

Los administradores de las sociedades capitalistas

SUMARIO: A) INTRODUCCIÓN.—B) DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES Y ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: 1. EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—C) NOMBRAMIENTO.—D) CAPACIDAD.—E) PROHIBICIONES.—F) DEBERES.—G) SEPARACIÓN: 1.º DURACIÓN DEL CARGO. 2.º REVOCABILIDAD O SEPARACIÓN.—H) RETRIBUCIÓN.—I) RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—J) EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—K) EL CONSEJERO-DELEGADO.—L) EL GERENTE.—M) FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: 1. ETAPA ANTERIOR A LA DIRECTIVA DE LA CEE: 1.1. *Objeto social y capacidad de la sociedad y sus administradores*. 1.2. *Limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil*. 2. LA NOVENA DIRECTIVA DE LA CEE. 3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A PARTIR DE LA LEY DE 1989 SOBRE REFORMA Y ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN A LA COMUNITARIA Y SU POSIBLE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA. 4. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—N) CONCLUSIONES.

A) INTRODUCCIÓN

Para poder entender qué papel desempeñan los administradores en las sociedades capitalistas, hay que considerar la postura del legislador respecto a los órganos de estas sociedades; para lo que hay que empezar diciendo que, tanto la SA como la SL, igual que toda persona moral o jurídica, necesitan valerse de personas físicas, integradas en los que la técnica jurídica conoce como «órganos», para poder crear, exteriorizar y ejecutar «su voluntad» y relacionarse en el tráfico con otros sujetos.

Pues bien, el modelo legal a que responden las respectivas leyes reguladoras de estas sociedades es el de que se opta por el principio de *organicismo de terceros*, esto es, se prevé la existencia de una dualidad de órganos, lo que no pocas veces queda desdibujado en las sociedades personalistas, en las

que son los mismos socios los que tanto deliberan y deciden sobre los temas o acuerdos que interesan a la sociedad como la representan frente a terceros.

Efectivamente, todas las legislaciones prevén la existencia de un órgano separado para la gestión y representación de la sociedad como órgano necesario y permanente. Siendo precisamente uno de los rasgos característicos de estas sociedades capitalistas, y que la distingue de las sociedades personalistas, la separación entre la propiedad de la empresa o titularidad del capital y la dirección de la misma. El socio de la sociedad capitalista, en cuanto tal socio, no está llamado a la administración de la sociedad, a la gestión de la empresa de que es titular la sociedad. Ni siquiera la Junta General, como luego veremos.

Esta separación y consiguiente dualidad de órganos está perfectamente marcada en las SSAA y SSLL, lo que hace necesario distinguir entre:

- El *órgano deliberante*, que es aquél en que se forma la voluntad interna de la sociedad y al que están llamados todos los socios.
- Y el *órgano de gestión y representación externa*, que es el encargado de la gestión de los asuntos sociales y de la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros.

Junto a estos órganos, se suele hablar también de unos órganos de fiscalización, fundamentalmente contable, que ahora son los *auditores de cuentas*, pero que siendo profesionales independientes, propiamente no están integrados dentro de la estructura orgánica de la sociedad. Por último, puede hablarse de los *liquidadores*, que son las personas encargadas de la liquidación, en su caso, de la sociedad, aunque, de momento, sólo nos interesan los dos primeros.

Lo que sí es necesario destacar, antes de seguir adelante, es que ambos órganos son necesarios para que no se produzca una paralización de la vida de la sociedad, sin que la falta de uno pueda suplirse por el otro, como se deduce de reiterada doctrina de la DGRyN, a partir de dos Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992, conforme a la cual, y en supuestos de renuncia a su cargo de los administradores, manifiesta que «*sin prejuzgar la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y han aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello... no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia a que están sujetos en el ejercicio de ese cargo, obliga a los renunciantes, cuando su decisión pueda traducirse en la vacancia total o en la inoperancia del órgano de administración, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación... lo que impone subordinar la inscripción de tales renunciaciones hasta que haya podido celebrarse Junta General —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda resolverse la situación*

planteada, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial de la que ellos habrían de responder».

La delimitación de funciones de ambos órganos viene señalada en las Leyes de SA y de SL, fundamentalmente, al indicar la *competencia de la Junta General*.

1. *La Ley de Sociedades Anónimas* no señala qué materias son competencia de la Junta General, existiendo algunas zonas neutras o dudosas, como apunta GARRIDO DE PALMA. De todos modos, suele indicarse como contenido mínimo de la competencia de la Junta General de la SA:

- Censurar la gestión social, aprobar las cuentas anuales y resolver sobre la distribución de beneficios.
- Aprobar las modificaciones de los estatutos.
- Acordar los aumentos y reducciones de capital.
- Nombrar y separar a los administradores y exigirles responsabilidad. En este punto, destacamos que es la única materia que puede tratarse en Junta aun sin constar en el orden del día de la convocatoria (art. 134 LSA).
- Nombrar y separar a los Auditores de cuentas.
- Acordar la emisión de obligaciones.
- Acordar la transformación, fusión, escisión y disolución de la sociedad.
- Etc.

La Junta General, por tanto, según reiterada jurisprudencia tanto del TS como de la DGR, no puede ni accidentalmente desempeñar funciones representativas.

Por ejemplo, la resolución de la DG, de 26 de febrero de 1991, indica que la ley atribuye al órgano de administración la gestión y representación de la sociedad en juicio y fuera de él y, por tanto, ha de ser este órgano quien, en ejecución del acuerdo de la Junta —que por sí carece de facultades representativas— comparezca ante el Notario y otorgue la correspondiente escritura de poder o de revocación. De aquí se deduce que no puede otorgar ni revocar poderes.

La Resolución de 26 de noviembre de 2003 insiste en la misma idea, al no permitir inscribir una escritura de compraventa en la que la sociedad compra representada por su consejero-delegado y a la que se incorpora una certificación relativa a un acuerdo de su Junta Universal, por el que se le faculta expresamente a aquél para la compra de la finca en cuestión, y ello porque dicho consejero-delegado carece de facultades para el acto en que interviene, por pertenecer dichas facultades al Consejo de Administración y no a la Junta General de la sociedad adquirente.

También, por análogos motivos, cuando la Junta lleva a cabo la reelección de consejeros, conforme al artículo 146 del RRM, éstos continuarán en el desempeño de los cargos que tenían de Presidente, Vicepresidente, Secretario o Vicesecretario, salvo disposición contraria de los estatutos; pero esta norma no se aplica a los consejeros-delegados ni a los miembros de las comisiones ejecutivas, lo que quiere decir que, si alguno lo era antes, será necesaria nueva delegación a su favor por parte del Consejo de Administración.

2. *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* sí contiene una enumeración de las facultades que competen a la Junta General en su artículo 44-1, a saber:

- La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.
- La modificación de los estatutos sociales.
- El aumento y la reducción del capital.
- La transformación, fusión y escisión de la sociedad.
- La disolución de la sociedad.

En este mismo artículo 44-1, bajo la letra *h*, incluye una norma de cierre, en virtud de la que se considera también competencia de la Junta General:

«Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

Por si no fuera bastante con esta norma y, en base a una enmienda presentada por el *Grupo Socialista*, se añade un *apartado 2 al artículo 44* con el siguiente texto:

«2. Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63».

Como justificación de la propuesta, señala el Grupo enmendante que se considera conveniente que, sin perjuicio de lo previsto en la letra «*h*» de este mismo artículo, se prevea expresamente la facultad de intervención de la Junta General en asuntos de gestión.

La alusión que en este último párrafo se hace al artículo 63 de la Ley, deja a salvo las facultades representativas del órgano de administración que, respecto a terceros, no pueden verse afectadas por decisiones de la Junta, por lo que dichas instrucciones o autorizaciones se desenvolverán, por tanto, en el orden interno, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigir la sociedad a los administradores que las desatiendan. Por tanto se deja a salvo el ámbito representativo del órgano de administración, de lo que luego nos ocuparemos al analizar su contenido.

Y es que la Junta General, según reiterada jurisprudencia, tanto del TS como de la DGRyN, no puede ni accidentalmente desempeñar funciones representativas. Ya hemos citado antes la Resolución de la DG, de 26 de febrero de 1991, y el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil.

De todos modos, la flexibilidad que se pone de manifiesto en esta norma que estamos comentando, como en otras de la misma Ley, permite acentuar el grado de personalización de la SL, por ejemplo, cuando dicha sociedad está integrada por un grupo de personas unidas por vínculos familiares o profesionales, ya que esta flexibilidad permite adecuar una empresa familiar o profesional a la normativa y estructura orgánica de una SL de modo mucho más fácil que sería el adecuarla a la normativa de una SA. La misma EM de la nueva Ley pone de manifiesto este hecho, al señalar que *«el rigor del régimen jurídico de la SA, con reducido espacio para la autonomía de la voluntad en la conformación de su funcionamiento interno, unido al coste de la estructura, son factores que deben orientar a la elección de la forma en favor de la SRL»*.

Entre los comentarios que se han hecho a la norma que estamos comentando, podemos citar los de IGLESIAS PRADA, uno de los redactores del borrador de anteproyecto, y los de ESTEBAN VELASCO.

El primero de los citados, después de negar que por ese camino puedan concederse a la Junta facultades *representativas* o competencias pertenecientes al ámbito de la *gestión ordinaria*, señala que no parece inconveniente que *en el ámbito interno* la competencia del órgano de administración pueda quedar sometida a determinadas restricciones, para lo que apunta como condiciones:

- No quedar desnaturalizado el equilibrio competencial, por implicar la reserva intervención de la Junta en decisiones administrativas.
- Dejar a salvo la protección de los terceros por la vía de la rígida e ilimitable atribución del poder de representación al órgano de administración. Y
- Quedar asegurada la eventual exigencia de responsabilidad a los administradores en los términos del artículo 133.3 LSA, esto es, que no exonerare de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

No es otra la postura de ESTEBAN VELASCO que, después de poner de manifiesto lo difícil que es resolver la cuestión del margen de autonomía de los estatutos para ampliar la competencia de la JG, con limitación de las facultades de los administradores en relación con los asuntos de gestión, señala que los poderes de intervención solamente podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia, como los relativos a la *estructura u organización financiera de la empresa* o a los que pertenezcan a la llamada *administración extraordinaria*, y ello, entre otras razones, porque ni la estructura ni la forma de funcionar la JG son las más adecuadas para desempeñar una gestión asidua.

