

I. Antecedentes.....	23
1. La regulación de las sociedades mercantiles y la evolución de la administración social .....	24
2. La teoría contractualista: la sociedad como contrato y sus consecuencias .....	33
2.1. El administrador como mandatario de las sociedades anónimas .....	33
2.2. Límites de la teoría contractualista: la imposibilidad del mandato .....	38
3. El poder de control y la posición del administrador social .....	42
3.1. Planteamiento inicial .....	42

3.2. La tradicional dicotomía entre propiedad y gestión: el supuesto predominio del administrador .....	45
3.3. El cambio del panorama tradicional: el fortalecimiento de los inversores institucionales .....	50
<b>II. Estado actual: la construcción de una teoría orgánica .....</b>	<b>53</b>
1. La teoría de la institución como presupuesto a la teoría orgánica .....	53
2. Recepción legal del planteamiento orgánico .....	59
2.1. El <i>Codice civile</i> italiano de 1942.....	59
2.2. La innovación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.....	64
2.3. El <i>Código das Sociedades Comerciais</i> portugués de 1986.....	65
2.4. El desarrollo legislativo español hasta la actualidad .....	66
2.5. El Derecho de la Unión Europea.....	68
3. La consolidación de la teoría de los órganos sociales .....	70

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **REVISIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRADOR SOCIAL Y SOCIEDAD DE CAPITAL**

<b>I. La posición orgánico-contractual del administrador social.....</b>	<b>75</b>
1. La personalidad jurídica como fundamento del órgano social .....	75
2. El concepto de órgano en el Derecho de sociedades.....	78
2.1. Hacia una calificación de la naturaleza jurídica del órgano social.....	78
2.2. La influencia del concepto de órgano en Derecho público.....	81
2.3. La carencia de valor jurídico del órgano en Derecho privado .....	83
3. La relación jurídica entre administrador y sociedad .....	85
3.1. El reconocido carácter orgánico .....	86
3.2. La necesaria vinculación contractual.....	88
3.3. El reconocimiento del vínculo orgánico-contractual.....	89
4. Figuras contiguas a los administradores sociales.....	96
4.1. La comisión ejecutiva y el consejero delegado .....	97
4.1.1. Caracterización como <i>órgano</i> delegado.....	98
4.1.2. Calificación de los miembros y titulares del órgano delegado.....	100
A) La novedosa relación contractual del consejero delegado .....	101
B) La interpretación del contrato de delegación como novación .....	104
4.1.3. Ámbito del poder de gestión y representación .....	111
4.2. Los apoderados generales .....	112
4.2.1. Personas a las que se puede apoderar .....	114
4.2.2. Régimen aplicable .....	116
4.2.3. Mención al gerente o director general .....	123
4.3 Referencia a las figuras surgidas en el seno de las sociedades cotizadas .....	127
4.3.1. Elementos del consejo de administración .....	127
4.3.2. Consejeros ejecutivos.....	129
4.3.3. Consejeros no ejecutivos: dominicales, independientes y otros.....	131
<b>II. Aproximación al contrato celebrado entre administrador y sociedad .....</b>	<b>135</b>



1. Discusión preliminar: la teoría de los actos unilaterales .....	135
2. Naturaleza jurídica del contrato de administración.....	144
2.1. Contrato típico, reconducible a un tipo o mixto.....	144
2.2. El procedimiento de tipificación y su inadecuación.....	148
2.3. El contrato de administración como contrato atípico .....	151
3. Delimitación del contrato de administración .....	157
3.1. Las características del contrato de administración .....	158
3.2. Delimitación del ámbito civil o mercantil del contrato .....	160
3.3. Delimitación negativa desde una perspectiva laboral .....	164
3.3.1. Personal de alta dirección.....	165
3.3.2. Empleados directivos .....	169
3.4. Consideraciones sobre el doble vínculo o teoría del vínculo .....	171
3.4.1. La acumulación de funciones laborales y de administración .....	171
3.4.2. La promoción interna de trabajador a administrador social.....	172
4. Regulación del contrato de administración .....	175
4.1. Derecho de sociedades vs. Derecho de las obligaciones .....	176
4.2. Los preceptos obligacionales en la legislación societaria.....	180
4.3. Los preceptos obligacionales en la legislación civil y mercantil .....	182

### CAPÍTULO TERCERO

## EL PODER DE LA JUNTA GENERAL SOBRE EL INICIO Y EL FIN DEL EJERCICIO DEL CARGO POR EL ADMINISTRADOR SOCIAL

<b>I. La perfección de la relación orgánico-contractual.....</b>	<b>187</b>
1. Planteamiento inicial .....	187
2. El nombramiento del administrador .....	189
2.1. Los primeros administradores .....	191
2.2. Nombramientos posteriores .....	193
2.3. Modalidades especiales de nombramiento .....	196
2.3.1. El sistema de representación proporcional.....	197
2.3.2. La cooptación: excepción a la intervención de la junta general.....	200
3. La necesidad de aceptación e inscripción.....	205
3.1. La aceptación como requisito a la perfección del nombramiento .....	206
3.2. El carácter meramente declarativo de la inscripción del acto .....	210
<b>II. Duración y temporalidad del administrador en el cargo.....</b>	<b>213</b>
1. La delimitación temporal del cargo.....	213
2. El fundamento de la temporalidad .....	221
2.1. El sentido orgánico de la temporalidad .....	222
2.2. La temporalidad como fruto del carácter contractual de la relación .....	223
2.3. La temporalidad en la sociedad de responsabilidad limitada.....	224
3. La distinción entre temporalidad y revocabilidad.....	228

**PARTE II**  
**LA SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES:**  
**MODALIDADES, EJERCICIO Y EFECTOS**

**CAPÍTULO CUARTO**  
**LA SEPARACIÓN CAUSAL**

<b>I. Planteamiento inicial .....</b>	<b>237</b>
<b>II. Incumplimiento de los requisitos para ser nombrado administrador.....</b>	<b>239</b>
1. Los requisitos legales para ser nombrado administrador .....	240
2. La diligencia como requisito en la normativa sectorial.....	242
<b>III. Infracción de los deberes y prohibiciones inherentes al ejercicio del cargo ...</b>	<b>245</b>
1. La infracción de los deberes de diligencia y lealtad como causa de separación ..	245
1.1. El deber de diligencia: el administrador como ordenado empresario .....	248
1.2. El deber de lealtad: el administrador como fiel representante .....	253
1.3. Los deberes de informarse y guardar secreto .....	258
2. El sistema legal de separación por prohibiciones e incompatibilidades .....	265
2.1. La necesaria separación por prohibiciones absolutas .....	266
2.2. La separación facultativa por conflicto de intereses.....	268
2.3. Distinción entre los supuestos fácticos .....	270
3. Prohibiciones absolutas derivadas del deber de lealtad.....	271
3.1. Desviación de poder o abuso de facultades .....	271
3.2. Deber de secreto (Remisión).....	273
3.3. Deber de abstención (Remisión) .....	273
3.4. Responsabilidad personal e independencia.....	274
4. Las situaciones de conflicto de intereses como prohibiciones relativas .....	276
4.1. El deber de comunicar el conflicto y su posible autorización .....	279
4.2. El deber de abstenerse en la decisión y en la ejecución de la operación .....	284
4.3. Prohibiciones derivadas del conflicto de intereses.....	288
4.3.1. Prohibición de realizar transacciones con la sociedad.....	288
4.3.2. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad e invocar la condición de administrador .....	290
4.3.3. Prohibición de hacer uso de activos sociales .....	293
4.3.4. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio .....	294
4.3.5. Prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros.....	297
4.3.6. Prohibición de competencia efectiva .....	300
5. Otras prohibiciones .....	305
<b>IV. Promoción y transacción de la acción social de responsabilidad .....</b>	<b>305</b>
1. Presupuestos de responsabilidad de los administradores .....	305
2. La destitución de los administradores afectados.....	313
2.1. El carácter dispositivo de la destitución en el acuerdo de la junta general....	314
2.2. La imposibilidad de separación del administrador como consecuencia del ejercicio de la acción social por minoritarios y acreedores .....	318

