

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ ELCHE

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

DERECHO



Trabajo Fin de Grado.

Curso Académico 2019-2020.

La situación jurídica del administrador no inscrito de una sociedad de capital.

Autor: Juan Carlos Bailén Pérez.

Tutor: José Javier Rojas Martínez del Mármol.



ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN. PROBLEMÁTICA Y FINALIDAD DEL TRABAJO.**
- 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR NO INSCRITO.**
 - 2.1. Normativa comunitaria.
 - 2.2. Normativa estatal: El Texto refundido de la Ley de sociedades de capital.
 - 2.2.1. Concepto y funciones del órgano de administración.
 - 2.2.2. Modos de organizar el órgano de administración y atribución de la representación a los administradores.
 - 2.2.3. Responsabilidad de los administradores.
 - 2.2.4. Requisitos para ser administrador. Prohibiciones e incompatibilidades y sanciones por su incumplimiento (arts. 212 a 213, 224.)
 - 2.2.5. Nombramiento y su inscripción. Garantías (arts. 214-216, 243 y 244).
 - 2.2.6. Retribución (arts. 217 a 220).
 - 2.2.7. Duración del cargo y cese (arts. 221 a 224).
 - 2.2.8. Deberes y prohibiciones (arts. 225 a 232).
- 3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL.**
 - 3.1. La inscripción del administrador en el Registro Mercantil.
 - 3.2. Consecuencias de la falta de inscripción del administrador en el Registro Mercantil.
 - 3.3. Facultades del administrador nombrado en la escritura fundacional hasta su inscripción.

3.4. Facultades del nuevo administrador nombrado por la junta general, hasta conseguir la inscripción.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

5. JURISPRUDENCIA DE INTERESES.

5.1. El interés de los socios y la sociedad

5.2. El interés de terceros

6. JURISPRUDENCIA.

7. RESOLUCIONES DE LA DGRN.

8. CONCLUSIONES.

9. BIBLIOGRAFÍA.



1. INTRODUCCIÓN. PROBLEMÁTICA Y FINALIDAD DEL TRABAJO.

Este Trabajo de Fin de Grado se centra en el estudio de Órgano de administración de las Sociedades de capital.

Concretamente, estudiaremos la situación existente en aquellos casos en los que el nombramiento del administrador de la sociedad no está inscrito en el Registro mercantil, analizando las consecuencias de la falta de inscripción, tanto para el administrador en sí, como para la empresa gestionada y representada por éste.

Para ello estudiaremos la figura del administrador de la sociedad mercantil y su no inscripción en el Registro Mercantil desde distintas perspectivas: el análisis de los antecedentes históricos de la normativa vigente, la exégesis de la normativa comunitaria y nacional, el análisis de la jurisprudencia del TS, y por último de las resoluciones de la DGRN.

El principal problema que plantea la no inscripción del administrador de la sociedad mercantil en el Registro mercantil, es la legalidad de sus actuaciones, ya que su cargo no goza de la publicidad adecuada en este Registro, y es sobre la figura de los administradores sobre la que recae el poder para representar, y por tanto vincular a la sociedad con terceros, estando facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

La finalidad de este trabajo es llevar a cabo un planteamiento crítico sobre la materia, en el cual cuestionaremos la idoneidad de nuestra normativa vigente y la interpretación que la jurisprudencia hace de la misma, para alcanzar unas conclusiones debidamente argumentadas en nuestro estudio.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR NO INSCRITO.

2.1 Normativa comunitaria.

En el ámbito comunitario del derecho de sociedades mercantiles destaca la (2) Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de

2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. En esta directiva se codifica parcialmente el Derecho de sociedades a escala europea, aunque los Estados miembros siguen rigiéndose por leyes propias en la materia, que de vez en cuando se modifican en cumplimiento de los reglamentos y directivas de la Unión Europea. La finalidad de este reglamento es establecer un Derecho de sociedades y un marco de gobernanza corporativo moderno y eficaz para las empresas, los inversores y los trabajadores europeos. En lo referido a su actividad codificadora, esta directiva consolida el texto vigente de seis directivas anteriores, estas son 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE, y 2012/30/UE.

La mencionada directiva se refiere al administrador de la sociedad mercantil y su obligada inscripción en el registro mercantil en el capítulo III, llamado Publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, concretamente en los artículos 14, 15 y 16.

En el artículo 14 del texto normativo al que nos referimos, se establecen los actos que deben publicar las sociedades de manera obligatoria, publicidad la cual debe estar garantizada por cada Estado. Los apartados d), subapartados i) y ii) mencionan la obligatoriedad de la inscripción que deben hacer las sociedades del nombramiento, cese e identidad de los administradores de la sociedad en el registro pertinente de cada Estado (en España el Registro Mercantil), definiendo a los administradores como aquellos que: *“i) tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio; las medidas de publicidad precisarán si las personas que tengan poder de obligar a la sociedad pueden hacerlo por sí solas o deben hacerlo conjuntamente, ii) participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad”*¹

A continuación, en el artículo 15 de la directiva, concretamente en el apartado 1, se señala también la obligatoriedad de incorporación al registro de aquellos cambios en los actos a los que se refiere el artículo 14, debiendo ser garantizado esto por el Estado a través de la adopción de las medidas pertinentes. Por lo tanto, todo cambio que verse sobre el nombramiento del administrador, la identidad, o su cese debe ser

¹ Artículo 14 apartado d), subapartados i) y ii), Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades

reflejado en el registro mercantil, con el objetivo de cumplir con el requisito de publicidad.