Esta idea también subyace en la Resolución de la DGRN, de 31 de octubre de 1989, al declarar que «la función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible por su propia naturaleza con las especiales características de un órgano colegiado como es la JG».

Como este argumento puede ser débil en las pequeñas sociedades limitadas, en las que suelen coincidir los miembros de la JG y los del órgano de administración, apunta también ESTEBAN VELASCO un argumento de más relieve, como justificación de la atribución de un ámbito autónomo irreducible en torno a la gestión ordinaria, y es el de la *necesidad de una instancia* que, con independencia de la composición y de los posibles cambios de los partícipes en el capital, pueda ser *identificada como garante y responsable*: a) No sólo del cumplimiento de los *heterogéneos deberes* que son impuestos en atención a los intereses de socios, acreedores y terceros en general. b) Sino también de las exigencias de una *correcta y ordenada gestión*, que no podría garantizarse sin un mínimo de competencia en torno a la gestión ordinaria.

En conclusión: aunque los estatutos podrán ampliar la competencia gestora de la JG, contemplando distintas modalidades de intervención, estableciendo de esta forma «*modelos participativos o de control*» en mayor o menor grado, en todo caso se trataría de *limitaciones de gestión de carácter interno*, ya que han de dejar a salvo lo dispuesto:

- Sobre el *poder de representación* y
- Sobre la *responsabilidad de los administradores* del artículo 133.3 LSA.

De todos modos, aunque no de una forma directa, siempre hay que reconocer que la JG tiene una *influencia indirecta* en la gestión de la sociedad, lo que se pone de manifiesto a través de determinados hechos que en exclusiva competen a la JG, tales como:

- El nombramiento y revocación de los administradores.
- El control de situaciones que suponen un potencial conflicto de intereses entre administradores y sociedad, como el establecimiento de

relaciones laborales o la dispensa de actividades por parte de los administradores que puedan relacionarse con el objeto social.

- La censura de la gestión social, mediante la aprobación o no de las cuentas presentadas por los administradores y del reparto de los beneficios.

Desde mi punto de vista, como hice al referirme a la SL familiar en Conferencia en la Universidad de Verano de Santander, quiero manifestar mi acuerdo con la posibilidad de atribuir determinadas facultades de control del órgano de administración a la Junta General de una SL, sobre todo si la misma se mueve en el campo familiar, que es el modelo que allí estaba contemplando. Sin embargo, como también apuntan los autores cuyas opiniones estamos glosando, estas competencias que, en cierto modo, pueden limitar las facultades del órgano de administración de la sociedad, sólo pueden desenvolverse plenamente en la *esfera interna*, dado el contenido del artículo 63 LSL.

Otra cosa será la de si dichas limitaciones pueden o no acceder al Registro Mercantil, tema sobre el que la DGR ha tenido ocasión de manifestarse en varias Resoluciones.

La postura del Centro Directivo ha sido la de que como se impone la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en la regulación estatutaria como *requisito previo a su inscripción*, y esta labor corresponde a los propios constituyentes, será posible rechazar la inscripción de las estipulaciones debatidas «*en tanto en ellas no se precise debidamente su alcance meramente interno*».

Con estos razonamientos parece rechazar el Centro Directivo la posibilidad de que puedan inscribirse dichas cláusulas con la advertencia por parte del Registrador en la nota de despacho y en el acta de inscripción de que tales limitaciones a las facultades solidarias tienen un alcance meramente interno. Más adelante nos ocupamos de esta postura de la DGRyN.

Expuestas estas líneas generales sobre los órganos de las sociedades capitalistas, pasamos a tratar del órgano de administración, que es el tema concreto al que queremos referirnos.

B) DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES Y ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

1. EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Un primer requisito que encontramos en esta Ley es el de la necesidad de hacer constar en la escritura constitutiva:

- «Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueren personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio...» (art. 8-f).
- Y, a continuación, el artículo 9-h) de la misma Ley exige que en los estatutos de la SA se haga constar:

«La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren».

La exigencia del artículo 8-f) constituye novedad, respecto a la Ley del año 1951, como luego veremos al tratar de la SL.

La estructura del órgano de administración no viene impuesta imperativamente por la Ley, que solamente impone la necesidad de optar estatutariamente por una de las formas permitidas, de donde se deduce el primordial papel regulador que desempeñan o pueden desempeñar los estatutos en relación con la configuración de la administración de la sociedad.

Dicha opción ha de desenvolverse en el marco de las posibilidades previstas en el Reglamento en que delega la Ley, dada la remisión expresa que se hace al mismo en el citado artículo 9-h) de la LSA.

Esta regulación reglamentaria es bastante detallista y se contiene, en la parte que ahora nos interesa, en el número 1 del artículo 124, conforme al cual:

«En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

- a) A un administrador único.*
- b) A varios administradores que actúen solidariamente.*
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.*
- d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros».*

Los párrafos siguientes de este artículo 124 se refieren a la regulación de la representación de los administradores, según los distintos supuestos, de lo que luego nos ocupamos.

La posibilidad de que los estatutos fijasen varias estructuras alternativas de órgano de administración para que elija la Junta General, sin previa mo-

dificación estatutaria, ha sido rechazada por la DGRN, que viene exigiendo una precisa determinación del órgano de administración —«de modo inequívoco la modalidad adoptada de órgano de administración»—, a partir de la Resolución de 27 de febrero de 1991, confirmada por otras posteriores.

2. EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- En orden a la designación de la *persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación* de la sociedad, se ha producido un acercamiento en las normas de la SA y SRL:
 - Antes de la reforma era opinión unánime que en la SL tenía que constar en la misma escritura de constitución la designación de las personas encargadas de la administración y representación de la sociedad, por venir exigido en el artículo 7-8 de la Ley de 1953, como actualmente en el artículo 12-f) de la vigente.
 - Por el contrario, en la LSA no sólo no existía esta exigencia, sino que los nombramientos efectuados en la escritura de constitución podemos decir que eran «tolerados», en cuanto quedaban sometidos a la posterior *ratificación* por la primera Junta General a celebrar. En tal sentido, el artículo 15 de la Ley de 1951.

Así lo señaló claramente la DGR en su Resolución de 2 de junio de 1986, al decir que, en la creación de una SRL es forzoso designar en el mismo acto constitutivo —a diferencia de las Sociedades Anónimas— la persona o personas que han de ejercer el cargo de administrador (art. 7-8 LSRL, sin que baste el limitarse a determinar el órgano).

Esta diferencia ha desaparecido en la actualidad, al exigir también el artículo 8-f) de la nueva LSA la indicación de «*la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad*». De este modo se han unificado ambas leyes.

- En cuanto a *estructura del órgano de administración*, aquí si nos encontramos con diferencias, ya que el artículo 12-e) exige conste en la escritura:

«La determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean diversas alternativas».

Y en el artículo siguiente, entre los datos a contenerse en los estatutos se encuentra, en la letra f):

«El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, en los términos establecidos en esta Ley».

Lo primero a destacar en este punto es el cambio que se produce en cuanto al sistema de organización. En efecto, mientras por la *remisión* del artículo 11 LSRL de 1953 se aplicaba el sistema unitario o monista de la LSA, esto es, sólo se permite un órgano de administración, y su cambio exige modificación estatutaria, en la nueva ley, por el contrario, se habla de: modo inicial y de modo o modos. Destacando en el artículo 13-f) el hecho de que ya no se habla en singular como en la LSA, sino en plural —modo o modos—.

Esta postura, como veremos enseguida, se confirma también en el artículo 57-2, que regula los posibles *modos de organizar la administración*, de que pasamos a ocuparnos. Este artículo dispone al efecto:

- «1. *La administración de la sociedad se podrá confiar:*
- *a un administrador único,*
 - *a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o*
 - *a un Consejo de Administración».*

Luego nos ocupamos del Consejo de Administración.

«2. *Los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria».*

«3. *Todo acuerdo de modificación del modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil».*

Otra diferencia que se apunta con la SA es que, al referirse a la pluralidad de administradores, habla de varios que actúen solidaria o conjuntamente, lo que parece permitir más de dos administradores mancomunados, mientras en la SA hemos visto que sólo se permiten dos. CABELLO DE LOS COBOS, frente a esta duda que plantea la LSL, estima, de todos modos, que, aunque no sea muy clara la norma, sería normal entender que pasando de dos administradores mancomunados, es necesaria la fórmula del Consejo de Administración, como en la SA.

C) NOMBRAMIENTO

Así como la estructura del órgano de administración en principio viene determinada, en los términos ya vistos, en los estatutos, no así el nombra-

miento de las personas concretas que van a ejercer el cargo, el cual se lleva a cabo:

- Bien *en el momento constitutivo* por acuerdo de todos los fundadores en la fundación simultánea o por la Junta constituyente en la fundación sucesiva, siendo precisamente ésta, como hemos visto, una de las menciones de la escritura de constitución de la SA [art. 8-f) de la Ley], o en la escritura constitutiva de la SL [art. 12-f)].
- Bien durante la vida de la sociedad *por la propia Junta General* por el acuerdo de la mayoría, de acuerdo con el artículo 123 de la LSA, que dispone:

«El nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la Junta General, la cual podrá, además, en defecto de disposiciones estatutarias, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación».

Y en la SL, de acuerdo con los artículos 44-b), que señala como competencia de la Junta *«el nombramiento y separación de los administradores»*, y del artículo 58-1, conforme al cual: *«La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde exclusivamente a la Junta General»*.

Con esta norma del artículo 58 se rechazan los mecanismos alternativos de nombramiento previstos en la LSA —representación proporcional y cooperación—.

Por su parte, el artículo 125 de la LSA dispone:

«El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas o su denominación social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su domicilio y nacionalidad y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente».

También el artículo 58-4 de la LSL establece que: *«El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación»*.

Como se apunta en estos artículos hay que destacar la *necesidad de aceptación* del cargo para que pueda ser inscrito el nombramiento en el Registro Mercantil. Lo que de modo claro se establece en el artículo 141 del RRM, al disponer que: *«no podrá inscribirse el nombramiento de los administradores en tanto no conste su aceptación»*.

De este precepto hay que destacar el hecho de no ser suficiente la simple designación de los administradores, ya que ha de ir acompañada de la *aceptación* de los nombrados para su acceso al Registro. Y esta aceptación no sólo condiciona la inscripción de los nombramientos de administradores, sino incluso la de la escritura de constitución de la sociedad, según opina RODRÍGUEZ ADRADOS, cuya opinión comparto. Esta exigencia, sin embargo, no impide la aceptación en documento separado.