3. El alcance de la destitución a los administradores responsables solidarios .....	322
3.1. Consejo de administración y administración conjunta .....	324
3.2. Delegación de facultades .....	326
3.3. Apoderamiento de personas ajenas al órgano de administración.....	332
<b>V. Separación y suspensión sin intervención de la junta general.....</b>	<b>335</b>
1. Premisa .....	335
2. Resolución judicial fundamentada en justa causa.....	336
2.1. Supuestos generales y medidas cautelares .....	337
2.2. Constitución de una administración judicial en proceso de ejecución .....	341
3. Resolución administrativa .....	344
4. Procedimiento concursal .....	347
4.1. Durante la fase común .....	347
4.2. Con la apertura de la fase de liquidación.....	348
5. Disolución y liquidación de la sociedad.....	349
<b>VI. Fallecimiento del administrador .....</b>	<b>350</b>

CAPÍTULO QUINTO  
**LA SEPARACIÓN *AD NUTUM***

<b>I. Aproximación a la <i>libre</i> revocabilidad de los administradores.....</b>	<b>355</b>
1. La revocabilidad y la <i>libre</i> revocabilidad .....	355
1.1. La distinción tradicional .....	355
1.2. Los problemas jurídicos en admitir una <i>libre</i> revocabilidad .....	358
2. La regulación de la separación en el Derecho comparado .....	361
2.1. El sistema europeo continental.....	361
2.1.1. Derecho francés .....	361
2.1.2. Derecho italiano.....	364
2.1.3. Derecho portugués .....	370
2.1.4. Derecho alemán .....	373
2.2. El sistema del <i>common law</i> .....	377
2.2.1. Derecho inglés .....	377
2.2.2. Derecho estadounidense.....	381
2.3. El Derecho de la Unión Europea.....	384
2.3.1. Planteamiento general.....	384
2.3.2. La sociedad anónima europea .....	385
2.4. Una mirada hacia el Derecho brasileño .....	389
3. El sistema español de separación <i>ad nutum</i> .....	393
3.1. La «evolución» de la revocabilidad en España .....	394
3.2. El sistema actual.....	396
<b>II. Revisión y delimitación del principio de <i>libre</i> revocabilidad.....</b>	<b>399</b>
1. El carácter fiduciario de la relación como fundamento de la <i>libre</i> revocabilidad .....	399
1.1. Planteamiento inicial .....	399
1.2. Aproximación al negocio fiduciario en Derecho mercantil.....	400
1.3. La relación de administración social como negocio de confianza .....	402

1.4. Los deberes de lealtad como fundamento de la separación <i>ad nutum</i> .....	405
2. Hacia una delimitación de la naturaleza jurídica de la separación <i>ad nutum</i> .....	407
2.1. Aplicación de los supuestos extintivos de la relación obligatoria.....	409
2.1.1. La solución tradicional: la separación como revocación .....	410
2.1.2. La separación como resolución .....	417
2.1.3. El binomio separación-resolución .....	420
2.1.4. La separación como rescisión.....	424
2.2. La separación como desistimiento unilateral .....	425
2.2.1. Noción y aplicación al contrato de administración social.....	425
2.2.2. La necesidad de justa causa y su dispensa legal.....	429
2.2.3. Discusión sobre la necesidad de preaviso .....	432
2.2.4. Remisión a la responsabilidad contractual por desistimiento .....	435
<b>III. Posibles limitaciones a la libre separación .....</b>	<b>437</b>
1. El orden del día de la convocatoria .....	438
2. El sistema de representación proporcional .....	440
2.1. La separación del consejero designado por la minoría agrupada .....	440
2.2. La separación del consejero por conflicto de interés de la minoría agrupada .....	448
3. Cláusulas estatutarias limitativas de la separación .....	451
3.1. Cláusulas que afecten directamente el principio de <i>libre</i> revocabilidad .....	451
3.1.1. Irrevocabilidad.....	451
3.1.2. Necesidad de justa causa.....	453
3.1.3. Régimen diferenciado para el consejero designado por la minoría.....	454
3.2. Cláusulas que afecten el ejercicio de la separación por la sociedad .....	455
3.2.1. Necesidad de mención a la separación en el orden del día .....	455
3.2.2. Elevación del quórum y mayorías .....	458
3.3. Otros tipos de cláusulas .....	464
<b>IV. La renuncia del administrador.....</b>	<b>465</b>
1. Admisibilidad y naturaleza jurídica .....	465
2. Procedimiento y efectos .....	468
3. Límites necesarios a su ejercicio.....	471

## CAPÍTULO SEXTO

### EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE SEPARACIÓN

<b>I. Planteamiento inicial .....</b>	<b>477</b>
<b>II. Particularidades en la formación del acuerdo por la junta general.....</b>	<b>481</b>
1. Etapas previas a la celebración de la asamblea.....	481
1.1. Competencia para convocar la junta general .....	482
1.2. El orden del día de la convocatoria .....	484
2. Formación y desarrollo de la reunión.....	489
2.1. El quórum de constitución .....	489
2.2. La mayoría para la adopción del acuerdo .....	492
3. La deliberación sobre el tema .....	498
3.1. Aspectos generales de la votación.....	498

3.2. La participación del administrador afectado .....	501
3.3. La participación del socio-administrador afectado .....	502
<b>III. La perfección de la separación .....</b>	<b>505</b>
1. Problemática en torno al momento en que se produce la separación.....	505
2. El acuerdo de separación y su formalización en el acta de la asamblea .....	507
3. La comunicación al administrador como condición de eficacia de la separación	510
4. El carácter meramente declarativo de la inscripción en el Registro Mercantil ....	513
<b>IV. Posición jurídica del administrador frente al acuerdo de separación .....</b>	<b>518</b>
1. La eventual defensa previa al acuerdo: análisis de casos .....	518
2. La impugnación del acuerdo.....	529
2.1. Consideraciones generales sobre el nuevo régimen de impugnación de	
acuerdos sociales.....	529
2.2. La legitimación del administrador separado .....	533
2.3. Los supuestos de impugnación.....	540
2.3.1. Acuerdos impugnables por infracción de norma legal .....	540
2.3.2. Acuerdos impugnables por infracción de los estatutos o del reglamento de	
la junta .....	543
2.3.3. Acuerdos impugnables por lesión del interés social.....	544
2.4. Exclusiones al derecho de impugnación.....	546
2.5. Distinción entre causas de separación y causas de invalidez del acuerdo .....	549
2.6. La posibilidad de subsanar la causa de invalidez del acuerdo .....	550
3. La reincorporación del administrador al órgano y la separación del administrador	
nombrado en su lugar .....	553
3.1. Suspensión cautelar del acuerdo impugnado .....	554
3.2. Anotación preventiva de la demanda de impugnación .....	559
3.3. Sentencia estimatoria .....	562