Por último el artículo 16 de la presente directiva, menciona en su apartado primero y tercero la necesidad de abrir un expediente en el registro mercantil de cada Estado por cada sociedad inscrita en este, incluyendo en dicho expediente todos los actos mencionados en el artículo 14, y por tanto el nombramiento, la identidad, o cese del administrador de la sociedad. Además, se exige que se garantice por parte de los Estados, la inscripción de los actos mencionados a través de medios electrónicos, “1. *En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central, mercantil o de sociedades (en lo sucesivo, «registro»), por cada una de las sociedades inscritas. 3. Todos los actos y todas las indicaciones sujetos a publicidad en virtud del artículo 14 se incluirán en el expediente o se inscribirán en el registro; el objeto de las inscripciones en el registro aparecerá en todo caso en el expediente. Los Estados miembros se asegurarán de que las sociedades y demás personas y organismos sujetos a la obligación de presentar actos e indicaciones que deban publicarse de conformidad con el artículo 14, o de participar en dicha presentación, lo puedan hacer por medios electrónicos. Además, los Estados miembros podrán imponer a todas las sociedades, o a determinadas categorías de sociedad, la realización por medios electrónicos de todos estos actos o indicaciones, o a los de determinada categoría. Todos los actos y todas las indicaciones mencionados en el apartado 14 que se presenten ya sea en papel o en formato electrónico, se incluirán en el expediente o se inscribirán en el registro, en formato electrónico. A tal fin, los Estados miembros se asegurarán de que todos los actos e indicaciones que se presenten sobre soporte papel sean convertidos para su registro en formato electrónico.*”²

En definitiva, destacamos que a nivel europeo en lo que se refiere al régimen jurídico del administrador de una sociedad mercantil y su inscripción, la Directiva (UE) 2017/1132 exige a cada Estado que garantice por medio de la adopción de las medidas pertinentes, que las sociedades mercantiles lleven a cabo la inscripción del

² Artículo 16, apartados 1 y 3, Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

nombramiento, cese e identidad de los administradores de la sociedad en el registro mercantil, además de aquellos cambios que se produzcan en cuanto a estos actos, y de la creación de un expediente en el registro mercantil por cada sociedad inscrita en el cual se incluirán a su vez dichos actos referidos a los administradores y los cambios que se produzcan en los mismos.

2.2. Normativa estatal: El Texto refundido de la Ley de sociedades de capital.

En el ámbito estatal, a través del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se aprueba e introduce la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), texto normativo que regula el funcionamiento de las sociedades de capital en España. Por medio de esta norma jurídica se unifica en un único texto legal la normativa existente sobre sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas cotizadas y sociedades comanditarias por acciones, es decir, el conjunto de sociedades de capital existentes en el ordenamiento jurídico español. Además esta ley deroga las normas que refunde, siendo estas, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los artículos 151 a 157 del Código de Comercio, relativos a las sociedades comanditarias por acciones, y el Título X de la Ley del Mercado de Valores, sobre sociedades cotizadas (con excepción de los apartados 2 y 3 del art. 114 y los art. 116 y 116 bis).

Encontramos todo lo relativo al el régimen jurídico del administrador de una sociedad en el título sexto de la norma, concretamente del artículo 209 al 252, ambos inclusive.

2.2.1 Concepto y funciones del órgano de administración.

En primer lugar, el órgano de administración de una sociedad mercantil puede ser definido como gestor de negocios ajenos, o como órgano de gestión de la empresa. También como un instrumento que ejercite los derechos de los cuales son titulares las personas jurídicas. El órgano de administración puede ser una persona física o jurídica, distinta de la persona jurídica o sociedad para la que se realiza la labor de

administración en virtud de negocio jurídico concreto; o bien puede ser un órgano de la propia persona jurídica, en cuyo caso no tiene ni personalidad ni sustantividad propia, sino que forma parte de la propia persona jurídica, como órgano perteneciente a la misma. La posibilidad de que la administración de la sociedad pueda ser llevada a cabo bien por personas jurídicas o personas físicas se establece en el Artículo 212 de la LSC.

Las funciones del órgano de administración de la sociedad se establecen en el artículo 209 de la ley de sociedades de capital, estas son: *"...la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley"*². El órgano dedicado a la administración de la persona jurídica o sociedad es necesario, ya que se le confiere la gestión y la representación de la sociedad, de tal forma que su actuación es precisa para la realización del objeto social. Podemos apreciar la actuación de los administradores de manera interna, por su labor de gestión y administración, y de manera externa por sus tareas de representación.

A través de los actos de gestión llevados a cabo por la administración, ya sean actos destinados a la gestión de la actividad ordinaria de la sociedad o bien a las relaciones de ésta con los terceros, ésta desempeña la función más importante de la sociedad, ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta General adoptando de forma cotidiana decisiones para el correcto funcionamiento de la sociedad y la consecución del objeto social (los actos no incluidos dentro del objeto social no podrán ser realizados por los administradores sin que la junta lo acuerde o los estatutos les faculten para ello (art. 234 LSC)). Destaca Vicent Chuliá que por gestión se entiende *"la fijación de la política general de la empresa (no atribuida preceptivamente a la Junta general, a diferencia de la legislación cooperativa), la programación o fijación de objetivos a corto, medio y largo plazo y una actividad de gestión diaria o asidua de la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales, financieros y otros. En suma, todo lo que no sea modificación de la estructura jurídica corporativa y financiera de la Sociedad o control del órgano de administración"*.³

³ CHULIÁ, V., *introducción al derecho mercantil*. Tirant lo Blanch, 2012.

⁴ ALFARO J., "La representación de la sociedad por los administradores", *almacén de derecho.org*, 16 de agosto de 2018.

En cuanto a la función de representación de la sociedad, *“el poder de representación de los administradores es ilimitado, en el sentido de que abarca todo el giro o tráfico empresarial delimitado por el objeto social, e ilimitable en el sentido de que los socios no pueden limitarlo con eficacia frente a terceros dentro de dicho giro o tráfico”*⁴. El órgano de administración actúa por cuenta de la sociedad mediante la función de representación, es decir, vincula a la persona jurídica con su actuación. La forma en que la sociedad tenga organizada la administración dependerá de quiénes sean las personas concretas titulares del poder de representación. Sobre este poder de representación de la sociedad que corresponde a los administradores se profundizará en el siguiente punto.

Tal y como se verá a lo largo de este trabajo, tendrá bastante relevancia el hecho de que el órgano de administración esté inscrito o no en el registro mercantil en el momento de llevar a cabo estos actos destinados al cumplimiento de sus funciones.

2.2.2. Modos de organizar el órgano de administración y atribución de la representación a los administradores.

Se establecen en el artículo 210 LSC, y en el 124 del RRM, las diferentes formas de organización del órgano de administración. Se podrá optar entre el nombramiento de un administrador único o varios administradores, que ejerzan su cargo de forma solidaria o conjunta, o confiar la administración a un consejo de administración.