La idea que informa esta norma es la de que las sociedades no deben quedar paralizadas por falta de órganos, según doctrina de las Directivas de la CEE, por ello se exige, de una parte, esa aceptación para inscribir los nombramientos y consiguientemente la constitución de la sociedad —si los mismos se hacen en la escritura constitutiva, y de otra parte, como han señalado las *Resoluciones de la DG, de 26 y 27 de mayo de 1992*, no puede inscribirse en el Registro Mercantil la renuncia a sus cargos de todos los miembros del Consejo de Administración o del administrador único, aunque la hayan notificado fehacientemente a la sociedad, si no han procedido a la convocatoria de Junta que designe a sus sucesores en el cargo.

Aparte esta novedad del artículo 141 del RRM, también consideramos necesario hacer una alusión al artículo 111 del mismo RRM, por los problemas que está planteando, ya que no siempre es fácil cumplir el requisito de la notificación fehaciente a la persona que sale de un cargo y en la que estaban reconocidas facultades certificantes.

Algo de claridad parece aportar la *sentencia del TS de 27 de enero de 1992*, que, refiriéndose a las notificaciones administrativas practicadas por correo, señala como requisito, cuando la entrega no se haga al mismo destinatario que se haga constar la condición del firmante, concretamente, *que conste el parentesco o la razón de permanencia del receptor en el domicilio del destinatario*, lo que permitirá presumir que el destinatario final llegará a recibir la documentación inicialmente entregada.

Y para los casos en que no sea posible o falle la pretendida notificación, por ejemplo, al devolverse el resguardo con firma ilegible sin indicar a quién se hizo la entrega, creo que puede acudir, para practicar la inscripción en el RM, cuando falle la certificación, a cualquiera otro de los medios previstos en el artículo 107 del RRM: acta, libro de actas, testimonio de una u otro y acta notarial, ya que, sin acudir a la certificación, puede conseguirse la elevación a público de los acuerdos sociales. Otra posibilidad, no prevista en el artículo citado, es la de que el acuerdo se haya adoptado directamente en la Notaría al comparecer los mismos socios, y se recoja en la misma escritura. En todos estos supuestos, al no ser necesario expedir certificación, estaría excusada la notificación del artículo 111.

Un tema interesante en relación a la eficacia del nombramiento de los administradores es el de la determinación del momento en que pueden ejercer

su cargo, ya que del citado artículo 125 de la Ley se deduce un doble requisito de aceptación del cargo e inscripción en el RM. En éste es posible distinguir según que la actuación del administrador vaya dirigida al mismo Registro Mercantil o al Registro de la Propiedad. En efecto, por exigencia del principio de tracto sucesivo formulado en el artículo 11 del RRM, y, concretamente, en su apartado 3.º, que dispone que: «*Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos*», cualquier acto inscribible en el Registro Mercantil otorgado por un administrador necesitará, no sólo que el mismo haya aceptado el cargo, sino que lo tenga ya inscrito en el RM. Sin embargo, como un RRM no puede regular operaciones a practicar en otro Registro que no sea el Mercantil, el hecho de la no inscripción de un administrador en el RM no impide pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad un acto o contrato inscribible en dicho Registro otorgado por un administrador, aunque su cargo todavía no esté inscrito en el RM. No cabe duda que habrán de cumplirse las otras exigencias del artículo 124, esto es, su mismo nombramiento, que debe reflejarlo en la escritura su Notario autorizante, y la aceptación, que ha podido ser tácita y manifestarse por el simple hecho de actuar en nombre de la sociedad. Aunque en un primer momento fueron numerosos los Registradores de la Propiedad que alegaban como defecto esa no inscripción en el RM del cargo del administrador, la DGRN ha terminado admitiendo en más de una resolución la posibilidad de dicha inscripción en el Registro de la Propiedad, sin la previa del cargo en el RM, aunque aconsejando actuar con prudencia.

Para el caso de que los nombramientos se efectúen vía *reelección* de los administradores ya nombrados e inscritos, hemos de hacer dos observaciones:

1.ª Que, salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, Vicepresidentes, Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración que sean reelegidos, *continuarán desempeñando esos cargos*, sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la posibilidad de revocar dichos cargos el Consejo (art. 146 RRM). No ocurre lo mismo con los consejeros-delegados, lo que es normal, dada la carencia de facultades representativas de la Junta General, por lo que ha de ser el mismo Consejo de Administración el que otorgue las delegaciones. Ya hemos aludido antes a esta norma.

2.ª Que si los nombramientos inscritos lo eran con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva legislación, en cuanto a la indicación de las circunstancias de los reelegidos, no basta remitirse a las que consten en el Registro, ya que ahora se exigen en el artículo 38 RRM algunas que no constarán (fecha de nacimiento, DNI, NIF).

En la LSL está prevista también la posibilidad de nombrar suplentes. En efecto, entre las novedades de la ley encontramos en su artículo 59 la posible designación de administradores suplentes, si no hay disposición contraria en

los estatutos, para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de los administradores titulares.

Como requisito se indica el de que el nombramiento y la aceptación se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez producido el cese del titular anterior.

El plazo de duración del cargo de estos suplentes será el que tuviere señalado el titular al que sustituyan (art. 59.1 y 2).

D) CAPACIDAD

Tanto en la LSA como en la LSL no se exige la cualidad de socio para ser nombrado administrador, a menos que los estatutos dispongan otra cosa (arts. 123-2 LSA Y 58 LSL).

Explícitamente admite la LSA, en su artículo 125, que pueda ser administrador tanto una persona física como jurídica.

En este segundo caso exige el artículo 143 RRM para la inscripción del nombramiento de persona jurídica administrador, que *conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.*

Habrà que tener en cuenta, además, la Resolución de 11 de marzo de 1991, por la que:

- De una parte, se exige la identificación de una sola persona física.
- De otra, dado que el nombramiento revestirá la naturaleza, bien de un apoderamiento, bien de una delegación de facultades, precisará para su inscripción, respectivamente, su formalización en documento público (art. 18 CCm y 5 RRM) o la certificación del acuerdo de delegación expedido por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto.

E) PROHIBICIONES

1. *En la LSA*, el artículo 124 LSA, reformado por la Ley Concursal, se indican una serie de prohibiciones para ser nombrado administrador, a saber: «No pueden ser administradores:

- los menores de edad no emancipados,
- los judicialmente incapacitados,
- las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso,

- y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad,
- así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio».

2. *La LSL se manifiesta en términos semejantes al artículo 58 LSL. Y el artículo 65-1 contiene una norma sobre prohibición de competencia, al no poder dedicarse «por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya su objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General».*

En el número 2 se establece que: *Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior».*

Otra novedad de la ley se contiene en su artículo 10.1:

«Salvo acuerdo de la Junta General para cada caso concreto, la SRL no podrá anticipar fondos a sus socios y administradores, concederles créditos o préstamos, prestar garantía en su favor o facilitarles asistencia financiera».

Se exceptúan las ayudas entre sociedades del mismo grupo en el número 2 del mismo precepto.

F) DEBERES

1. *En la LSA se contemplan en los artículos 127 y 127 bis, ter y quáter, el 127-2 y los tres últimos han sido introducidos por la Ley de 17 de julio de 2003, sobre sociedades cotizadas. Veamos:*

Artículo 127: *«Deber de diligente administración:*

1. *Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*

2. *Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad».*

Artículo 127 bis: *«Deberes de fidelidad:*

Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad».

Artículo 127 ter: *«Deberes de lealtad:*

1. *Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.*

2. *Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.*

3. *Los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual del gobierno corporativo.*

4. *Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieren en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria...».*

Se cierra el precepto con un apartado 5 en el que se determina quién tendrá la consideración de persona vinculada, distinguiendo según que el administrador sea persona física o jurídica.

Artículo 127 quáter: *«Deber de secreto:*

1. *Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudieran tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.*

2. *Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla».*

2. En la SL, el artículo 61 de la Ley establece que:

«1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones».

G) SEPARACIÓN

En principio, al hablar de la separación de los administradores, estimo necesario distinguir entre la que se produce por expiración del plazo de duración del cargo o dimisión del administrador y la que se produce por revocación de su cargo por parte de la sociedad y a instancias de ésta.

1.º DURACIÓN DEL CARGO

En la LSA se concibe el cargo de administrador como esencialmente temporal, y así el artículo 126 dispone: *«Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima».*

Como es lógico, el administrador también podrá dimitir, como prevé el artículo 147 del RRM, que indica cómo se reflejará la misma en el RM.

El artículo 147 del RRM, que se ocupa de los administradores suplentes, para casos de dimisión o cese de administradores, sienta una norma interpretativa para el caso de cese de algún administrador antes de la expiración del plazo de vigencia de su cargo, a saber, que el suplente desempeñará el cargo por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

También se contiene una previsión en el artículo 145 del RRM: *«El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente, o hubiere transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior».*

Este nuevo sistema ha puesto fin a la distinción que se hacía, en base a la Ley del 51, entre administradores nombrados en el acto constitutivo, para los que regía la limitación de cinco años, y administradores nombrados fuera de dicho acto constitutivo, que podían nombrarse por plazo indefinido, según reiterada jurisprudencia; lo que dio lugar a que se emplease en la misma escritura de constitución la fórmula de que los nombramientos se hacían fuera del acto constitutivo, para poder hacerlos por plazo superior al limitado de cinco años.

Podemos encontrar algunas diferencias en este punto entre la SA y la SL, como son las relativas al plazo de ejercicio del cargo, ya que ha sido tradicional en la sociedad de responsabilidad limitada que los administradores ejercieran su cargo por *plazo indefinido*, ya fuesen nombrados dentro o fuera de la escritura fundacional, mientras en la SA el plazo indefinido sólo se admitía por la jurisprudencia para los nombramientos efectuados fuera del acto fundacional, sin que el de los nombrados en el acto de la constitución pudiera exceder de cinco años (art. 76 de la Ley 51).

Esta diferencia, que se había ido borrando para los nombrados en SA fuera del acto constitutivo, en base a la jurisprudencia apuntada, se consagró definitivamente en el artículo 126 LSA, al señalar plazo límite de cinco años para todos los supuestos.

Pues bien, esta diferencia que parecía consagrada a partir de la reforma del año 1989, fue puesta en tela de juicio por la DGRN en su Resolución de *13 de marzo de 1991*, confirmada en otra de *6 de mayo*, y en las que, en base a la exigencia de señalamiento de plazo para la duración de los cargos del artículo 13 de la LSRL, no permite señalar plazo indefinido.