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN

<b>I. Efectos generales y económicos de la separación del administrador .....</b>	<b>569</b>
1. Efectos <i>interna corporis</i> .....	569
1.1. Extinción del contrato de administración .....	569
1.2. Extinción de los deberes inherentes al cargo .....	569
1.3. Nombramiento de nuevos administradores en la misma reunión .....	572
1.4. Sustitución inmediata del administrador separado que preside la sesión .....	576
2. La exoneración de responsabilidades <i>externa corporis</i> .....	578
3. Efectos respecto de las prestaciones económicas .....	578
3.1. Consideraciones generales .....	578
3.2. Remuneración ordinaria.....	579
3.3. Remuneración mediante participación en beneficios .....	580
3.4. Remuneración mediante entrega de acciones .....	582
<b>II. Efectos indemnizatorios de la separación del administrador .....</b>	<b>584</b>
1. Planteamiento inicial .....	584

1.1. Argumentos contrarios a la indemnización.....	588
1.2. Breve referencia al Derecho comparado.....	596
1.3. La inadecuación de una indemnización a partir del Derecho común.....	602
1.3.1. Responsabilidad contractual.....	602
1.3.2. Responsabilidad extracontractual.....	606
2. La indemnización por separación como categoría propia de compensación.....	609
2.1. Separación causal.....	610
2.2. Denuncia en contratos de duración indeterminada.....	612
2.3. Desistimiento unilateral con pacto de indemnización.....	617
2.4. Desistimiento unilateral sin pacto de indemnización.....	625
3. Cuantificación de la indemnización.....	630
3.1. Liquidación y límites generales.....	630
3.1.1. Lecciones del Derecho común y del Derecho comparado.....	630
3.1.2. Parámetros extraídos de la legislación societaria.....	636
A) Importe máximo aprobado por la junta general.....	637
B) Proporcionalidad y razonabilidad.....	639
3.1.3. Aplicación de los criterios señalados.....	639
3.2. Los pactos de indemnización.....	643
3.2.1. Límites al establecimiento del <i>quantum</i> indemnizatorio.....	643
A) Pacto estatutario o previsión legal.....	643
B) Remuneración del administrador y eventual partida de indemnización reservada.....	645
C) Preservación de la facultad de separación <i>ad nutum</i> .....	647
3.2.2. Los pactos de indemnización en la delegación de facultades.....	651
3.2.3. El control de la indemnización pactada.....	656
<b>Conclusiones.....</b>	<b>663</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>683</b>
<b>Jurisprudencia y Resoluciones administrativas.....</b>	<b>725</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

AktG	Aktiengesetz
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADCiv.	Anuario de Derecho Civil
ADHGB	Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch
AIEP	Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1947 del Instituto de Estudios Políticos
AIS	AIS. Ars Iuris Salmanticencis
Banca e Borsa	Banca, borsa e titoli di credito
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFD	Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CBGSC	Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015)
C.c.	Código civil
C.c.br.	Código civil brasileiro (Código civil brasileño)
C.c.it.	Codice civile (Código civil italiano)
C.com.	Código de comercio
C.com.fr.	Code de commerce (Código de comercio francés)
C.com.pt.	Código comercial português (Código de comercio portugués)
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEGC	Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (2013)
Cf./cf.	conforme
Cfr.	confróntese
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Contratto e Impresa	Contratto e Impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale
Cost.	Costituzione italiana
CP	Código penal
CSC	Código das Sociedades Comerciais

CSO	Código Suizo de Obligaciones
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por el Consejo de la CNMV (2006, en su versión actualizada de 2013)
Derecho de los negocios	Derecho de los negocios. Revista Práctica para el Asesoramiento Empresarial
Dir. Eco.	Il diritto dell'economia: Rivista trimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DPAD	Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
DSR	Direito das Sociedades em Revista
El notario	El notario del siglo XXI. Revista online del Colegio Notarial de Madrid
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
Foro It.	Il Foro Italiano
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
Informe Aldama	Recomendaciones de la Comisión Especial para la transparencia y seguridad de los Mercados Financieros y Sociedades Cotizadas (2003)
Informe CEGC	Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno corporativo creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo
Informe Olivencia	Recomendaciones de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (1998)
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
JPE	Journal of Political Economy
La Ley	La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía



LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
Le Soc.	Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale
LEBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
LMV 1988	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LRSL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSA / LSA 1989	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSA 1951	Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL / LSRL 1995	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSRL 1953	Ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada
Nuova Riv. Dir. Comm.	Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale
pág./págs.	página/ páginas
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCDP	Revista Crítica de Derecho Privado
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas (Las Palmas de Gran Canaria)
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCO	Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica

RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDMV	Revista de Derecho del Mercado de Valores
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP (UEC)	Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RESE	Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Comm.	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
Riv. Soc.	Rivista delle Società
Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.	Rivista trimerstrale di diritto e procedura civile
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RRM / RRM 1996	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
RRM 1956	Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SE	Sociedad anónima europea
sigs.	siguientes
Società	Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
Vid.	véase
Vol./V.	Volumen

# **INTRODUCCIÓN**



## I. Presentación del tema

En el ámbito del Derecho de sociedades son ampliamente conocidas las teorías sobre la dicotomía entre propiedad y gestión, siendo lugar común la preocupación por la protección de los intereses de los socios y de la sociedad. En ese esquema también cobra relevancia la distinción entre socios mayoritarios y minoritarios, que muchas veces poseen intereses distintos o se ven afectados de diferentes maneras respecto de la gestión social llevada a cabo. En todo caso, la administración social se presta como mecanismo para contrabalancear los diversos intereses presentes en las sociedades capitalistas, de modo que el acceso al órgano de administración y la separación de sus miembros es uno de los principales objetivos de quienes buscan el control de la compañía. En ese sentido, un análisis sobre los supuestos de separación de los administradores debe ser consciente de los diferentes grupos de interés existentes en cada sociedad.

El trabajo que sigue se inserta en el género de tesis que afronta el estudio de una *institución jurídica* en concreto, en nuestro caso, la separación de los administradores sociales. No obstante, en algunas ocasiones también nos vamos a centrar en la solución de *problemas jurídicos* concretos —condicionantes, derivados o conexos con los temas desarrollados en la tesis—, puesto que el análisis de una institución jurídica solo tiene sentido si es para aportar soluciones a problemas prácticos relacionados con su utilización. En este trabajo vamos a analizar, por un lado, los supuestos de separación causal —por justa causa— en los que el administrador es destituido por alguna causa prevista en ley, en los estatutos o en el contrato particular celebrado con la sociedad, y que generalmente hacen referencia a incumplimientos relativos a su régimen de deberes y responsabilidades. Por otro lado, abordaremos también la polémica separación *ad nutum* o sin causa, es decir, por la mera voluntad de la junta general.