Cuando el administrador es único, las funciones propias de la administración, así como las responsabilidades derivadas de sus actos u omisiones, recaen en una sola persona física. Cuando hay varios administradores caben diversas alternativas en función del modo en que se organizan las diversas personas que intervienen en la administración. Cuando la organización se haga a través de un órgano colectivo, dicho órgano se denomina Consejo de Administración y su régimen jurídico concreto se desarrolla del artículo 242 al 251 de la LSC. Cuando la organización no se haga a través de un órgano colectivo, en este caso puede optarse, a su vez, por dos tipos diferentes de organización, por un lado la Administración Mancomunada, en la cual hay varios administradores, pero para adoptar cualquier acto de administración es necesaria la voluntad de al menos dos administradores mancomunados, y por otro lado la

Administración Solidaria, supuesto en el cual cabe la posibilidad de que cada uno de los administradores solidarios actúe independientemente, obligando al resto.

También destacar que, dependiendo del tipo de sociedad de capital, la organización del órgano de administración puede presentar diferencias, por ejemplo, en la sociedad de responsabilidad limitada podrán existir más de dos administradores que actúen conjuntamente, no siendo de aplicación la regla prevista para la S.A, según la cual, en dicho caso, es preciso constituir un Consejo de Administración, así lo expresa el artículo 210.2. LSC. La Ley 25/2011, de 1 de agosto, que reforma parcialmente el Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital, da una nueva redacción al artículo 23 LSC, permitiendo que los estatutos recojan varios sistemas de administración, pudiendo la junta optar por uno u otro, sin necesidad de modificación de los estatutos. El artículo 23 "e" de LSC (tras su reforma por Ley 25/2011) dispone que en los estatutos de la sociedad de capital debe constar: ⁴"e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren." No obstante, existe cierta discordancia entre este nuevo artículo 23 "e" LSC y el contenido del artículo 22 LSC, que no fue modificado conjuntamente con aquél, y que regula el contenido de la escritura pública de constitución de la sociedad, el cual prevé, en su número 2⁵: "Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas", en cuanto dicho 22.2 LSC sigue refiriéndose exclusivamente a las sociedades de responsabilidad limitada. Por lo tanto, si los estatutos prevén diversos sistemas de administración, es la junta general la competente para decidir sobre el concreto sistema a adoptar. Pero siempre será preciso un acuerdo de la junta debidamente documentado, sin que sean de aplicación las reglas especiales de inscripción del cargo de administrador, las cuales comentaré más adelante. En este sentido, el número 4 del artículo 210 LSC⁶ dispone: "Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los

⁴ Artículo 23 "e" de LSC (tras su reforma por Ley 25/2011).

⁵ Artículo 22.2 LSC

⁶ Artículo 210.4 LSC

estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil". Es necesario por tanto, para el cambio de sistema de administración la elevación a público del correspondiente acuerdo de la junta general, no siendo bastante la certificación del acuerdo con las firmas legitimadas notarialmente o el acta notarial de la junta, las cuales sí serían suficientes para la inscripción del acuerdo de nombramiento de administrador.

La Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 233, atribuye el poder de representación de la sociedad a los administradores por ser la función de estos, dicho por Menéndez Menéndez & Rojo Fernández, es su función "*intervenir en el tráfico jurídico por cuenta de la sociedad, representándola y vinculándola en todos sus contratos con terceros*"⁷, y como he referido anteriormente, será diferente este poder de representación según la forma en la que se organice el órgano de administración, y así lo expresa el artículo 233 LSC, en su apartado 2, subapartados a), b), c) y d)⁸:

"2. La atribución del poder de representación 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 la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, 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

⁷MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO Y ROJO, ÁNGEL, *Lecciones de Derecho mercantil. vol 1*, 2019.

⁸ Artículo 233, apartado 2, subapartados a), b), c) y d), LSC.

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 una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.”

2.3.3. Responsabilidad de los administradores.

Los administradores de las sociedades de capital son los encargados de actuar en nombre y representación de la sociedad que dirigen o administran cumpliendo con los deberes que vienen establecidos en los artículos 225 y ss. de la LSC. Los administradores serán responsables si incumplen estos deberes y ello provoca un daño directo a la sociedad, afectando indirectamente a los socios o a terceros, o bien lesionando directamente los intereses de unos y otros. Se trata de una responsabilidad de naturaleza civil, distinta de la responsabilidad administrativa, fiscal, penal o de cualquier otro tipo en la que pudieran incurrir por su actuación al frente de la sociedad. En la LSC encontramos regulada la responsabilidad de los administradores del artículo 236 al 241, ambos inclusive.

Actualmente, el régimen de responsabilidad de los administradores es común a las sociedades anónimas y limitadas estableciendo la nueva redacción del artículo 236.1 LSC dada por la Ley 31/2014, en cuanto a los presupuestos para que exista responsabilidad de los administradores, lo siguiente:

“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”⁹

⁹ Artículo 236.1, Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Interpretan los autores Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte¹⁰, que no es suficiente para que el administrador incurra en responsabilidad que su actuación produzca un daño sino que también han de exigirse otros presupuestos como que el daño que produce su actuación sea sufrido por la propia sociedad, lo que le legitima para interponer la acción social de responsabilidad, o que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los administradores sea debido a actos u omisiones contrarios a la Ley o los estatutos o por ser realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, también la exigencia de una relación de causalidad entre los dos presupuestos anteriores, es decir, para considerar culpable la actuación del administrador ha de existir relación de causalidad entre su actuación ilícita y el daño producido, y por último que se cuantifique económicamente el daño producido por la actuación u omisión del administrador, siendo de prueba obligatoria para el actor que interponga la acción judicial que, en cada caso, corresponda.

Encontramos el alcance de dicha responsabilidad en los apartados 2 a 5 también del mismo artículo 236, que dicen¹¹ *“2. 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. 3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. 4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella. 5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los*

¹⁰ J. SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Navarra, 2013, págs. 528 y ss.

¹¹ Artículo 236.2, Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.”