El *anteproyecto* de Ley, en contra de lo dispuesto en el actual artículo 13 y de la postura de la DGRN en las Resoluciones citadas, modifica el sistema de plazo limitado del actual artículo 13, partiendo del sistema de *plazo indefinido*, salvo que los estatutos establezcan *plazo determinado*, lo que ha terminado por salir adelante, al estar más en consonancia con la tradición en este tipo de sociedad. En tal sentido, la nueva LSL, volviendo al sistema tradicional, dispone en su artículo 60.1:

«1. Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración».

«2. Cuando los estatutos establezcan plazo determinado, el nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior».

2.º REVOCABILIDAD O SEPARACIÓN

— En la LSA, el cargo de administrador es revocable *ad nutum*, así el artículo 131 TR señala:

«La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General».

Junto a esta doctrina general se contemplan supuestos especiales en el artículo 132 LSA, que permiten a cualquier socio pedir la separación para que la Junta adopte el acuerdo, a saber:

- Cuando los administradores estén incurso en alguna de las causas del artículo 124, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir.
- Cuando los administradores lo sean de otra sociedad competidora o tengan intereses opuestos a los de la sociedad.
- *En la SRL* se apuntaba una diferencia en la del año 1953, que en su artículo 13 exigía acudir a los *quóruns* reforzados del artículo 17 para cesar a los administradores designados en la escritura de constitución, mientras que el artículo 174-15 del RRM permite señalar si los primeros nombramientos pueden ser revocados por simple mayoría.

Para salvar esta contradicción, la DGR, en su Resolución de 16 de abril de 1991, que se confirma en otra de 25 de noviembre de 1991, ha partido de la distinción entre:

- Nombramiento con condición expresa de contrato fundacional, al que se aplican los artículos 13 y 31 de la LSRL y
- Nombramiento fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundacional, al que se aplica el artículo 174-15 del RRM.

La nueva Ley abandona la distinción anterior, según el nombramiento hubiera sido o no en la escritura fundacional, y dice en el artículo 68:

«1. Los administradores podrán ser separados de su cargo por la Junta General aún cuando la separación no conste en el orden del día.

2. Los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».

H) RETRIBUCIÓN

- *La LSA*, se ocupa de la misma el artículo, conforme al cual: «La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.
La retribución consistente en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas que esté referenciada al valor de las accio-

nes, deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta General de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución» (párrafo añadido por Ley de Acompañamiento de 29 de diciembre de 1999).

— En la LSRL constituye especialidad de la Ley que:

«El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución» (art. 66.1).

Los párrafos siguientes regulan la forma de señalar la retribución y sus límites:

«2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios».

«3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General».

I) RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

— En la LSA se regula en los artículos 133 y siguientes de la Ley:

Artículo 133 (al que reforma la Ley de 17 de julio de 2003):

«1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con que deban desempeñar el cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, descono-

cían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

4. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 133).*

Los dos artículos siguientes se ocupan de la acción social e individual de responsabilidad.

El artículo 134, bajo el enunciado de la *acción social*, señala que la misma tiene por finalidad la reparación del daño causado a la sociedad, y se entabla por la propia sociedad previo acuerdo de la Junta General, o subsidiariamente por accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, y aun por los propios acreedores sociales. La especialidad de esta acción es, de una parte, no necesitar figurar en el orden del día; de otra, que su iniciación lleva consigo la destitución del administrador afectado.

- La *acción individual* del artículo 135 es la que corresponde directamente a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses.
- *En la LSRL*, lo mismo que se establece en la LSA, en el artículo 61 de la LSL se exige: *la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, y guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.*

En cuanto a la *responsabilidad*, en concreto, el artículo 72 del proyecto se remite a la LSA, por lo que serán aplicables los artículos 133 a 135 de la misma.

Y como especialidad de la SL, que para exigir responsabilidad a los administradores no podrá modificarse en estatutos la mayoría legal prevista para los acuerdos ordinarios (art. 69.2).

J) EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

- *En la LSA* se dice en el artículo 136:

«Cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración».

Resulta, por tanto que, como mínimo, tendrá tres consejeros.

La Ley ha venido, en esta cuestión del Consejo, concediendo derechos a las minorías sociales. El artículo 137 establece lo que se conoce como *sistema proporcional*:

«La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo».

Y para prevenir situaciones de vacancia se prevé el denominado *sistema de cooptación* en el artículo 138:

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

En Real Decreto de 17 de mayo de 1991 se dictan normas complementarias sobre los nombramientos por el sistema proporcional, en las que prevé, entre otras posibilidades, la de designar suplentes.

En cuanto al *funcionamiento*: La Ley regula cuestiones como:

1.º La *constitución*: que exige la concurrencia, presentes o representados, de la mitad más uno de sus componentes (art. 139).

2.º La *adopción de acuerdos*: que será por mayoría absoluta de los concurrentes a la sesión, que convocará el Presidente o quien haga sus veces, admitiéndose la votación por escrito y sin sesión si ningún consejero se opone.

En casos de empate ha admitido la DGR el voto de calidad del Presidente (17-VII-1956), pero ha rechazado el sometimiento a árbitros (Resolución de 5-XI-1989).

3.º *Régimen interno*: Se regula en el artículo 141, que permite al Consejo, cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa:

- *designar a su Presidente,*
- *regular su propio funcionamiento y*
- *aceptar la dimisión de los consejeros.*

De especial interés, por su frecuencia en la práctica, es la cuestión de la *delegación*, también prevista en el artículo 141, que permite al Consejo, cuando los estatutos no dispongan otra cosa:

- *designar de su seno una Comisión ejecutiva o*
- *uno o más consejeros-delegados,*
- *sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.*

Pero «*en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balance a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella*».

La *delegación permanente* de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el consejero-delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos, requieren para su validez:

- *el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo,*
- *y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.*

— La LSRL, más parca sobre la materia, se limita a disponer en el artículo 57, párrafo 2.º, que:

«En caso del Consejo de Administración, los estatutos o, en su defecto, la Junta General, fijarán el número mínimo y máximo de sus componentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres ni superior a doce. Además, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del Consejo que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. La delegación de facultades se regirá por lo establecido para las sociedades anónimas».

Para suplir omisiones habrá que acudir a las normas de la SA, en cuanto sean aplicables, lo que no ocurrirá, como apuntamos antes, en relación con los sistemas proporcional y de cooptación para nombramiento de consejeros, pues el artículo 58-1 es bastante claro al respecto, al reconocer únicamente competencia a la Junta General para el nombramiento de los administradores.

K) EL CONSEJERO-DELEGADO

Conforme al artículo 141-1 de la LSA: «Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión Ejecutiva o uno o más *consejeros-delegados*, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona».

Se contrapone claramente en esta norma la figura del consejero-delegado a la de los apoderados, y se apunta una nota esencial que ha de darse en el

consejero-delegado: la de que sólo puede ser designado tal un miembro del propio consejo, como se deduce de las palabras «de su seno», mientras que el apoderamiento puede concederse a cualquier persona.

Por otra parte, como la Junta General carece de facultades para otorgar poderes o delegaciones, el nombramiento de consejero-delegado sólo puede realizarlo el propio Consejo, como claramente se deduce de lo dispuesto en el artículo 146 del RRM, conforme al cual:

«1. Salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y Vicesecretarios del Consejo de Administración, que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al órgano de administración.

2. La anterior regla no se aplicará a los Consejeros-Delegados ni a los miembros de las Comisiones Ejecutivas».

En cuanto a las facultades de que puede estar investido el consejero-delegado, podemos distinguir con VICENT CHULIÁ varios supuestos:

- a) Que las facultades vengan o no reguladas en los mismos estatutos, o que sea el mismo Consejo el que decida la delegación, en cuyo caso «indicará el régimen de su actuación» [art. 124-2-d), párrafo 1.º y 2.º RRM).
- b) Que se trate de delegación general de todas las facultades delegables del Consejo o de delegación especial o parcial. Como facultades no delegables, señala el artículo 141 LSA que: «En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuere expresamente autorizado por ella». Si se hace delegación especial o parcial, exige el RRM que se enumeren las facultades concedidas.
- c) Que el Consejo delegue facultades propias o facultades que a él le haya delegado la Junta General. Ya hemos visto que para delegar facultades que haya delegado al Consejo la Junta General, exige el artículo 141 de la Ley que haya expresa autorización.

Para la delegación permanente de alguna facultad del Consejo en el consejero-delegado será necesario el voto favorable de las 2/3 partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el RM (art. 142-2 LSA). Sin embargo, conforme al artículo 152 RRM, lo hecho antes de la inscripción puede ser convalidado por ésta: «Inscrita la

delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración».

Es destacable, por último, lo dispuesto por el artículo 149-3 del RRM: «El ámbito de poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo 129 de la LSA en relación con los administradores». Más adelante nos ocupamos de estas facultades representativas del órgano de administración.

L) EL GERENTE

Por último, podemos referirnos al gerente, que es un alto directivo de la empresa que no es necesariamente delegado de su órgano de administración, por lo que no es necesario que sea administrador de la sociedad, aunque en la práctica no es raro que puedan coincidir los cargos de consejero-delegado y gerente, al no existir norma positiva que lo impida.

Si el gerente es consejero-delegado, se le aplicarán las normas que acabamos de exponer. En caso contrario, que es lo más normal, y así lo han puesto de manifiesto varias Resoluciones de la DGRN, se trata simplemente de un apoderado de la empresa dotado de un poder bastante amplio y normalmente permanente, esto es, al no ser miembro del Consejo ni administrador, seguirá ocupando su cargo aunque haya llegado el momento de cese o renovación de administradores o consejeros.

Al ser solamente apoderado, no se le aplicará el régimen del artículo 129 de la LSA, pues no se trata de órgano de la sociedad, por lo que sus facultades deben estar perfectamente especificadas y accederán al RM cuando se inscriba su nombramiento; inscripción que, al tratarse de un apoderado general, tendrá carácter obligatorio conforme al artículo 94-5 del RRM y se le aplicará el principio de tracto sucesivo formulado en el artículo 11-3 del mismo RRM, esto es: «Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos».

M) FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La importancia de este tema aconseja dejarlo para el final, para poder dedicarle todo el espacio necesario, ya que es uno de los que más debates ha producido, tanto en la doctrina como por parte de la jurisprudencia, sobre todo, de la DGRyN.