La tesis empieza con un estudio previo sobre la posición jurídica del administrador social que tiene por objetivo calificar jurídicamente el administrador y establecer la naturaleza de la relación que entabla con la sociedad. La separación causal, la más desarrollada en nuestra legislación, es objeto de examen y revisión, sobre todo en lo que se refiere a la infracción de deberes y a la responsabilidad de los administradores. En lo relativo a la separación *ad nutum*, la tesis se centra, por un lado, en el estudio dogmático de esta institución, tratando de dilucidar su naturaleza jurídica, y, por otro, en

la solución del problema de conciliar esta libérrima facultad de la junta general con la responsabilidad por su utilización que conlleva la satisfacción de una indemnización al administrador cesado. También se dedica un capítulo al estudio de las especialidades del acuerdo de separación y otro a los efectos de la separación. En definitiva, el presente trabajo tiene como objetivo examinar los fundamentos, el régimen jurídico y los efectos de “*La separación de los administradores en las sociedades de capital*”.

## II. Estado de la cuestión

La actual situación económica en la que se encuentran los países del sur de Europa, en especial España, viene otorgando un acentuado protagonismo a las disciplinas económicas. Pero en ese contexto el Derecho también es afectado en la medida en que es el cauce por el cual se hacen efectivas las decisiones políticas adoptadas. Entre las ramas sustancialmente afectadas se encuentra el Derecho de sociedades, especialmente en lo que se refiere al régimen jurídico de los administradores sociales. Entre los temas más relevantes, los cuales queremos destacar, están el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, su destitución, la limitación de su retribución y los pactos de indemnización por el cese anticipado de su actividad<sup>1</sup>.

Sobre el *régimen de deberes y responsabilidades*, se verifica una tendencia a concretar el régimen aplicable a los administradores sociales con el objetivo de mejor regular la relación que establecen con la sociedad y facilitar el tráfico mercantil en general. En ese sentido, se observa en España el impulso a la creación de grupos de expertos para la elaboración de códigos de buen gobierno, lo que ha culminado en la publicación del Informe Olivencia en 1998, del Informe Aldama en 2003, del Código

---

<sup>1</sup> Recientemente, PIKETTY ha relacionado la problemática en torno a la retribución de los directivos con su teoría sobre la desigualdad económica, señalando que «the extremelly generous rewards meted out to top managers can be a powerful force for divergence of weath distribution», observando, también, que «the social norms concerning executive pay directly influence the levels of compensation we observe in different coutries». PIKETTY, T., *Capital in the Twenty-First Century*, traducido por Goldhammer, A., The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2014, pág. 334 y 512 respectivamente. El autor constata así que la retribución de los directivos se establece en consonancia con lo que es tolerado por la sociedad civil de cada país de acuerdo a su propio desarrollo económico, lo que justificaría la disparidad entre las retribuciones establecidas en compañías de diferentes países. Ello corrobora que la situación de debilidad económica del sur de Europa está estrechamente relacionada con la imposición de límites a la retribución de los directivos de esta región, lo que se extiende, por obvio, a las indemnizaciones por cese anticipado, pero también a su régimen de deberes y responsabilidades incluidos los supuestos en los que la junta general puede acordar su separación.

Unificado de Buen Gobierno en 2006 y del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas en 2015, cuyas recomendaciones han sido en ocasiones insertadas en la normativa societaria, como por medio de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, o de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, cuyas disposiciones afectan en la actualidad a las sociedades anónimas abiertas y cerradas, e incluso las de responsabilidad limitada. Todo ese aparato normativo demuestra la preocupación y la importancia del buen gobierno corporativo.

Por el contrario, en lo que respecta específicamente al *régimen de separación* de los administradores sociales, no hubo ninguna innovación legislativa significativa en las últimas décadas. En efecto, en lo que se refiere a la separación *ad nutum*, en la actualidad aún se sigue un modelo creado hace más de doscientos años por el *Code de commerce* de 1807. No obstante, está claro que la posición fáctica y jurídica del administrador ha cambiado, lo que requeriría un cambio de planteamiento como se ha hecho en otros países. En lo que se refiere a la separación causal, la situación es un poco distinta. Aunque se sigue un modelo que ya estaba previsto en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, su contenido viene sufriendo constantes actualizaciones. En ese sentido, cuando el administrador es separado en virtud de la infracción de sus deberes o de la concurrencia de responsabilidad, la separación se lleva a cabo con fundamento en el contenido de estos deberes y responsabilidades vigentes en cada momento.

La separación causal se desdobra en la actualidad en los denominados «supuestos especiales de cese» y en la separación como consecuencia de la acción social de responsabilidad, previstos respectivamente en los arts. 224 y 238.3 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. Sin embargo, no hay en la ley una aclaración exhaustiva respecto de cuál modalidad de separación se debe utilizar en cada caso, ni cuándo se debe entender que la separación es obligatoria o facultativa por la junta general. Asimismo, no hay una catalogación unitaria de los supuestos de separación y suspensión sin intervención de la asamblea, como tampoco se hace ninguna referencia a los supuestos de impedimento del administrador para seguir en el cargo como puede ser el de su fallecimiento. Son cuestiones que en algunas ocasiones fueron atendidas por los Tribunales o por la doctrina, pero sobre las cuales no hay una consistente solución.

Acerca de la separación *ad nutum*, pese a la amplia aceptación del principio de la libre revocabilidad de los administradores, poco ha sido legislado a ese respecto. En España, la Ley de Sociedades de Capital prevé en su art. 223.1 que «Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día». Acerca de este precepto, muchas cuestiones relativas al contenido del ideado principio de la libre revocabilidad quedan pendientes de resolución, en especial su procedimiento, alcance y efectos. Las preguntas que se podrían hacer sobre esta modalidad de separación son numerosas; podríamos cuestionar, por ejemplo, la posibilidad de limitación de la facultad de la junta general para acordar la separación *ad nutum*, la viabilidad de la separación del consejero designado por la minoría, las consecuencias económicas de la separación, la validez y el alcance de los pactos de indemnización del administrador cesado.

Las soluciones esbozadas por los legisladores de nuestro entorno, aunque concedan un poco más de luz al tema, tampoco resuelven todas las dudas que se plantean, limitándose a expresar en algunos casos que el administrador tiene derecho al resarcimiento de los daños producidos por la separación, en otros ordenamientos se han establecido los límites de la indemnización debida o incluso se ha llegado a introducir la necesidad de una justa causa para llevar a cabo la separación. Pero en ningún caso se aclara satisfactoriamente la razón de estas opciones, pues pese a las abundantes alusiones al tema por la doctrina, el principio de libre revocabilidad no ha sido suficientemente fundamentado en ninguna parte.