A continuación, el artículo 237 LSC expresa el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, entendiéndose por ello que, el legitimado activo podrá dirigirse contra uno, algunos o todos los miembros que componen el órgano de administración si se dan los presupuestos para ello, a través de las diferentes acciones previstas en ley. Así reza el artículo 237 LSC, que “todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”, de lo expresado por este artículo podemos entender también que existen diversas causas de exoneración de dicha responsabilidad, las cuales son, en primer lugar que el administrador no estuviese presente en la reunión donde se adoptó el acuerdo lesivo y además desconozca su existencia. Este desconocimiento, en opinión de la doctrina mayoritaria, se refiere tanto al momento anterior a la reunión como al posterior. En este mismo sentido se posicionan Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F¹², al señalar que a la ausencia del administrador en el momento de la toma del acuerdo que produce el daño ha de exigirse además que no haya tomado parte en la posterior ejecución del mismo, pues entienden que con ello estaría ratificándolo. Otra de las causas de exoneración de la responsabilidad se da en el caso de que el administrador conozca la existencia del acuerdo lesivo, y a su vez hizo todo lo conveniente para evitar el daño, y otra de ellas sería que el miembro del órgano de administración, al menos, se opusiera de manera expresa al acuerdo lesivo. Por último, otro de los casos de exoneración de responsabilidad, es aquel en el cual el administrador manifiesta su voluntad de cesar como miembro del órgano de la sociedad a través de notificación fehaciente firmada ante Notario y comunicada por éste a la sociedad. En este caso, los terceros de buena fe ajenos a la sociedad pueden no haber tenido conocimiento del cese si los administradores que continúan en el ejercicio de su cargo no han realizado los trámites necesarios para su inscripción en el

¹² BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil. Madrid, 2014, pág. 507.

Registro Mercantil correspondiente, es decir, los administradores pueden seguir estando inscritos en el Registro Mercantil. En opinión de Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., aunque los terceros puedan seguir considerando a esa persona como administrador, ya que en el Registro sigue apareciendo como tal, ha de considerarse que será de aplicación la causa de exoneración prevista en el art. 237 LSC por no haber intervenido en su adopción y desconocer su existencia.¹³

Nos centramos ahora en las distintas acciones para reclamar la responsabilidad de los administradores, la Ley distingue entre la acción social (art. 238 LSC) e individual (art. 241 LSC) de responsabilidad, en función de que el patrimonio directamente dañado por el acto de los administradores sea el de la sociedad o el de los socios o terceros. La acción social de responsabilidad, regulada en el artículo 238 de la LSC, salvaguarda los intereses sociales y, por tanto, para ejercitar esta acción se requiere que el daño se haya causado a la sociedad. Están legitimados para ejercitar la acción social de responsabilidad, en primer lugar, la propia sociedad; y con carácter subsidiario, los accionistas, y, por último, los acreedores. Es necesario el acuerdo previo de la Junta General para llevar a cabo la acción de responsabilidad, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier siendo suficiente la mayoría ordinaria de accionistas de cualquier Junta general sin que sea válido que los estatutos fijen una mayoría calificada, siempre y cuando no se opusieran a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social. Si la acción social no fuera instada por la sociedad, la Ley establece un sistema de legitimación subsidiaria estando legitimados para llevarla a cabo el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de junta general, o por otra parte podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad dichos socios cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general, y así lo expone el art. 239.1, de la LSC, “ 1. *El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha*

¹³ BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 2014, pág. 508.

de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.”. La Ley 31/2014 da una redacción nueva al apartado 2 del art.239 de la LSC, donde se obliga a la sociedad, en caso de estimación total o parcial de la demanda, a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en los que hubiera incurrido. Cuando la acción social no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, podrán ejercitarla subsidiariamente los acreedores de la sociedad siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, así lo establece el artículo 240 LSC.

Una vez establecido cuando es responsable el administrador, el carácter solidario de dicha responsabilidad, y las distintas acciones existentes para reclamar dicha responsabilidad, la pregunta es ¿Cómo se aplica este régimen de responsabilidad cuando el órgano de administración no ha sido inscrito en el Registro Mercantil? El art. 36 LSC, regula dicha responsabilidad diciendo que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. Por tanto, el órgano de administración, desde su nombramiento, y salvo otra disposición expresa en los estatutos, ya puede operar, ya puede ejercer sus facultades de administración y sus actos obligarán a la sociedad una vez inscrita.

¿Cuál sería el momento en el que el administrador deja de ser responsable solidario por los actos realizados por el resto de miembros del consejo de administración? nos referimos al plazo de tiempo que transcurre entre el momento en que el administrador manifiesta ante Notario su voluntad de cesar en el cargo y el momento mismo de la inscripción de dicho cese. Por una parte el criterio seguido por la administración es considerar responsable solidario a ese administrador por los actos realizados en ese espacio de tiempo, mientras que línea de la jurisprudencia del

Tribunal Supremo es contraria a este criterio, declarando que las inscripciones registrales de los acuerdos de cese no tienen carácter constitutivo, sino declarativo, correspondiendo por tanto el deber de inscribir a los nuevos administradores, sin que ninguna responsabilidad por falta de inscripción pueda exigirse a los cesados.

2.2.4. Requisitos para ser administrador. Prohibiciones e incompatibilidades y sanciones por su incumplimiento (arts. 212 a 213, 224, 229 y 230).