Para enfocar el tema, tenemos que empezar destacando que, de lo que llevamos dicho, resulta que la competencia del órgano de administración se mueve alrededor de dos tipos de facultades: *de gestión*, es decir, de realiza-

ción de aquellas actividades que configuran el objeto social, o sea, de dirigir la empresa de que es titular la sociedad, y en segundo lugar *de representación*, esto es, relacionar en el tráfico a la propia sociedad con otros sujetos:

a) Pues bien, respecto a las *facultades de gestión*, guarda silencio la LSA, pero cabe entender que el órgano de administración tiene necesariamente aquellas facultades de gestión que se correspondan con el objeto social y por tanto no meramente ejecutar acuerdos de la Junta, sino decidir en todos los asuntos comprendidos en el objeto social que no sean competencia de otro órgano y aun otras funciones por delegación, como sería el caso del aumento de capital del artículo 153 LSA, y ello sin que la Junta General pueda restringir ese ámbito de facultades, ni recabar para sí la administración de la sociedad, como resulta de la jurisprudencia de la DGRN, así, entre otras, la Resolución de 31 de octubre de 1989.

En la LSL sí se contiene alguna norma al respecto, que ya hemos adelantado al referirnos a la competencia de la Junta General, y que se contienen en el artículo 44, apartado 1-h) y apartado 2, añadido a instancia de la representación del Grupo Socialista en el Congreso.

En efecto, en el artículo 44-1-h) se habla de: «*Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*».

Y en el 44-2 se dice que: «2. Además, y salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63».

Como ya hemos comentado, la alusión que en este último párrafo se hace al artículo 63 de la Ley, deja a salvo las facultades representativas del órgano de administración que, respecto a terceros, no pueden verse afectadas por decisiones de la Junta, por lo que dichas instrucciones o autorizaciones se desenvolverán, por tanto, en el orden interno, esto es, en el de la gestión de la sociedad, dejando a salvo el ámbito representativo del órgano de administración.

b) En cuanto a las *facultades de representación*, es la cuestión que ha sufrido una reforma más importante a partir de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma y adaptación de nuestra legislación mercantil a la de la CEE y, concretamente, al trasponer a nuestro Derecho positivo el contenido del artículo 9 de la Directiva 68/151 de la CEE, del que pasamos a ocuparnos.

Para comprender las dificultades que ha planteado la reforma, creo oportuno referirme a la situación anterior a las Directivas de la UE, a la normativa contenida en la Novena Directiva y a la adaptación que nuestro legislador ha hecho de la misma. Cerraremos con el estudio de una serie de Resoluciones de la DGRyN, que se han manifestado al respecto.

1. ETAPA ANTERIOR A LA DIRECTIVA DE LA CEE

Entre otras materias de que se ocupaba la doctrina, había que destacar dos: El de la posible relación entre el objeto social y la capacidad de la sociedad y sus administradores, y el de si caben limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil.

1.1. *Objeto social y capacidad de la sociedad y sus administradores*

Se puede considerar éste un tema clásico del que se ha ocupado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Para precisar el tema hemos de empezar por distinguir entre capacidad de la sociedad y capacidad de sus representantes:

a) En relación con la *capacidad de la sociedad*, los términos en que se plantea la cuestión es la de determinar si en nuestro Derecho rige el sistema de plena capacidad de las personas jurídicas o por el contrario, como ocurre en el Derecho inglés o francés, rige el sistema de limitación de la capacidad por la especialidad del objeto a que se vaya a dedicar la sociedad. Es el problema del *ultra vires*, muy estudiado por los autores, sobre el que podemos decir que es doctrina casi unánime entre los autores españoles la de que en nuestro Derecho rige en esta materia el principio de capacidad general, basado en el artículo 38 del Código Civil, que señala de modo expreso que las personas jurídicas «*pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución*».

De esta opinión generalizada se apartan dos autores: en el campo del Derecho Mercantil, el profesor GIRÓN TENA, en Derecho Civil, GARCÍA-VALDECASAS.

Esta tesis viene también avalada por la jurisprudencia del TS y de la DGRyN. Así el TS, después de algunas vacilaciones en los momentos de publicación del Código Civil, a partir de una sentencia de 5 de noviembre de 1959, es claramente partidaria de la capacidad general de las sociedades. Entre las manifestaciones del TS, podemos citar estas palabras: «*Las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general; por consiguiente, en una esfera que va más allá de las relaciones económicas y que se extiende a todo el campo, salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un sustrato físico y, por tanto, el fin de ellas no constituye por sí mismo un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten en su fin*».

También hay bastantes Resoluciones de la DGRyN que sostienen que el objeto social, aunque ha de estar determinado, «no limita la capacidad de la sociedad» (Resolución de 2 de octubre de 1981).

b) En cuanto a la *capacidad de los administradores en la esfera representativa*, tanto las sentencias del TS, que después de admitir la capacidad de las sociedades y de las personas jurídicas aunque actúen más allá de su fin o de su objeto social, señalan que, esto es, «sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos». Y en la misma línea la DGRyN, al manifestar, en Resolución de 1 de julio de 1976, que «el objeto social no limita la capacidad de la sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores»; y en la antes citada Resolución de 2 de octubre de 1981, que «el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la sociedad, sino las facultades representativas de los administradores».

Como lógica consecuencia de esta postura, no puede extrañar que tanto el TS en sentencia de 16 de diciembre de 1985, como la misma DG, en Resoluciones de 4 de abril de 1980 y 6 de septiembre de 1982, después de decir que los administradores de las sociedades extienden su representación, como mínimo a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa, ya que dichas facultades son mínimas e ilimitables, afirma que esto «no impide que puedan serle ampliadas a otros actos que excedan del giro y tráfico de la empresa, bien por tenerlas conferidas en estatutos o bien porque lo autorice la Junta General».

Esta postura de la DG, anterior a la reforma de 1989 y teniendo a la vista la Ley de 1951, era hasta cierto punto defendible, aunque me atrevo a sostener que, si como hemos venido señalando a lo largo de nuestra exposición, la actuación externa o, respecto a terceros de la sociedad, se lleva a efecto a través de sus órganos de administración, la lógica consecuencia que de ello se deriva es que, si el objeto no limita la capacidad de la sociedad, tampoco debería limitar las facultades representativas de su órgano de administración, pues de otro modo sería superfluo reconocer esa amplia capacidad a la sociedad si no puede hacerla valer frente a terceros, y que haya que acudir a una enumeración estatutaria de facultades o que éstas se concedan por la Junta General, que, como venimos viendo desde el principio, carece de facultades representativas.

Otra cosa es, y así lo apunta tanto el TS como la DG, que los terceros puedan verse afectados por los excesos de los administradores, aunque éstos sí puedan ser responsables de los mismos frente a la sociedad. Más adelante nos detendremos en este punto a la vista de la legalidad vigente.

Como resumen de este punto que estamos considerando, nos encontramos con la duda de que, mientras se reconoce plena capacidad a la sociedad, sin que la limite su objeto social, si parecen verse limitadas por el objeto las

facultades representativas de los administradores. Y esta distinción ha sido incluso reconocida en la doctrina anglosajona, siempre fiel al sistema del *ultra vires*, y en su misma jurisprudencia se ha ido abriendo paso la diferenciación entre actos *ultra vires the company* y actos *ultra vires the directors*, lo que ha acabado llevando la consecuencia práctica de que el objeto social, si bien sigue constituyendo en ciertos supuestos una limitación externa —al poder representativo del órgano de representación—, ha dejado de ser un límite a la capacidad de la sociedad.

1.2. *Limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos si acceden al Registro Mercantil*

Se trata del segundo tema que había planteado dudas antes de la reforma de 1989, y sobre el cual tenemos que manifestar que nuestra doctrina distinguía entre las facultades representativas del «factor notorio» y las del «factor con poder inscrito». En el primer supuesto se supone que las facultades del administrador se extienden a todo lo relacionado con el antes llamado giro o tráfico de la empresa, y que por la influencia ciertamente germánica del profesor GARRIGUES se introdujo en la LSL de 17 de julio de 1953, al regular las facultades de los administradores. En efecto, el artículo 11 no permitía limitar las facultades de los administradores en materias relacionadas con el giro o tráfico de la empresa, expresión no totalmente igual pero, hasta cierto punto, equivalente a la del actual objeto social. Esta idea se encuentra también latente en varios de los preceptos que el Código de Comercio dedica a la comisión o mandato mercantil, como los artículos 281, 283, 284 y 286, de los que se desprende que el gerente o factor de una sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento.

En cuanto al poder inscrito, son muy significativas las palabras al respecto de BERGAMO, cuando señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman, con significativa unanimidad, que la representación legal (o sea, la de contenido típico) únicamente es aplicable en toda su rigidez al denominado «factor notorio»; no al factor con «poderes limitados inscritos en el Registro». El factor notorio se presume investido de un apoderamiento general, que le permite desarrollar todas las operaciones comprendidas dentro del giro o tráfico de la empresa. Por el contrario, el factor con poder limitado inscrito en el Registro, no puede rebasar las atribuciones que le han sido conferidas. Ya el artículo 175 del Código de Comercio de 1829 admitió la posibilidad de que el comerciante redujese en el documento de poder las facultades normales del factor. Y la sentencia del TS, de 30 de septiembre de 1960, aun aceptando que el factor notorio vincula al empresario por los actos y contratos compren-

didados en el tráfico de la empresa, estima también que *las limitaciones inscritas al poder del factor surten efectos frente a terceros*.

En la misma línea, URÍA señala que el artículo 286 del Código de Comercio no constituye obstáculo para que el principal pueda ampararse frente a tercero en las limitaciones establecidas en el poder inscrito en el Registro, porque ese precepto se refiere exclusivamente al denominado «factor notorio» y no al «factor con poderes inscritos». La razón de la diferencia la encuentra URÍA en que cuando se trata de factor con apoderamiento inscrito en el Registro, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen; mientras que el supuesto del factor notorio la ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del establecimiento, precisamente en defensa de esos terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado. Para proteger a los terceros es por lo que no se admiten eventuales excepciones del principal fundadas en supuestos abusos o transgresiones de facultades que no han tenido la consiguiente publicidad registral; y por esa misma razón se declara obligado al principal aun cuando el factor no haya declarado al contratar que actuaba en nombre del propietario o principal del establecimiento a que notoriamente pertenezca. Cita también la sentencia del TS, de 30 de septiembre de 1960, así como la de 10 de febrero de 1967, sobre la necesidad de dar publicidad al poder para que pueda estimarse limitado y no general. De todos modos, señala que la posibilidad de limitar las facultades representativas del factor ha sido considerablemente reducida por virtud de lo establecido en los artículos 76 LSA (la de 1951) y 11 LSRL (de 1953), que extiende las facultades de los administradores de estas sociedades a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa.