Referente a la *retribución* de los administradores, hay que señalar que la pertenencia de España a la Unión Europea también repercute en estos temas. En ese sentido, en una carta «estrictamente confidencial» del presidente del Banco Central Europeo —J.-C. TRICHET— enviada en agosto de 2011 al presidente del Gobierno de España se exigía que se tomara medidas que «mejoren el funcionamiento del mercado de trabajo con vistas a lograr claros avances en la reducción de la elevada tasa de paro». En concreto, aunque en ningún momento haga referencia explícita a los administradores sociales, se sugieren «medidas excepcionales para promover la moderación salarial del sector privado». La materialización de estas exigencias en el ámbito laboral ya es conocida, pero la invitación que hacía la carta «al Gobierno a explorar todas las vías posibles para la consecución de dicho fin» indica que la reforma del Derecho de



sociedades por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, se ha desarrollado en ese mismo sentido.

En el sector público —o cuando hay participación de capital público en la actividad privada, así como en aquellos supuestos en que las entidades puedan sujetarse a un especial régimen de disciplina e intervención públicas— los gobiernos vienen aprobando medidas restrictivas, sobre todo en lo que se refiere a las retribuciones en las entidades de crédito. En ese sentido, el Gobierno de España, a través del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, ha creado mecanismos para limitar las remuneraciones de los administradores de las entidades de crédito participadas mayoritariamente o que reciban apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). En las empresas del sector público estatal, la Disposición Adicional Octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, también establece el sistema de remuneración de los directivos de empresas públicas, que se divide en una parcela básica y otra complementaria. Esa medida refleja la necesidad de ajustar el régimen de remuneración de los administradores a los tiempos de crisis. En el ámbito privado, una limitación así depende fundamentalmente de una previsión contractual o estatutaria, a menos que se lleve a cabo una intervención legislativa que limitaría la autonomía de la voluntad en ese aspecto. En ese sentido, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, ha tratado de establecer parámetros de proporcionalidad y razonabilidad en la remuneración de los altos cargos. Sin embargo, dada la ausencia de la previsión de una cifra que se exacta o posible de establecer con facilidad, todavía se está por ver si esta norma tendrá consecuencias prácticas en la limitación de la remuneración de los administradores en el sector privado.

Acerca de los *pactos de indemnización*, en las entidades de crédito participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha establecido límites expresos al resarcimiento por terminación del contrato con sus gestores. En concreto la indemnización puede oscilar entre 600.000 y 1.000.000 de euros, o bien el valor correspondiente a dos años de la remuneración fija estipulada. En el sector público estatal, la Disposición Adicional Octava del mismo Real Decreto-ley también trata de limitar las indemnizaciones a los directivos que cesan en su actividad.

La regla general es la limitación a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades. No obstante, se faculta al Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, para modificar las cuantías y limitaciones de las indemnizaciones. En lo que nos interesa, tales restricciones tampoco alcanzan a las sociedades de capital del sector privado que no hayan sufrido intervención o aportación dineraria pública. Con todo, en sentido parecido a lo que ocurre con la remuneración de estos directivos, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, ha aproximado los pactos de indemnización al sistema de retribución de los administradores sociales. No obstante, no es todavía pacífico que puedan incidir sobre estos pactos los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad mencionados. Además, esta ley ha refrendado la práctica de celebrar un contrato de delegación de facultades con los consejeros ejecutivos, autorizando, y desvinculando de previa estipulación estatutaria, el pacto de indemnización con estos delegados por el cese en dichas funciones.

De esa manera, pese a las reformas en el sector público, en el ámbito privado estos temas presentan algunos problemas de orden práctico. En ese sentido, uno de los temas que más conflictos conlleva es el que se refiere a los efectos económicos de la separación *ad nutum* de los administradores sociales, con especial referencia a los pactos de indemnización del administrador cesado. Por medio de estos contratos, celebrados entre la sociedad y el administrador, cuando éste es destituido acaba por tener derecho a indemnizaciones —normalmente abultadas— en perjuicio del patrimonio social, y muchas veces contra previsión estatutaria. En general, ese problema adquiere mayor visibilidad debido a la crisis actual, ya que las mencionadas indemnizaciones se ven contrastadas con la flexibilización de los derechos laborales, razón por la cual la jerga popular hace referencia a «despidos de oro» o a «contratos blindados». El problema aumenta en la medida en que muchas de las sociedades que han pagado estas cuantiosas indemnizaciones a sus administradores, después de un corto espacio de tiempo se encuentran en situación de crisis, insolvencia o concurso inminente, en perjuicio de sus socios y acreedores, o, en otros casos, han sido nacionalizadas, como ha sucedido con algunas cajas de ahorro. Ocurre que en el ámbito jurídico no hay una posición consolidada sobre el problema de los pactos de indemnización del administrador cesado, ante el cual los Tribunales vienen dándose de bruces sin aparente éxito, pues existe sobre todo en España en este momento un

conflicto entre la libre revocabilidad y el deber de indemnizar. La regulación es incipiente y no hay todavía jurisprudencia consolidada al respecto, de ahí la pertinencia de un estudio profundizado sobre estas cuestiones.

### **III. Objetivo de la investigación**

El estado actual de la cuestión resume la conveniencia del tema objeto de estudio, que tanto en España como en los demás ordenamientos jurídicos continentales merece mayor atención por el legislador. La importancia del trabajo radica en la ausencia en nuestra doctrina de un estudio actual y en detalle de esta cuestión, pues no existe una monografía reciente y actualizada sobre la separación de los administradores de sociedades de capital que trate de su fundamento, modalidades, ejercicio o efectos, ni que enfrente los problemas que la concreción del contenido de esta institución plantea en nuestro Derecho de sociedades vigente. En ese sentido, nuestro objetivo es dilucidar estas cuestiones en el ámbito de las sociedades de capital, pero limitando nuestro objeto de estudio a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, que constituyen los tipos sociales más comunes, en detrimento de las sociedades comanditarias por acciones, muy poco presentes, a las que haremos tan sólo algunas referencias puntuales.

En la presente tesis afrontamos fundamentalmente un problema de semántica jurídica y otro de pragmática jurídica. El problema de semántica jurídica a que se hace referencia se relaciona con el significado de la separación de los administradores sociales. Vivimos en una época en que los institutos jurídicos ya están consolidados, rara vez se *crea* algo nuevo, pero cuando se hace, en la mayoría de las veces es en el ámbito del Derecho mercantil, como, por ejemplo, en los contratos bancarios. Sin embargo también se observa que florecen nuevos términos jurídicos para designar viejas instituciones, aunque a veces con nuevos matices. Nuestro objetivo es, pues, identificar si lo que se ha difundido como «separación» de los administradores se constituye en una nueva institución jurídica, o, por el contrario, se trata de una nueva nomenclatura para una institución ya consolidada. Por otro lado, el problema de orden pragmático se relaciona con los efectos prácticos de la separación, que, por cierto, dependen de la solución semántica de la cuestión.