En una sociedad de capital sus administradores pueden ser personas físicas o jurídicas (art. 212). En el caso de que el administrador sea persona jurídica, el artículo 212 bis de la LSC impone a este tipo de administrador el deber de designar una persona natural para el ejercicio permanente de sus funciones, algo lógico, pues es más práctico tener una persona física a la que poder dirigirte más personalmente. Además, si el representante revoca, esto no produce efecto hasta que no se designe una persona que la sustituya. El precepto reconoce expresamente la posibilidad de que se designe administrador a una persona jurídica, pero para poder inscribirse en el Registro Mercantil, tiene que constar la identidad de una persona física que se haya designado para representar a la jurídica en el ejercicio de las funciones propias a su cargo. Es más fácil que la persona jurídica actúe a través de una persona física concreta a la que pueda dirigirte personalmente. Por otro lado, no se necesita ser socio para ser nombrado administrador, salvo que los estatutos de la sociedad dispongan lo contrario. El hecho de que el administrador no sea socio, quizás tenga que ver con que desempeñe su cargo con más imparcialidad y objetividad que si tiene intereses en juego al ser socio. Dice el artículo 213 de LSC que no podrán ser administradores

“1. 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 socioeconómico, 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. *Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.”*

Una vez establecidas estas prohibiciones hay que ver si concurren las incompatibilidades legales que se prevean en las leyes de las Comunidades Autónomas, así como del Estado. Como se observa, estas prohibiciones hacen notar que un administrador debe ser un cargo que le corresponda a alguien totalmente objetivo e imparcial y que además tenga sus plenas facultades, tanto volitiva como intelectual. El administrador que aún no haya sido inscrito en el registro mercantil, siempre y cuando este efectivamente nombrado con todos los requisitos legales y no se de ningún tipo de prohibición de las anteriores referidas, será considerado administrador pudiendo vincular a la sociedad con terceros, y como he expresado con antelación, ya puede operar, ya puede ejercer sus facultades de administración y sus actos obligarán a la sociedad una vez inscrita.

El artículo 224 se refiere los supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima, tales como que los administradores incurran en alguna prohibición legal o cuando tengan intereses opuestos a los de la sociedad. Sánchez Calero¹⁴ especifica las siguientes causas de cese para los administradores en las sociedades anónimas: Acuerdo de la junta general para destituirlo (arts. 223 y 224 LSC; sobre la inscripción de la separación, v. art. 148 del RRM); acuerdo de la junta de promover la acción de responsabilidad contra los administradores (art. 238.2 LSC); disolución de la sociedad una vez que se abre el período de liquidación (art. 374 LSC); dimisión del administrador (v. arts. 242.2 LSC y 147.1 del RRM); muerte del administrador, en el caso de que sea una persona física, o su disolución si es jurídica; iniciación de la fase de liquidación en el procedimiento previsto por el art. 27 Ley Concursal; y en determinadas sociedades anónimas especiales cuando lo acuerde la Administración Pública conforme a su régimen. Así mismo establece que este cese deberá hacerse constar en el Registro Mercantil (arts. 145 a 148 del RRM).

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Parte Tercera, Capítulo 10, 23ª ed.

2.2.5. Nombramiento y su inscripción. Garantías (arts. 214-215, 243 y 244 LSC).

El nombramiento de los administradores, su aceptación, así como su posterior inscripción se encuentra en los artículos 214 y 215. Cuando se constituye la sociedad, han de establecerse en la escritura fundacional los primeros administradores y todos los nombramientos posteriores son competencia de la misma, con las excepciones que la ley establezca.

No se da otro procedimiento de designación alternativo en las S.R.L., sin embargo en las sociedades anónimas este principio tiene dos excepciones para los miembros del consejo de administración. La primera excepción nace al establecer la LSC un sistema de representación proporcional de los accionistas en el consejo de administración, mediante esto se intenta garantizar el derecho de los socios más significativos de la sociedad a intervenir en la designación de sus miembros. Así, el accionista o los accionistas que representen una cifra de capital igual o superior al cociente de dividir la cifra de capital por el número de vocales del consejo dispondrán de la facultad de designar a un miembro de éste. La segunda trata sobre el sistema de cooptación para la cobertura de vacantes anticipadas que se den en el consejo de administración, en esta se le da al consejo la facultad de que nombre a las personas que van a ocupar esas vacantes y así eludir la costosa convocatoria de la junta general. Otra excepción reseñable es la figura del administrador judicial, regulada en los artículos 630 y siguientes de la LEC. Cabrá su nombramiento en sede judicial (competencia actualmente atribuida al Secretario judicial) "cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación". Como regla general, sustituye a los administradores sociales y queda sujeto a su mismo régimen, aunque bajo control judicial. Así, el artículo 632.1 LEC dispone: "Cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización del Secretario judicial responsable de la ejecución para enajenar o gravar participaciones en la

empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia hubiere expresamente señalado el Secretario judicial"

Ser nombrado administrador no necesita ningún requisito especial, ni siquiera es necesario ostentar la calidad de socio, a no ser que los estatutos digan lo contrario. Es posible que los estatutos limiten el ámbito de elección de la junta, particularmente exigiendo que el administrador sea socio de la entidad. Sin embargo, existen limitaciones a esta posibilidad de configuración estatutaria. Según Valpuesta Gastaminza¹⁵, sería contraria a esta regla que atribuya a la junta general la competencia para designar a los administradores "una norma estatutaria que exigiera unos requisitos para ser administrador que, de hecho, supusieran la predeterminación de la persona del administrador (p. ej. ser socio con más del cincuenta por ciento del capital social). Se pronuncia En un sentido similar, la Resolución DGRN de 18 de junio de 1980 rechazó la inscripción de una cláusula estatutaria conforme a la cual para ser designado consejero era preciso tener la condición de accionista de unas determinadas sociedades, distintas de la sociedad en cuestión (eran las socias fundadoras de la sociedad): *"aun cuando se pueden establecer con carácter objetivo circunstancias que delimitan el condicionamiento para poder ser designado Administrador, ello no obstante no autoriza -como en este caso concreto- el reducir la posibilidad de que puedan ser elegidos para tal cargo únicamente determinadas personas, ya que, si así ocurriera, se vulneraría, entre otros, el derecho de las minorías a designar sus Vocales con arreglo al art. 71-2.º de la Ley e incluso podrían producirse situaciones anómalas que impedirían el ejercicio por la Junta de la facultad de separación establecida en el art. 75 de la misma Ley"*.