La opinión de estos autores, que no era aislada ni mucho menos, no podía menos que pesar en el ánimo de nuestro legislador del año 1989, y es una de las razones que pueden justificar la vacilación del mismo al llevar a nuestra legislación mercantil el contenido del artículo 9 de la Primera Directiva y el hecho de que pueda hablarse de una adaptación incompleta en esta materia, como vamos a ver enseguida.

2. LA NOVENA DIRECTIVA DE LA CEE

A pesar de que todavía no ha sido aprobada la Directiva sobre órganos de la sociedad, dado que las dificultades que presenta el acuerdo de todos los miembros está retrasando la aprobación de la que se ha propuesto como Quinta Directiva, no obstante, si se ha adelantado la CEE con la regulación de la representación y facultades del órgano de administración, lo que se ha

hecho a través del artículo 9 de la Primera Directiva, o Directiva 68/151 de la CEE, en el cual se dispone:

«1. *La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si éstos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos.*

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. *Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado».*

3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A PARTIR DE LA LEY DE 1989, SOBRE REFORMA Y ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN A LA COMUNITARIA Y SU POSIBLE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Nuestro Derecho positivo se haya contenido en los artículos 128 y 129 de la LSA, en los artículos 62-1 y 63 de la LSL y en artículo 124-2 del RRM, que pasamos a exponer:

a) *En la LSA:*

Artículo 128:

«La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos».

Artículo 129:

«1. *La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro, será ineficaz frente a tercero.*

2. *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

b) *En la LSL:*

Artículo 62:

«1. *La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores.*

2. *La atribución del poder de representación a los administradores, se regirá por las siguientes reglas:*

- a) *En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*
- b) *En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.*
- c) *En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos.*
- d) *En el caso del Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.*

Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios consejeros-delegados, se indicará el régimen de su actuación».

Artículo 63:

«1. *La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro, será ineficaz frente a terceros.*

2. *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

c) *En el RRM:*

Artículo 124-2:

«2. *En los estatutos se hará constar también a qué administradores se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación:*

- a) *En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*

- b) *En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán carácter meramente interno.*
- c) *En el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.*
- d) *En el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios consejeros-delegados, se indicará el régimen de su actuación.*
- e) *En el caso de que la administración se confiera por los estatutos a un Consejo y a una Comisión Ejecutiva o a uno o varios consejeros-delegados, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior».*

d) *En la LECv se insiste en que la representación en juicio de las sociedades corresponde a sus administradores. El artículo 7, que regula la comparecencia en juicio y la representación, dice en su número 4 que: «Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente les representen», y en el artículo 631-1, que trata del nombramiento de administradores judiciales en los casos que procedan, entre las personas que hay que citar, al efecto, nombra «a los administradores de las sociedades».*

La comparación de nuestros textos legales con el artículo 9 de la Quinta Directiva pone de manifiesto que no ha estado muy acertado nuestro legislador al introducir en nuestra legislación la norma comunitaria, habiendo llegado a decirse que la trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento. En tal sentido, el Notario ANTONIO ROLDÁN RODRÍGUEZ, en el primero de los tres trabajos que se publican reunidos en la *RCDI* bajo el enunciado «Cuestiones sobre la calificación registral» (núm. 606, septiembre-octubre, pág. 1890). Los otros dos trabajos son del Notario y Registrador PEDRO ÁVILA NAVARRO, y del Registrador JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

La simple lectura de estos trabajos y las contradicciones que se ponen de manifiesto entre los citados autores y otros que han escrito sobre el particular, indican que no son pocas las dudas que está planteando en la práctica la adaptación que ha intentado hacerse en nuestro Derecho positivo de las normas comunitarias en que se regulan las facultades de los administradores de las sociedades.

La justificación de estas dudas puede encontrarse en que la Primera Directiva sigue el principio germánico del poder ilimitable de los administrado-

res, que choca con el principio latino del poder restringido a las facultades concedidas en los estatutos o derivadas del objeto social —que ha venido rigiendo en nuestro Derecho positivo y era común opinión doctrinal—, como hemos dejado expuesto anteriormente, aparte de la posibilidad admitida por nuestra doctrina y la del mismo TS de que podían afectar a tercero las limitaciones inscritas en el Registro Mercantil.

En síntesis, podemos decir que la adaptación a la legislación de la CEE y la recepción de la doctrina comunitaria debe llevar consigo:

PRIMERO.—Que sean ilimitables frente a terceros las facultades de los órganos sociales competentes, aunque se hubieran publicado limitaciones a las mismas (art. 9-2, 1.ª Directiva).

Nuestro legislador, como hemos visto, dice que será ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil (art. 129.1 LSA). Pero esta norma viene condicionada en el primer inciso del precepto que comentamos, al decir que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, mientras que en la Directiva de la CEE no se hace alusión al objeto social.

SEGUNDO.—Que puede quedar obligada la sociedad frente a tercero al ser eficaz el acto realizado por sus órganos fuera del objeto social, a menos que dicho acto exceda de los poderes que la Ley atribuye o permite atribuir a estos órganos (art. 9.1, 1.ª Directiva).

A la vista de esta norma comunitaria, se nos ocurre pensar, por ejemplo, como acto excluido, un aumento de capital acordado por los administradores, fuera de los supuestos en que la Ley permite atribuir a los mismos esa facultad o su ejecución (art. 153 LSA).

En nuestra LSA se matiza esta facultad de los administradores más allá del objeto social, al señalarse que cuando el acto no esté comprendido en el objeto social, la sociedad quedará obligada pero solamente frente a tercero de buena fe y sin culpa grave (art. 129.2 LSA). Tampoco aquí la concordancia es total, ya que la Directiva prescinde de la situación de buena fe y no culpa del tercero.

Y al llegar a este punto, creo debe reconocerse la importante labor que está llevando a cabo la DGRyN, al tratar de completar esa adaptación, a veces teniendo que saltar sobre la letra de algunos preceptos, como se está poniendo de manifiesto a través de una serie de resoluciones de las que luego trataremos, aunque, antes de ello, creo necesario señalar, de una parte, que no es esta la misión específica de este Centro Directivo, y de otra, que no siempre está siendo comprendida su doctrina, y mucho menos compartida, como se pone de manifiesto en comentarios a algunas de sus Resoluciones.

4. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Para poder llegar a unas conclusiones y ver cómo la DG, superando posturas anteriores, trata de adecuar el contenido de nuestros textos legales con la Directiva de la UE, creo conveniente volver a ocuparme de los temas debatidos antes de la reforma de 1989, esto es, de la que hemos llamado etapa anterior a la Directiva de la CEE, con las mismas materias antes analizadas:

- a) En relación con la *capacidad de la sociedad*, la DG, en las Resoluciones posteriores a la reforma de 1989, no se encuentra ninguna que altere la doctrina de otras anteriores a dicha reforma, en las que se decía que el objeto social no limita la capacidad de la sociedad.
- b) En cuanto a la *capacidad de los administradores en la esfera representativa*, es aquí donde la DG ha tenido que modificar o matizar los criterios sostenidos en Resoluciones anteriores, en las que venía reconociendo que el objeto social, aunque no influya en la capacidad de la sociedad, sí afecta a la esfera de actuación de los administradores y, sobre todo, a las facultades representativas de los administradores.

Entre otras, podemos citar varias Resoluciones:

1.^a *La Resolución de 11 de noviembre de 1991*, que es una de las Resoluciones que más se ha acercado a la doctrina germánica y a la postura del artículo 9.1 de la Primera Directiva, y en la cual se dice que no es necesario expresar el objeto social en la escritura de compra por el administrador único de una SL, al señalar que:

«La conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo, implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces —por públicas— determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto de la sociedad que representan. En consecuencia, rechazar esa conexión a priori escapa ordinariamente a la función calificadora o, como advirtió la Resolución de 16 de octubre de 1964... no puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador, con el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante —art. 1.288 del CCv— por lo que normalmente es sólo la entidad, y a posteriori, la única legitimada para contrastar esa conexión y exigir las responsabilidades procedentes al administrador que hubiese realizado actos desconectados del objeto social o incluso anular el acto, si éste resultare claramente contrario al objeto social».

2.^a *La Resolución de 13 de diciembre de 1991*, que es una aplicación de la doctrina de los actos conexos con el objeto social, aludida en la Resolución que acabamos de comentar, y en la cual, en relación con el artículo 41 LSA, admite como operación ordinaria la compra de una vivienda, habida cuenta que el objeto social es la construcción y reforma de toda clase de edificaciones destinadas a locales comerciales y viviendas, al decir que: «...si bien es cierto que la construcción y reforma de viviendas y locales no presupone necesariamente la previa adquisición del piso o local en que haya de operar la construcción o reforma, no lo es menos la frecuente conjunción con que en la práctica se presentan en aras a una mayor rentabilidad de la actuación social, de modo que a la adquisición debatida no resulta pertinente la exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 41 LSA».

Este último argumento de la DG está en la línea de la doctrina norteamericana que se detiene, más que en el campo estricto del objeto social, en el del provecho de la sociedad, que puede justificar la realización de un acto gratuito que puede acabar suponiendo un beneficio para la sociedad. Ya en España la Resolución de la DGR, de 2 de febrero de 1966, consideró admisible una donación efectuada por una sociedad de regalos propagandísticos, ya que benefician indirectamente a la sociedad. Y en la misma línea, en la Resolución más reciente de 22 de noviembre de 1991, se permite la inscripción de una cláusula estatutaria en la que se prevé el destino cada año de una parte de los beneficios sociales a determinadas fundaciones benéficas, en cuantía no superior al 5 por 100 de los obtenidos en el ejercicio.

3.^a *Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991*, que merecen una consideración especial, de una parte, al haber estado implicado en las mismas, como más adelante pondré de manifiesto; de otra, porque a primera vista la doctrina de estas Resoluciones parece estar en contradicción con la contenida en las Resoluciones que hemos expuesto en párrafos anteriores. Sin embargo, no lo creo así, ya que lo único que señalan estas dos Resoluciones es la improcedencia de llevar al Registro cláusulas estatutarias que permitan, vía capacidad de la sociedad o vía facultades de los administradores, la constitución de sociedades, cualquiera que sea su objeto, por una sociedad que tiene un objeto determinado en sus estatutos, y en el caso de esas dos Resoluciones, precisamente un objeto exclusivo —seguro y reaseguro—. En efecto, ninguna de dichas Resoluciones pone trabas a la realización de determinados actos ocasionales, incluso fuera de las actividades propias del objeto social.