Con el objetivo de clarificar estos problemas, e inspirándonos en el pensamiento inicial de Tulio ASCARELLI, nos hemos propuesto reexaminar algunos conceptos fundamentales del Derecho mercantil —algunos casi indiscutibles en la actualidad,

como la personalidad jurídica y el carácter institucional y orgánico de las sociedades de capital, otros no tan asentados, como la naturaleza jurídica y la regulación de la relación de los administradores sociales con las compañías administradas, o la calificación jurídica y los efectos de la separación de estos administradores—. Todo ello es premisa imprescindible para la construcción de una sólida teoría de la revocabilidad de los administradores sociales. En ese sentido, el análisis realizado no constituye mera retórica académica, pues se ha verificado que algunos de esos conceptos parten de premisas que no se sostienen en la actualidad, lo que implica un cambio estructural en el enfoque dado al régimen de la administración social.

Las tres grandes líneas de investigación se relacionan, en primer lugar, con el establecimiento de la configuración dogmática de los administradores sociales, seguido de la naturaleza del vínculo que establecen con la sociedad administrada (capítulos primero, segundo y tercero). Ello se justifica a partir del hecho de que en la actualidad todavía no se tiene bien definida la relación que vincula administrador y sociedad, en principio no tipificada en el ordenamiento jurídico, quedando muchas contradicciones con respecto a la regulación de ese vínculo, lo que afecta directamente al régimen de separación de los administradores. La segunda línea de investigación se centra en el análisis de las modalidades de separación propiamente dichas y en toda la problemática relacionada con ello (capítulos cuarto y quinto). Por último, en la tercera línea destacamos los aspectos relacionados con la aplicación práctica de la separación, donde desarrollamos las particularidades en el ejercicio de la facultad de separación y sus efectos (capítulos sexto y séptimo). Con esta labor queremos verificar los presupuestos, el alcance y los límites de la sociedad para cesar al administrador de su cargo, esto es, los límites de la junta general para ello.

No está de más insistir en el hecho de que la separación de los administradores en las sociedades de capital, y especialmente la separación *ad nutum*, es una cuestión que, pese a su capital importancia práctica no siempre ha recibido suficiente atención por parte de la doctrina y del legislador —excepto en lo que se refiere a los contratos blindados, sobre los que mucho se debatió a principios de la última década y que ahora vuelven a cobrar atención por los motivos anteriormente mencionados—, siendo escasos los estudios específicos sobre ese tema, lo que deja muchos cabos sueltos en la *praxis*. Es en ese sentido que en la presente tesis nos proponemos a tratar de manera integral sobre “*La separación de los administradores en las sociedades de capital*”.

#### **IV. Estructura de la tesis**

La tesis cuenta con siete capítulos, divididos en dos partes, donde se analiza, en la primera parte, la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a los administradores sociales, y, en la segunda, las modalidades, ejercicio y efectos de la separación. La primera parte de la tesis es premisa fundamental para la segunda, en la que afrontamos el tema específico de la separación de los administradores. Esa primera parte se justifica por el hecho de que pese a la relativa antigüedad del Derecho de sociedades —que cuenta con al menos doscientos años— los ordenamientos jurídicos han tenido siempre dificultad en explicar la posición jurídica de los gestores, y ello es fundamental para tratar sobre su separación.

La primera parte, en la que se busca establecer la naturaleza y régimen jurídico de los administradores, empieza, en su capítulo primero, revisando los fundamentos de la posición jurídica de los administradores sociales. En este capítulo se pretende ubicar la figura del administrador social en el ámbito de la sociedad capitalista entendida como organismo, lo que implica relacionar la administración social con los diferentes intereses presentes en una compañía mercantil. En el capítulo segundo, proponemos una reinterpretación de la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad a partir del planteamiento orgánico, lo que nos llevará a revisar las posturas tradicionales adoptadas al respecto, logrando desvelar la relación contractual existente y sus especialidades. Este análisis también contempla la figura de los consejeros delegados. Ello nos permitirá, en el capítulo tercero, analizar el poder de la junta general sobre el inicio y el fin del cargo del administrador, priorizando en ese momento el análisis de la formación de la relación desde su ámbito orgánico y contractual, y la temporalidad de esa relación.

La segunda parte, a la que dedicamos cuatro capítulos, trata las modalidades de separación de los administradores, su ejercicio y los efectos que se despliegan. De ese modo, el capítulo cuarto aborda lo que denominamos como supuestos de separación causal o por causas objetivas, en los que se insertan todos aquellos supuestos en los que la separación se lleva a cabo con un fundamento que respalda la voluntad de la junta general. En ese capítulo se encuentran cuatro grandes bloques que incluyen la separación por incumplimiento de los requisitos para ser administrador, la separación por infracción de deberes y prohibiciones, la separación relacionada con la acción social

de responsabilidad y la separación sin intervención de la junta general. En el quinto capítulo abordamos la separación no causal o por la mera voluntad de la junta general, donde cuestionamos el planteamiento tradicional de la separación *ad nutum* como una libre revocabilidad y buscamos dilucidar su naturaleza jurídica a partir de las figuras existentes en el ordenamiento jurídico idóneas para extinguir los ámbitos orgánico y contractual de la relación. A continuación examinamos las posibles limitaciones a la facultad de separación *ad nutum* y terminamos tratando la renuncia del administrador.

En el capítulo sexto analizamos las especialidades en el acuerdo de separación por la junta general en cada una de las modalidades tratadas en los capítulos antecedentes. Ello nos permite delinear la formación y la perfección del acuerdo de separación por la asamblea así como el momento en que se produce la separación y las consecuencias de la inscripción registral. También dedicamos especial atención a la posición jurídica del administrador frente al acuerdo de separación, analizando la posibilidad de impugnación de este acuerdo y la posible reincorporación al órgano de administración. En el capítulo séptimo tratamos de establecer los efectos de la separación, identificando sus consecuencias tanto desde el planteamiento orgánico como del contractual de la relación administrador-sociedad. En ese capítulo dedicamos especial atención a la indemnización por la terminación anticipada del encargo, así como sobre los pactos de indemnización, incluidos aquellos previstos en los contratos de delegación de facultades.

## **V. Precisiones metodológicas**

La sistemática de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 ha sido unificar la regulación de los tipos sociales, haciendo mención a las especificidades de cada tipo sólo cuando la regulación se aparta de la regla general. Hemos seguido ese mismo esquema en la elaboración del presente trabajo. Partiendo de la sociedad anónima cerrada como parangón, hacemos mención a la sociedad cotizada y a la sociedad de responsabilidad limitada cuando haya alguna especialidad en su régimen jurídico o en su configuración que merezca un examen por separado —y sólo muy puntualmente a las sociedades comanditarias por acciones—.

### A) El carácter científico de la tesis

En el pasado, todas las ciencias constituían un único campo del saber, era la filosofía que buscaba y concedía las respuestas a todos los problemas. No obstante, la cultura contemporánea viene asociando el término *ciencia* a las ciencias experimentales, quedando las ciencias sociales desgraciadamente al margen de esa concepción. En el ámbito del estudio del Derecho, el cambio de la denominación de la carrera de *Ciencias Sociales y Jurídicas* para *Derecho* solamente viene a contribuir con esa equivocada noción eminentemente práctica de la ciencia jurídica<sup>2</sup>. Pero la causa de esa noción errónea del Derecho va mucho más allá de un mero cambio de nomenclatura. El deterioro de las condiciones de la actividad investigadora, la difusión de índices de calidad con cuestionables criterios y dudosos indicadores de calidad de la investigación, la proliferación de academias y centros de estudio que transforman la ciencia en mera técnica direccionada a la aprobación de exámenes u oposiciones son solo algunos de los factores que contribuyen a ello.