Sin embargo, los administradores deben de aceptar su nombramiento para que desde ese instante tenga efecto, pudiendo hacerlo en la junta general o posteriormente. Una vez que se acepta y por tanto surte efecto, ha de inscribirse el cargo del administrador y así se expresa en el Registro Mercantil (art. 215 LSC y arts. 138 y ss. y 191 y ss. RRM). Hasta que no se dé la aceptación no podrán inscribirse en el Registro Mercantil, una vez que se dé la aceptación, deberá presentarse el nombramiento de los administradores a inscripción en el RM en un plazo de diez días

¹⁵ VALPUESTA GASTAMINZA "Comentario a la Ley de sociedades de capital". Bosch. (2013).

posteriores a la aceptación, haciendo constar en dicha inscripción la identidad de los nombrados, y el modo de organización que van a desarrollar, ya sea uno o varios administradores. El nombramiento de los administradores, despliega efectos desde el instante de su aceptación, por tanto su inscripción en el RM no es constitutiva, aunque sí obligatoria. De tal modo que estarían permitidos aquellos actos llevados a cabo antes de la inscripción. Además, la inscripción que hace que el nombramiento produzca efectos no sólo contra la sociedad, sino también contra terceros que podrían rechazar el nombramiento. Por ejemplo, un tercero que ha firmado cualquier tipo de contrato con un administrador inscrito, pero que ya ha sido destituido y sustituido por otro, sin que se hayan inscrito estos actos en el Registro Mercantil. Dicho cambio no se podría oponer al tercero que ha confiado en el Registro, por lo que la sociedad tendrá que respetar el contrato firmado por el administrador destituido. En la legislación de 1989, no basta con que esté inscrito el cargo de administrado, sino que además se ha de haber publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME). Pero incluso si se ha publicado, el tercero (en el ejemplo, el firmante del contrato con el administrador destituido) podría desconocer el nombramiento si se trata de operaciones realizadas en los quince días siguientes y prueba que no pudo conocer la publicación. De ahí la trascendencia de no demorarse en la inscripción de los nombramientos y de los ceses de los administradores de una sociedad. Como señala el 214.3 TRLSC, el nombramiento de administradores surtirá efecto desde su aceptación, sin perjuicio de su obligatoria inscripción.

Conviene distinguir el nombramiento de los administradores en sentido estricto y la distribución de cargos del órgano de administración (nombramiento de presidente, secretario, vicepresidente...). Esto último, la simple distribución de responsabilidades entre los administradores, es competencia del propio consejo de administración.

En sociedades pequeñas en las que los socios y los gestores son prácticamente las mismas personas, es frecuente que sea la junta general la que acuerda todos los nombramientos. No obstante, es posible que los estatutos de la sociedad dispongan otra cosa, pueden otorgar a la junta general la capacidad para que sea este órgano el encargado de repartir las competencias entre cada uno de los miembros del consejo de administración.

La inscripción de nombramientos y ceses en el Registro Mercantil se puede obtener de varias maneras, mediante certificación del acta de la junta general o, en su caso, del consejo de administración con firmas legitimadas notarialmente, o testimonio notarial de dicha acta, también por acta notarial de la junta (siempre que dicha junta se celebre ante Notario, además podrá hacerse también por escritura pública, que incorporará la certificación con firmas legitimadas. El artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, exige que se debe reunir en la certificación las circunstancias necesarias para calificar la regularidad y validez de los acuerdos adoptados, pues se trata de acuerdos inscribibles. Dichas circunstancias son distintas según los casos, pero en general podemos citar lo relativo a la convocatoria, asistencia, mayoría por la que se adoptaron los acuerdos, orden del día y otros.

2.2.6. Retribución (arts. 217 a 220).

Se regula en los artículos 217 y siguientes modificados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En cuanto a la retribución de los administradores se observan diferentes conflictos, el administrador querrá obtener la mayor remuneración que le sea posible; por otro lado la sociedad pretenderá que sus gastos sean lo más pequeños posibles y por otro, los socios querrán obtener los mayores beneficios posibles. Por estas discrepancias, es necesaria la aplicación del principio de transparencia y *“una gobernanza empresarial sana, como se puede observar en las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras”*¹⁶. Dice el artículo 217:

“1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.

2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

a) una asignación fija,

¹⁶ COHEN BENCHETRIT, A. “¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?” (2017).

- b) dietas de asistencia,*
- c) participación en beneficios,*
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,*
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,*
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y*
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.*

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.”

Se establece por tanto en el artículo 217.1 el principio general de la gratuidad del cargo del administrador, sin embargo, en el caso de que exista remuneración, deberá constar y ser determinada en los estatutos sociales, manifestándose así el principio de transparencia. Deberán concretarse los conceptos retributivos en el acuerdo de la junta, ya que la DGRN ha rechazado fórmulas como "el cargo de administrador será retribuido con la cantidad que, para cada ejercicio, acuerde la Junta General", por falta

de esta determinación.¹⁷ El TS en la sentencia 412/2013, de 18 de junio, considera que es necesario mantener el mandato de establecer el carácter retribuido del cargo de administrador y de su sistema de retribución en los estatutos sociales *“aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en aminorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles”*. Lo que se pretende, según el TS, es que los propios socios establezcan el régimen retributivo de los administradores de la sociedad mediante un acuerdo en la junta, y que estén bien informados sobre la remuneración que se les da a las personas que se encargan de la administración de su sociedad. También se admite una cláusula estatutaria que establezca el carácter gratuito del cargo y a la vez fije una pensión para los administradores en caso de jubilación¹⁸. También, La Resolución DGRN de 19 de febrero de 2015 admite la fijación en los estatutos de la cuantía exacta de la retribución, afirmando que *“una previsión estatutaria como la analizada en este expediente no sólo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que garantiza una mayor certidumbre y seguridad tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución, en su aspecto cuantitativo concreto, dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general”*. El art. 217.3 LSC obliga a que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores se tenga que aprobar por la junta general, que tendrá vigencia para cada ejercicio, donde parece admitirse que la junta general distribuya desigualmente la retribución de los administradores aun en el caso de ser solidarios o mancomunados. También se establece en el apartado 3 del artículo 217, que los administradores o cuando exista, el consejo de administración, tienen competencia de distribuir la concreta retribución individual de cada uno de los administradores o consejeros. Aunque se ha rechazado en general el establecimiento de sistemas de retribución alternativos, sí son posibles

¹⁷ Resolución DGRN de 21 de enero de 2016.