En estas Resoluciones se dice también que, si uno de los efectos que la Ley anuda al objeto social es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor (art. 129 LSA), dos consecuencias resultan inequívocas:

- a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran.
- b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades que, entendidas en términos absolutos, desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél, con todas las consecuencias que ello conlleva, como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad propio de la sociedad.

Por lo demás en estas Resoluciones se dice también que ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una SA de acciones o participaciones sociales de una entidad que tenga un objeto social diferente, no implica necesariamente para aquélla una actuación ajena a su objeto social; si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias, tales como:

- el reducido porcentaje de participación,
- la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la sociedad partícipe,
- las exigencias de rentabilidad de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la entidad

pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes.

4.^a *La Resolución de 11 de marzo de 1992*, en la que se revoca la nota de un Registrador Mercantil que suspendió la inscripción de una escritura de constitución de una SA que tiene por objeto actividades de viajes y turísticas, porque uno de los tres socios fundadores era una sociedad de Banca, para lo que la DG tiene en cuenta entre sus argumentos: que los administradores del Banco, como órgano externo, sólo tienen limitaciones estatutarias de carácter interno, sin que sus actuaciones perjudiquen a terceros de buena fe, y que el objeto social no puede calificarse con criterio exclusivamente riguroso, ya que en los artículos 117, 129 y 133 de la vigente LSA se aceptan como incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto de forma directa o indirecta.

ta, así como los complementarios o auxiliares para ello, sino también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos no aparentemente conectados con el objeto social, quedando excluidos del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto.

5.^a *La Resolución de 16 de marzo de 1990*, que ha considerado innecesaria la enumeración de las facultades de los administradores en los estatutos, doctrina que ha sido definitivamente consagrada en el párrafo 4 del artículo 124 del RRM, conforme al cual: «No podrán inscribirse en el RM las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos».

c) Por lo que respecta a las *limitaciones estatutarias a las facultades representativas del órgano de administración y sus efectos, si acceden al Registro Mercantil*, podemos referirnos a la siguiente Resolución:

La Resolución de 12 de junio de 1992, que, partiendo de la doctrina del sistema monista que preconiza la Novena Directiva de la CEE, no permite el acceso al Registro de la exigencia estatutaria de actuación conjunta para determinados actos —«prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o comprar o vender inmuebles»—, al haberse optado en unos estatutos por el sistema de dos administradores solidarios, ya que no se determina claramente en los mismos que esa exigencia tendrá un alcance meramente interno, al amparo de lo permitido por el artículo 124.2.b) del RRM.

La Dirección General señala en dicha Resolución que «la trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad (cuya eficacia alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción) y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales, imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a la inscripción; labor esta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes» y rechaza la inscripción de las estipulaciones debatidas «en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos».

Sin embargo, en este punto, me permito discrepar en cuanto a la forma de actuar el Registrador Mercantil, y ello, dada la forma de expresarse el artículo 129 LSA y el 63 LSL, cuando dicen que: «*Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a tercero*». Palabras que parecen permitir la inscripción de esa limitación, aunque no sean los mismos estatutos los que hagan constar el carácter interno de la limitación y sea el mismo Registrador el que lo haga constar en la inscripción.

Y digo esto porque no podemos desconocer la utilidad del reflejo de dichas cláusulas limitativas en el Registro Mercantil, aunque sea de manera indirecta, como voy a tratar de justificar, y ello, partiendo de la idea, que sí tengo bastante clara, de que dichas limitaciones no afectarán a tercero a pesar de su acceso al Registro, por lo cual, como es natural, no serán incluidas en los datos que el Registrador remita al Registro Mercantil Central para ser publicadas en el *BORME*, lo que llevará consigo que solamente se publique en dicho periódico oficial lo que interesa a los destinatarios de su publicidad, esto es, que la sociedad se rige por un sistema solidario de administración.

Mi postura favorable al acceso al Registro de esas limitaciones *con la indicación de que su alcance es meramente interno*, encuentra su fundamento en que si se deniega o rechaza la inscripción de la limitación en el Registro Mercantil, por ejemplo, al haberse consentido la inscripción parcial permitida por el artículo 63 RRM, dicha denegación y exclusión se hará constar en la nota al pie del título, con lo cual, además de no afectar a terceros esa limitación, tanto por el imperativo legal como por ese no acceso al Registro, también puede dar lugar a que los administradores que hayan actuado contra dicha limitación de facultades, puedan alegar frente a la sociedad su ausencia de responsabilidad, en base a que el Registrador, al rechazar el acceso al Registro de la estipulación que exigía actuación conjunta de los administradores, está indicando en cierto modo que la estipulación carece de toda eficacia.

La misma DG, en las Resoluciones antes citadas *de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991*, señala que la inclusión en los estatutos de la concesión a los administradores de facultades para intervenir en la constitución de sociedades cualquiera que sea su objeto, no son susceptibles de inscripción, ya que esa mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad propio de la sociedad, sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores.

En base a estos razonamientos, estimo preferible llevar al Registro esas limitaciones meramente internas de forma espontánea por el Registrador, bien que con la advertencia de su alcance meramente interno, sin que sea imprescindible que esta advertencia sea labor exclusiva de los propios constituyentes, como parece exigir la DGR, que, por otra parte, no está vetando el acceso al Registro de esas limitaciones, sino exigiendo «aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción». Esto es, si los constituyentes han precisado ese carácter interno de la limitación ya no existiría ambigüedad o incertidumbre en la regulación estatutaria o en la escritura social rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad.

Esa fue mi actitud precisamente en la escritura que motivó el recurso de su Notario autorizante, señor DE PRADA GONZÁLEZ, y que dio lugar a la Resolución de 22 de julio de 1991, de la que antes nos hemos ocupado. En

efecto, en la nota que puse después de despachar la escritura correspondiente y que fue objeto de recurso, en relación con el artículo 15 de los estatutos, que es el que ahora quiero destacar, creo necesario distinguir:

- a) De un lado, las palabras que excluía de la inscripción, en base al consentimiento a la inscripción parcial de los otorgantes de la escritura, esto es, parte de las facultades que se concedían a los administradores de la sociedad en dicho artículo, a saber: «...la participación de la sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero, *cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad*».
- b) De otro lado, la matización que hacía respecto al último inciso de ese mismo artículo 15 de los estatutos, a saber: «se reconoce alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los estatutos sociales», lo que apoyaba en la cita de los artículos 129 LSA y 124.2.b) RRM.

Basta transcribir el artículo 15 de los estatutos para comprender mi doble postura:

Artículo 15. *«La administración, dirección y representación de la sociedad se confía a dos administradores solidarios designados por la Junta General, con plenas facultades de representación, administración y disposición, obligando a la Sociedad, sin más limitación que las atribuciones que corresponden de modo expreso a la Junta General de Accionistas. En especial, tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero, cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad. No obstante, los actos de disposición sobre derechos reales requerirán la actuación mancomunada de ambos administradores».*

De la misma opinión es el Notario que recurrió mi nota, al decir en su recurso de reforma que, «de lo que dice literalmente nuestro texto legal, se deduce la inscribibilidad de esta cláusula», esto es, la de actuación mancomunada a que se refiere el último párrafo transcrito, y sigue diciendo que «no discute el Notario autorizante, el carácter meramente interno que pueda tener el mismo, pero el hecho de que tenga carácter interno no debe impedir que se haga constar en los estatutos sociales». En base a estos argumentos, solicita la inscripción de la cláusula que debatimos, a lo que en mi informe contesté diciendo que «nos ha sorprendido la argumentación del señor Notario en defensa de la inscribibilidad del pacto, ya que la compartimos y, por ello HEMOS INSCRITO DICHO PACTO EN SU TOTALIDAD, BIEN QUE MATIZANDO SU ALCANCE MERAMENTE INTERNO. Tal vez no se hayan entendido nuestras dos notas, pero en ambas se habla de reconocer el

alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los estatutos, pero no de excluir o suspender su acceso al Registro. Ni hemos impedido se haga constar en los estatutos, ni le hemos cerrado su acceso al Registro (bien que con la limitación indicada). El hecho de que hayamos permitido el acceso al Registro de dicho pacto, en contra de la opinión que conocemos de otros Registradores, lo basamos, *a sensu contrario*, en el número 1 del artículo 129 de la LSA, al hablar de “cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, *aunque se halle inscrita en el Registro...*”, aunque reconozcamos, en contra de la opinión del recurrente, que una cosa es su posible acceso al Registro, y otra que sirva, por sí sola, dicha constancia, para “facilitar el día de mañana la prueba de la buena o mala fe de las personas que hayan contratado con las personas que intervienen” (punto *segundo* del recurso *in fine*). Y decimos esto porque en el mismo artículo 129.2 de la LSA, recogiendo el sentir de la primera Directiva, el hecho de la actuación de buena fe y sin culpa grave del tercero, no puede desprenderse de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil». He copiado las palabras que había empleado en defensa de mi postura, ya que son anteriores a las Resoluciones en que la DG parece mostrarse a favor de la no inscripción de esas cláusulas, si no son los mismos constituyentes los que le reconocen su alcance meramente interno. También sirvieron esas palabras para que el Notario recurrente no tocara estos extremos en su recurso de alzada, lo que impidió que la DG pudiera entrar a considerarlos.

De todos modos, debo reconocer que no son pocos los que, compartiendo la postura de la DG en la Resolución que estamos comentando, de *12 de junio de 1992*, que se ha visto confirmada en otra de *2 de diciembre de 1992*, hablan de una posible limitación estatutaria que haya accedido indebidamente al Registro Mercantil. Así, por ejemplo, GIMÉNEZ DUART en sus comentarios a las Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 (*Revista Jurídica del Notariado*, septiembre-octubre de 1992, pág. 271).

Y no se piense que la doctrina de estas Resoluciones y las ideas que hemos expuesto carezcan de interés, porque hemos visto en algunos estatutos que, después de designar administradores solidarios, se exija actuación conjunta para realizar actos que superen determinada cantidad, aun en supuestos comprendidos dentro del objeto social, o que se supediten dichos actos a la autorización de la Junta General. No son otras las cláusulas estatutarias que han dado lugar a las dos Resoluciones citadas del año 1992, en las que se pretenden combinar facultades solidarias y mancomunadas. Lo hemos visto en sociedades dedicadas a actividades inmobiliarias, en las que se exigía autorización de la Junta para ventas de pisos por importe superior a una determinada cantidad. Incluso ha llegado a sorprenderse el interesado en una de esas sociedades, al indicarle que si el administrador vendía sin dicha autorización, la venta sería eficaz para el comprador, al tratarse de acto

comprendido en el objeto social y ser ilimitables, en ese punto, las facultades del administrador.