Sin embargo, el Derecho se constituye como una verdadera ciencia jurídica, y no mera tecnología legal. El pretor romano, al ejercer la potestad de *ius dicere* —o decir el derecho— no se limitaba a reproducir el precepto legal, sino en aplicarlo al caso concreto, creando el Derecho. En ese sentido, la ciencia, que deriva del latín *scientia*, y viene traducida como conocimiento, es el conjunto de conocimientos que ofrece, o por lo menos busca, respuesta a algo y que es capaz de probar la validez de sus afirmaciones por sí mismo, es decir, que incluye en sí mismo la garantía de su validez. En la actualidad, no obstante, debido a los factores mencionados, entre otros, mucho más interés despierta el pragmatismo, que ha sido distorsionado al punto de convertirse, en ocasiones, en mera reproducción de los enunciados de la ciencia. Las bases científicas de estos enunciados, sin embargo, no son tenidas en consideración. En ese contexto, la ciencia se reinventa, pero no debe abandonar sus presupuestos fundamentales, sino, más bien, otorgar respuestas con bases sólidas —o, si se quiere, científicas— a los problemas prácticos.

---

<sup>2</sup> En efecto, hay quien cuestiona incluso el real origen del *derecho* en el *ius* —o la *iurisprudencia*— de los romanos. GALGANO, F., *Il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milán, 1991, pág. 3 y sigs.

## B) La hipótesis falsadora

En las ciencias experimentales la verificabilidad empírica tiene gran importancia en la medida en que se constituye en la garantía de validez de las teorías propuestas. En las ciencias jurídicas, por el contrario, la verificabilidad empírica no se puede emplear de la misma manera. Pero ello no debe dar lugar a una ciencia de opinión —mero comentario y observación personal de los preceptos legales—. Albert EINSTEIN ya afirmaba que «No se puede fabricar la teoría a partir de resultados de observación, sino sólo inventarla<sup>3</sup>».

Como alternativa a la verificabilidad empírica, el «falsacionismo» de Karl POPPER apunta a un mejor resultado para el desarrollo de la ciencia jurídica. En ese sentido, en el desarrollo del presente trabajo de investigación será fundamental verificar la existencia de una *hipótesis falsadora* de todas las teorías de la revocabilidad de los administradores —ya existentes y que vengamos a proponer—. En el caso en el que se logre encontrar tal hipótesis, la teoría caerá por tierra<sup>4</sup>, caso contrario, será preciso seguir buscando una alternativa, pues como observa Thomas KUHN, una teoría científica solo es considerada inválida cuando existe una alternativa viable para sustituirla<sup>5</sup>. En ese sentido pese a los problemas teóricos y prácticos relacionados con la separación de los administradores sociales, a falta de una alternativa viable todavía se sigue un planteamiento muy similar al de las primeras sociedades mercantiles. De ese modo lo que buscamos aquí es una alternativa sólida resistente a la falsación<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Carta de EINSTEIN a POPPER, publicada en POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 427.

<sup>4</sup> En ese sentido, POPPER expresa que «lo que caracteriza al método empírico es su manera de exponer a falsación el sistema que ha de contrastarse: justamente de todos los modos imaginables. Su meta no es salvarles la vida a los sistemas insostenibles, sino, por el contrario, elegir el que comparativamente sea más apto, sometiendo a todos a la más áspera lucha por la supervivencia». POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pág. 41.

<sup>5</sup> Cfr. KUHN, T. S., *A estrutura das revoluções científicas*, 5 ed., Perspectiva, São Paulo, 1998, pág. 108.

<sup>6</sup> «Tenemos que distinguir claramente entre falsabilidad y falsación. Hemos introducido la primera exclusivamente como criterio del carácter empírico de un sistema de enunciados; en cuanto a la falsación, es preciso incorporar reglas especiales que determinen en qué condiciones debemos considerar falsado un sistema. Únicamente decimos que una teoría está falsada si hemos aceptado enunciados básicos que la contradigan. Esta condición es necesaria, pero no suficiente, pues hemos visto que los acontecimientos aislados no reproducibles carecen de significación para la ciencia: así, difícilmente nos inducirán a desechar una teoría —por falsada—, unos pocos enunciados básicos esporádicos; pero la daremos por tal si descubrimos un *efecto reproducible* que la refute; dicho de otro modo: aceptamos la falsación solamente si se propone y corrobora una hipótesis empírica de bajo nivel que describa semejante efecto, y



### **C) La coherencia como fundamento**

Pese a que como regla general nos demos por satisfechos con resultados que sirvan a la práctica, se observa que «a menudo trabajamos con enunciados que, no obstante ser falsos en realidad, nos llevan a resultados apropiados para ciertos propósitos<sup>7</sup>». No obstante, tales resultados están viciados, y no son resistentes a una prueba de falsación. Para la construcción de una adecuada teoría de la separación de los administradores sociales es necesario que se desarrolle un sistema que parta de una base acertada, y que todos los enunciados que se extraigan de él estén en consonancia con ese enunciado principal. El rigor científico de una tesis exige la coherencia entre la premisa y la conclusión, y para ello resulta fundamental partir de la correcta naturaleza jurídica de los administradores sociales, para a continuación dilucidar la naturaleza jurídica de su separación y solo entonces poder llegar a los efectos que produce.

Para asegurar la científicidad de cada una de las teorías ya existentes y de las que propondremos, será necesario verificar (a) su consistencia interna —o ausencia de contradicciones—, (b) su potencial falsación y (c) su capacidad para dar respuesta a los problemas concretos. En esa labor, será posible distinguir las afirmaciones que estén en coherencia con el sistema y que sean, por lo tanto, válidas, y las afirmaciones contradictorias, que sean, por lo tanto, inválidas y deban ser descartadas<sup>8</sup>. En definitiva, la coherencia será el fundamento para la construcción de una teoría de la separación de los administradores sociales.

### **D) La deconstrucción conceptual**

Para llevar a cabo esa labor científica, en la presente tesis cuestionamos desde los principios básicos del derecho privado —como es la aplicación del régimen general de obligaciones y contratos— hasta las construcciones más sofisticadas —como el contenido de los contratos de los consejeros delegados—, buscando con ello la

---

podemos denominar a este tipo de hipótesis una *hipótesis falsadora*». POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, op. cit., págs. 82-83.

<sup>7</sup> POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pág. 88.