¹⁸ Resolución DGRN de 5 de abril de 2013.

cuando la aplicación de uno u otro depende no de la libre voluntad de la junta sino de los criterios establecidos estatutariamente. Así, la Resolución DGRN de 12 de marzo de 2015 admite la siguiente cláusula estatutaria: *"El cargo de administrador será retribuido y consistirá en una cantidad dineraria, que resultará de la cantidad más alta de entre el del dos por ciento (2%) sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior o la cantidad de mil euros (1.000,00 euros) anuales para cada uno de los administradores"*.

En el art. 217.2 LSC se distinguen diferentes conceptos retributivos que pueden integrar la remuneración de los administradores pero según no es ésta una lista cerrada, por lo que los estatutos de una sociedad pueden establecer otros conceptos retributivos. Hay conceptos retributivos que dan lugar a disposiciones normativas adicionales dentro de la LSC, estos son la remuneración mediante participación en beneficios y aquella vinculada a las acciones de la sociedad de los artículos 218 y 219 LSC a los que solo haré referencia sin entrar a detallarlos.

En cuanto al hecho de que el administrador no esté inscrito en el registro mercantil, esto no afecta en lo que acontece a su retribución, ya que como he expresado anteriormente, una vez realizado el acuerdo general donde se le nombra administrador, este tiene plenas las facultades que se le asignan a su cargo, estando dentro de estas también el hecho de recibir o no una remuneración por el ejercicio del mismo.

2.2.7. Duración del cargo y cese (arts. 221 a 224).

Se establece la duración del cargo en el artículo 221, diferenciando entre las sociedades de responsabilidad limitada, y las sociedades anónimas. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada 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."*¹⁹. Por otra parte los administradores de la sociedad anónima *"ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual*

¹⁹ Artículo 221.1 LSC.

para todos ellos. Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.”²⁰

En una sociedad limitada en que los estatutos no fijan plazo de duración del cargo no cabe atribuir a la junta esta facultad. La Resolución DGRN de 18 de septiembre de 1999 rechaza la inscripción de una cláusula estatutaria según la cual los administradores: "serán nombrados por la junta general por el plazo que determine la propia Junta General, incluso por tiempo indefinido". En la sociedad anónima es la propia norma la que fija el plazo máximo legal (seis años) aunque los estatutos podrán establecer uno inferior, es necesario por tanto en la sociedad anónima que los estatutos fijan concretamente el plazo de duración del cargo, no pudiéndose entender que una omisión de la expresión del plazo pueda suplirse mediante la aplicación del plazo máximo legal, pues esta es una conclusión que no resulta necesariamente de los estatutos. El plazo de seis años procede de la reforma de la anterior LSA por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que amplió el anterior máximo legal de cinco a los actuales seis años, también introdujo la exigencia de que el plazo fuera igual para todos ellos.

¿Cuándo comienza el plazo? Según Vicent Chuliá²¹ el plazo debe contarse desde el momento del nombramiento y no desde la aceptación, para evitar que aceptaciones retrasadas influyan en aquel, así lo entiende también Ávila Navarro²², admitiendo que esta fecha es la única que puede controlar la sociedad, no hace depender la duración del cargo de la voluntad del administrador, e impide que el plazo del cargo de administradores, nombrados el mismo día y para el mismo tiempo, pueda terminar en días distintos. Sigue igualmente la tesis de contar el plazo desde el nombramiento y no desde la aceptación, Valpuesta Gastaminza²³ afirmando que esta es la posición mayoritaria en la doctrina. En contra se pronuncia Luis Hernando Cebriá²⁴ con la precisión, con base en el artículo 141 RRM, de que el plazo solo se contará cuando acepten un número de administradores que permitan al órgano de administración

²⁰ Artículo 221.2 LSC.

²¹ CHULIÁ, V., Introducción al derecho mercantil. Tirant lo Blanch, 2012.

²² ÁVILA NAVARRO, PEDRO, *La sociedad limitada*, Editorial Bosch, 2007.

²³ VALPUESTA GASTAMINZA "Comentario a la Ley de sociedades de capital". Bosch. 2013.

²⁴ Luis Hernando Cebriá, "La posición jurídica del administrador con cargo caducado". (Diciembre 2012).

actuar efectivamente. Se entiende por tanto de lo establecido por estos autores, que no será necesaria la inscripción del administrador en el registro mercantil para el comienzo del cómputo del plazo de duración del cargo de administrador, sino que empezará a contar desde su nombramiento por la junta general.

Dice el artículo 222, que el cargo del administrador caducará cuando una vez transcurrido el plazo del cargo, se haya celebrado junta general o cuando se haya pasado el plazo para celebrar la junta que resuelve sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. La Ley prevé por tanto un periodo de “prórroga legal” del cargo de administrador que procederá entre el momento de vencimiento del plazo por el que fue nombrado el administrador y la celebración de la siguiente Junta de socios. Si no se celebre Junta general, la Ley establece la finalización de ese periodo y, por consiguiente, el inicio de la caducidad en el momento en que se supera el plazo legal para la celebración de la Junta para la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior que se tiene que celebrar obligatoriamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio.

El Artículo 223, se refiere al cese de los administradores en su cargo, en concreto, el cese voluntario de los administradores por la junta general. En el primer apartado se establece la libre revocabilidad del cargo de administrador, siendo la única limitación admisible la recogida en el apartado segundo, donde se exige que para las sociedades de responsabilidad limitada *“los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”*. Según señala la Resolución DGRN de 10 de mayo de 2011, sin necesidad de estar incluido en el orden del día, la Junta General podrá cesar a un administrador y nombrar a uno nuevo que ocupe el cargo del cesado, por tanto para el cese del cargo del administrador es esencial el acuerdo de la junta general para ello. Sin embargo en la Resolución DGRN de 23 de julio de 2019 se establece que, aunque cabe cesar a los administradores y nombrarles sustitutos sin que dichos acuerdos se hallasen incluidos en el orden del día de la junta, esto no será aplicable en el caso del cambio de estructura del órgano de administración con dicho cese, por ejemplo, el cese de dos administradores mancomunados y nombramiento de administrador único. Además, tal y como

establece el artículo 217.1.e LSC, es posible pactar una indemnización con motivo del cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador.