N) CONCLUSIONES

A la vista de todo lo que llevamos expuesto, podemos llegar a unas concretas conclusiones, que podemos resumir en las siguientes:

1.^a Se admite, como regla general, *la capacidad de la sociedad, sin limitaciones por razón de su objeto social*, aunque esta extensión habrá de matizarse si tenemos en cuenta, como apunta el artículo 9 de la Quinta Directiva, que *la capacidad general de la sociedad puede venir delimitada por la Ley*, como claramente se ve en una de las legislaciones más abiertas al respecto, como es la alemana, en la cual la capacidad de las sociedades se manifiesta en toda su extensión, ya que el objeto social no sólo no afecta a la capacidad de la sociedad, sino que tampoco constituye un límite externo al poder de los órganos sociales, y, sin embargo, se afirma en este Derecho que la capacidad de las personas jurídicas sólo se encuentra limitada por su propia condición o por disposiciones de carácter legal. En este punto podemos referirnos a determinadas actividades que no puede desempeñar toda sociedad sino aquélla que reúna determinadas condiciones u obtenga las autorizaciones pertinentes para ello. Por ejemplo, la actividad bancaria ha de realizarse por SSAA, y no por SLL, y actividades relacionadas con determinados seguros requieren previa autorización.

2.^a *La indicación en los estatutos de una sociedad de su objeto social no es decisiva a la hora de determinar las facultades de sus administradores*, siendo ésta la principal consecuencia a que nos lleva la doctrina que estamos analizando.

Y ello porque puede entenderse con la DG, que la inclusión en los estatutos de la concesión a los administradores de facultades para realizar determinados actos, como intervenir en la constitución de sociedades, cualquiera que sea su objeto, no son susceptibles de inscripción, ya que esa mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad, propio de la sociedad, sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores.

Por estos motivos nos encontramos, en definitiva, con el hecho de que *la determinación del objeto social no tiene actualmente la condición de límite a la eficacia de los actos realizados por los administradores en relación con los terceros que con ellos contratan, salvo que la sociedad pruebe la mala fe de dichos terceros o su connivencia con los administradores*.

Sin embargo, la anterior conclusión no permite sostener la irrelevancia de la determinación del objeto social, sobre todo, y así se deduce de casi todas

las Resoluciones que hemos ido citando, si ponemos en relación ese objeto con el *ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores* que puede ejercitarse cuando causen daño a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, conforme al artículo 133 LSA.

En definitiva, el objeto social que venía operando como límite mínimo de las facultades de los administradores, aunque con la nueva legislación sigue actuando como tal, ha sido superado en su consideración de límite máximo de dichas facultades, desde el momento en que, *una vez que se acredite la condición de administrador de una sociedad, ni son los terceros que con ellos contraten, ni es el Registrador que vaya a calificar el documento en que se contenga un acto o contrato inscribible otorgado en nombre de la sociedad, los que hayan de examinar o calificar «a priori» la vinculación con el objeto social del acto realizado por los administradores.*

Será la sociedad, y en definitiva los socios, los que podrán ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad contra los administradores que se hayan excedido en sus facultades, sin que, en principio, dicha actuación pueda afectar a los terceros que con ellos hayan contratado. Y digo, en principio, porque para llegar a anular un acto en perjuicio del tercero que haya contratado con el órgano de representación de una sociedad, será necesario probar la posible connivencia o mala fe de dicho tercero.

A esta solución se llega interpretando *a sensu contrario* el párrafo 2 del artículo 129 de nuestra LSA —*«la Sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social»*— que es la fórmula con que nuestro legislador traduce la permisión de la 1.^a Directiva de que *«los Estados miembros podrán prever que la Sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba»*.

De todos modos, al ser la sociedad la única que puede invocar la trasgresión del administrador y la posible nulidad del acto por él realizada, y la que tiene que probar que el tercero conocía la trasgresión o no podía desconocerla, al no ser posible alegar como prueba el simple hecho de la publicación de los estatutos de la sociedad, hay que reconocer que en la práctica la posición de ese tercero es casi inatacable.

Con este sistema intermedio entre el germánico y el latino, como señala ÁVILA NAVARRO (trabajo citado), ni se garantiza la seguridad de los terceros, propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador como en los sistemas latinos, ya que, al remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero es una

invitación al litigio, sobre todo al quitar al Registro Mercantil la presunción de público conocimiento. Por este motivo, continúa señalando ÁVILA NAVARRO, que la excepción de ineficacia del acto por buena fe del tercero no se dirige al Notario ni al Registrador, que no podrán admitir un otorgamiento fuera del objeto, sino al Juez, que puede declarar la eficacia del acto apreciando esa buena fe. Para esta conclusión, parte de que no puede argüirse que la buena fe y la ausencia de culpa deban presumirse.

En este punto, sin embargo, me permito discrepar ya que, al no ser oponible al tercero los posibles abusos de los administradores, aunque conste inscrito el objeto social, sí es obligado presumir que tal tercero obra de buena fe. No otra es la postura que se desprende de una de las primeras Resoluciones que hemos citado, la de 11 de noviembre de 1991, al decir que *«no puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador con el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante»*.

Y por lo que toca a la calificación, ÁVILA NAVARRO apunta que como el Registrador no puede calificar la buena o mala fe del tercero, debe abstenerse de inscribir los actos fuera del objeto social del artículo 129-2 y atenerse a la regla general del párrafo primero. En la misma línea se manifiesta GARCÍA GARCÍA, en el tercero de los trabajos recogidos en la *RCDI*, partiendo de que si bien la buena fe del tercero se presume, y por tanto ha de probarse su mala fe, sin embargo, hay que observar que la buena fe es «una presunción», y el Registro de la Propiedad español no puede partir de «presunciones»; por lo que no puede admitirse que se diga que porque se presume la buena fe del tercero haya que inscribir el negocio, sin perjuicio de que luego pueda anularse por los Tribunales. Por este motivo, GARCÍA GARCÍA es partidario de que en los estatutos consten las facultades concretas que pueda ejercitar el administrador, ya que el tercero lo que desearía es que, dentro de las facultades de los administradores, constara expresamente la facultad en concreto que le afecta para así evitarse problemas en el futuro. De este modo, la sociedad no podría alegar la mala fe del tercero, si en los estatutos ya figuran las facultades que ejerce el administrador, pues iría contra sus propios actos; y lo mismo cabría decir en el caso de que la Junta General ratificara el acto realizado antes de obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En el mismo sentido, GIMÉNEZ DUART, en sus comentarios a las Resoluciones en que estuve implicado, dice que en la práctica, los estatutos habrán de seguir redactándose con una detallada relación (jurídicamente innecesaria) de facultades de los administradores, pues el tráfico así lo exige, y el Mercantil no es un Derecho de formas, sino de tráfico precisamente, por lo que concluye señalando que, tras la enumeración estatutaria de las facultades de los administradores, habrá que añadir un nuevo rito: «las facultades enuncia-

das no suponen ampliación indirecta del objeto social, sino una mera autorización anticipada para la realización ocasional de tales actos».

Con estas posturas, que vienen a considerar plausible la enumeración de facultades de los administradores que a veces suponen la mitad o más del contenido de los estatutos de las sociedades, se está en contra de la postura que se apunta en la Primera Directiva, y que ya recogía la DGR en su *Resolución de 16 de marzo de 1990*, y cuyo acceso al Registro ha negado definitivamente el nuevo Reglamento del Registro Mercantil.

La consecuencia que se sigue de esta postura del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, de haber suprimido la posibilidad de que accedan al Registro Mercantil las facultades que los estatutos concedan a los administradores y, en su caso, se enumeren en las escrituras de constitución de las sociedades, viene a confirmar la tesis de que los terceros que contraten con administradores de sociedades ya no necesitan consultar el Registro para saber las facultades de que los mismos disponen, y ello porque con la nueva legislación inspirada en las Directivas de la Unión Europea: *los administradores disponen prácticamente, frente a tercero, de todas las facultades, estén o no relacionadas con el objeto social de la sociedad*. Otra cosa es que en el orden interno, la sociedad pueda tener en cuenta esas facultades enumeradas en los estatutos para, en su caso, actuar contra los administradores que se excedan y exigirles responsabilidad por su actuación, sin que ello afecte a la validez frente a tercero del acto realizado.

Otra cosa distinta es que la sociedad actúe a través de un apoderado, ya que, en este caso, sí será imprescindible la enumeración de facultades, ya que el apoderado sólo puede realizar aquello que le haya permitido o para lo que le haya facultado la sociedad; a veces, por razones de simplificación, las facultades que en los estatutos se concedieron al administrador o administradores que ahora otorgan el poder. En este caso, sí se enumerarán las mismas, y caso de tener que inscribirse el poder en el Registro Mercantil, también accederá al mismo la relación de esas facultades concedidas al apoderado.

De todos modos, no podemos terminar sin señalar que todavía existen importantes reticencias en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia a la hora de admitir de una forma inconclusa la doctrina germánica que inspira la nueva legislación, en la línea de la no limitación de las facultades de los administradores, salvo casos muy excepcionales.

El hecho que justifica esas reservas no se encuentra tanto en la mejor o peor adaptación de nuestra legislación mercantil a la de la CEE, sino en una deficiente divulgación de la doctrina que de la misma se deriva, como tuve ocasión de comprobar en un caso en que intervine en mi etapa de Registrador Mercantil de Madrid, y que ya he relatado en anterior trabajo. Dicho caso concreto consistió en que se exigió ampliar la enumeración de las facultades concedidas a un administrador social, concretamente, para que pudiera «rea-

lizar transferencias bancarias», ya que, al no estar dicha facultad contemplada expresamente en los estatutos, una determinada entidad bancaria se negó a cursar una transferencia por que en los estatutos solamente se hablaba de que los administradores podían disponer de las cuentas bancarias de la sociedad afectada, aunque no se hablaba de trasferirlas.

Por ello, quiero concluir indicando que es necesario hacer una amplia difusión de la nueva doctrina que rige nuestra legislación mercantil en la materia de que nos hemos ocupado, para que sea definitivamente asumida por los destinatarios de la misma. Y a ello va dirigido este trabajo, con todas las imperfecciones que puedan apreciarse en el mismo.

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES
Registrador de la Propiedad (jubilado)