<sup>8</sup> Como observa POPPER, «un sistema coherente divide el conjunto de todos los enunciados posibles en dos: los que le contradicen y los que son compatibles con él (entre estos últimos se encuentran las conclusiones que se pueden deducir del sistema). Es ésta la razón por la que la coherencia constituye el requisito más general que han de cumplir los sistemas, ya sean empíricos o no lo sean, para que puedan tener alguna utilidad». POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pág. 88.

deconstrucción conceptual de cada uno de esos enunciados<sup>9</sup>. En algunos casos también procederemos a la deconstrucción dogmática de determinados conceptos, con su posterior reconstrucción a partir de enunciados válidos y en coherencia con el sistema. Todo ello con el objetivo de delinear correctamente el sistema de separación de los administradores sociales, su procedimiento y efectos. En ese sentido, podemos hacer referencia, por ejemplo, a la tradicional deconstrucción de la teoría contractualista de la sociedad o del administrador como mandatario, ya realizada por la doctrina, o a la deconstrucción de la libre revocabilidad que pretendemos llevar a cabo.

En definitiva, ese procedimiento de deconstrucción y posterior reconstrucción viene en consonancia con el pensamiento de Tulio ASCARELLI que recordábamos al principio de esta tesis, de que *es necesario reexaminar los conceptos fundamentales*, pues «En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones».

### **E) El sincretismo metodológico**

En el ámbito de la ciencia jurídica son ampliamente conocidos el método de la exegesis de GENY<sup>10</sup>, el método histórico de SAVIGNY<sup>11</sup>, la jurisprudencia de conceptos<sup>12</sup>, la jurisprudencia de intereses<sup>13</sup>, la jurisprudencia de valores<sup>14</sup>, e incluso la tópica de

---

<sup>9</sup> Vid. HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, Trotta, Madrid, 2006, *passim*; DERRIDA, J., *De la gramatología*, 4 ed., Siglo Veintiuno, México, 1986, *passim*.

<sup>10</sup> Vid. FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho. Volumen 3. Siglos XIX y XX*, 5 ed., Pirámide, Madrid, 1988, pág. 24 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del Derecho. Volumen I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo*, 2 ed., Madrid, 1971, pág. 78 y sigs.

<sup>11</sup> Vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 31 y sigs.; FASSÒ, G., *Historia... Vol. 3*, op. cit., pág. 49 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología... Vol. I*, op. cit., pág. 89 y sigs.

<sup>12</sup> Teniendo como exponente a PUCHTA y a IHERING que luego la rechazó. Vid. LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pág. 39 y sigs.; FASSÒ, G., *Historia... Vol. 3*, op. cit., pág. 154 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 2 ed., Ariel, Barcelona, 1987, pág. 248 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología... Vol. I*, op. cit., pág. 131 y sigs.

<sup>13</sup> Representada por HECK. Vid. LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pág. 70 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, op. cit., pág. 287 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología... Vol. I*, op. cit., pág. 297 y sigs.

<sup>14</sup> Iniciada por SCHELER y HARTMANN. Vid. WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Comares, Granada, 2000, pág. 549; desarrollada más recientemente por LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pág. 177 y sigs.; CANARIS, C.-W., *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 150 y sigs.; ALEXI, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 81 y sigs.

VIEHWEG<sup>15</sup> y la argumentación jurídico-racional de KRIELE<sup>16</sup>. Asimismo, cabe señalar el sistema de la *Law and Economics*, muchas veces planteado como el «Análisis económico del Derecho» —aunque bajo esa perspectiva prepondere el aspecto económico— y el *Empirical Legal Studies*, que busca aplicar elementos de las ciencias empíricas al estudio del Derecho<sup>17</sup>. Evidentemente todo ello es tenido en consideración en nuestra labor investigadora y carece de sentido desarrollar aquí un análisis de cada uno de estos planteamientos.

Una vez adoptado el «falsificacionismo» de POPPER, la necesidad de coherencia en el sistema y la deconstrucción conceptual, se verifica oportuna la aportación de FEYERABEND, en su “*Tratado contra el método*”, en el cual no defiende la ausencia de reglas científicas, sino la utilización de los métodos más oportunos para la realización de los objetivos planteados, sin seguir un método preestablecido<sup>18</sup>. En primer lugar, el autor defiende el principio de que «todo sirve», en el sentido de que poner a prueba los enunciados tenidos como verdaderos —a partir de los más obvios cuestionamientos y por medio de diferentes metodologías— no perjudica el progreso de la investigación<sup>19</sup>, de modo que aunque ello no conduzca directamente a la solución pretendida, tampoco será obstáculo a ella. Pero más importante, el autor también defiende el recurso a hipótesis que contradigan las teorías confirmadas<sup>20</sup>, lo que se puede incardinar en la

---

<sup>15</sup> Vid. LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pág. 151 y sigs.; DíEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, op. cit., pág. 260 y sigs.

<sup>16</sup> Vid. LARENZ, K., *Metodología...*, op. cit., pág. 157 y sigs.

<sup>17</sup> Vid. FIGÀ-TALAMANCA, G., *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin-Nuova Libreria, Padua, 2009, *passim*. Sin embargo, hemos tenido especial cautela con ese sistema, que parece relacionarse más con la elaboración de la política judicial que con el desarrollo de la ciencia jurídica. En ese sentido, como observa PERRONE, «Lo studio empirico del diritto privilegia l’osservazione dei fatti rispetto all’argomentazione logico-sistematica o funzionale». PERRONE, A. «Empirical legal studies. Un esempio italiano», en el Seminario organizado por el *Dipartimento di Scienze giuridiche. Curriculum di Diritto commerciale del dottorato di ricerca in Diritto dell’economia e dell’impresa*, en la Università degli Studi di Roma «La Sapienza», en 13 de febrero de 2013.

<sup>18</sup> Cfr. FEYERABEND, P. K., *Tratado contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, 3 ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 17, en la que expresa que su «intención no es sustituir un conjunto de reglas generales por otro conjunto: por el contrario, mi intención es convencer al lector de que *todas las metodologías, incluidas las más obvias, tienen sus límites*».

<sup>19</sup> Cfr. FEYERABEND, P. K., *Tratado contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, op. cit., pág. 7 y sigs.

<sup>20</sup> Cfr. FEYERABEND, P. K., *Tratado contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, op. cit., pág. 13 y sigs. Asimismo, dentro de la metodología pluralista que propone, el autor defiende que en lugar de eliminar llanamente las teorías débiles, el investigador debe buscar mejorar estas teorías, y solo si no es posible validarlas, eliminarlas. Vid., en la misma obra, pág. 31.

utilización de la hipótesis falsadora ya analizada. En ese sentido, podemos afirmar que el método más adecuado será el que conceda respuestas al problema teórico planteado en cada momento, pero sobre todo el que permita una solución direccionada a la práctica. Nuestra perspectiva, por tanto, es la del sincretismo metodológico. En algunas ocasiones, cuando sea posible la aplicación de más de un método que nos lleve a soluciones distintas, nos parece importante matizar qué consecuencias conllevarán la elección de una u otra solución, en lo que se puede enmarcar en la teoría de juegos<sup>21</sup>. Con ello queremos poner de relieve las partes beneficiadas y perjudicadas en cada caso, para que se pueda posicionar en uno u otro sentido teniendo claras las consecuencias de cada opción.

---

<sup>21</sup> Sobre la teoría de juegos aplicada al Derecho, vid. COOTER, R.; ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, pág. 54 y sigs.