El Artículo 224 habla de los supuestos especiales del cese del cargo del administrador en la sociedad anónima. Serán cesados en su cargo aquellos administradores que estén incurso en una prohibición legal o que tengan intereses opuestos a la sociedad, sin embargo tal y como establece la resolución DGRN de 26 de julio de 1996 el cese de los administradores incurso en una prohibición legal no es automático sino que exige previo acuerdo de la junta general. Sánchez Calero²⁵ especifica las siguientes causas de cese para los administradores en las sociedades anónimas: Acuerdo de la junta general para destituirlo (arts. 223 y 224 LSC; sobre la inscripción de la separación, art. 148 del RRM); acuerdo de la junta de promover la acción de responsabilidad contra los administradores (art. 238.2 LSC); disolución de la sociedad una vez que se abre el período de liquidación (art. 374 LSC); dimisión del administrador (arts. 242.2 LSC y 147.1 del RRM); muerte del administrador, en el caso de que sea una persona física, o su disolución si es jurídica; iniciación de la fase de liquidación en el procedimiento previsto por el art. 27 Ley Concursal; y en determinadas sociedades anónimas especiales cuando lo acuerde la Administración Pública conforme a su régimen. Así mismo establece que este cese deberá hacerse constar en el Registro Mercantil (arts. 145 a 148 del RRM).

En cuanto a la constancia del cese en el registro mercantil, es decir la inscripción del cese del cargo del administrador en el registro, ¿qué ocurre cuando no se produce la inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil? esta falta de inscripción puede ocasionar que los terceros, confiando en la situación registral, dirijan sus demandas de responsabilidad frente a quien a pesar de haber cesado figura como administrador. La inscripción del cese o dimisión del administrador resulta obligatoria en virtud de lo dispuesto en los artículos 22.1 CCom y 147.1-148 RRM. A pesar de la existencia de sentencias que confieren a la inscripción del cese o dimisión carácter constitutivo, a día de hoy, conforme a la más moderna y reiterada jurisprudencia, debe

²⁵ Sánchez Calero, F., (2018), "Principios de Derecho Mercantil. Tomo I", Parte Tercera, Capítulo 10, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

entenderse que tiene naturaleza declarativa, ya que ninguna disposición establece el carácter constitutivo de la inscripción del cese o dimisión del administrador, por lo tanto, tiene efectos con independencia de su acceso al Registro. Ahora, ¿es oponible al tercero de buena fe el cese no inscrito? Conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 RRM y 21.1 CCom, los actos sujetos a inscripción sólo resultan oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, quedando a salvo los efectos propios de la inscripción. Por lo tanto lo no inscrito no perjudica a tercero de buena fe. Entonces, respecto de los actos realizados por el administrador que ha cesado o dimitido sin haber inscrito dicho cese o dimisión en el Registro Mercantil ¿pueden los terceros de buena fe ampararse en la falta de inscripción, para demandar responsabilidades derivadas de actos ocurridos después del cese y antes de su inscripción registral? No, ya que, en primer lugar la falta de inscripción del cese no puede ser por sí misma determinante de la prolongación de la responsabilidad más allá del cese efectivo, ya que el cese de la actividad impide un ejercicio eficaz de las funciones de administración. Al cesar un administrador se pierden los derechos y obligaciones del cargo, y, por lo tanto, no podrán serle exigidas las responsabilidades asociadas a los mismos por hechos posteriores. Por tanto y como conclusión, sólo cabe extender la responsabilidad del administrador a los actos que tengan lugar hasta el momento en que cesó válidamente, no pudiendo los terceros de buena fe ampararse en la falta de inscripción para demandar responsabilidades derivadas de actos ocurridos después del cese y antes de su plasmación registral. Además, respecto al tercero de buena fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción se inicia desde la inscripción.

2.2.8. Deberes y prohibiciones (arts. 225 a 232).

El órgano de administración tiene que someterse a unos criterios de actuación, que les marcará las directrices a la hora de desempeñar su cargo. En caso de que incumplan estos deberes, surgirá responsabilidad, y serán los administradores los que tendrán que responder ante esta situación. Estos deberes que deben acatar los administradores se encuentran en los artículos 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, y 232

LSC. Entre todos los deberes podemos hacer dos grupos, tal y como García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L.²⁶, el deber de diligencia y el de lealtad.

En primer lugar, el art. 225 LSC trata el deber general de diligencia:

“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.”

Destaca del precepto, la obligación impuesta por la que el administrador debe desempeñar su cargo *“con la diligencia de un ordenado empresario”*. Según la RAE, diligencia es entendida como *“Cuidado, prontitud, agilidad, competencia en la acción”*, por lo que son estos los criterios con los que cualquier administrador de una sociedad de capital ha de obrar. Dice el artículo 225 que el administrador debe ser diligente en lo relacionado con *“la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”*, por lo que va a ser diferente el deber de diligencia al que se encuentran sometidos el presidente ejecutivo del que se encuentra sometido un consejero común. Por otra parte, establece el apartado 2 del artículo dos exigencias impuestas a los administradores para que obren con la debida diligencia. La primera establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada, obligación que tendrá diferente grado debido a las distintas clases de administradores, a la variedad de cargos que coinciden en un mismo órgano de administración y a la propia dimensión y actividad de la sociedad. La segunda exigencia establece que a los administradores se les considerará diligentes por su actuación individual y por cómo organizan la gestión de la sociedad, lo cual ha de completarse con la función de control o supervisión, que

²⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A Y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A (2018), *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, Lección 23, Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra.

así mismo se encuentra relacionada con la responsabilidad general y solidaria que describe el art. 236 LSC. El tercer apartado del artículo 225, debe interpretarse como un deber individual de información asignado al administrador en el desempeño de sus funciones. Indica este precepto a la vez un derecho y un deber que tiene el administrador, de servirse y obtener en cualquier nivel y ámbito de la sociedad información que le sea necesaria para cumplir con las funciones asignadas, sin embargo este está objetivamente limitado, y aquí es donde entra el artículo 226. Aquí entra el artículo 226 ya que esta búsqueda o utilización de información por parte del administrador y en general las decisiones a tomar en el cargo de administrador deben estar, tal y como establece el artículo 226 en su apartado 1, , *“sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.”* Surge por tanto una especie de *“espacio de inmunidad judicial”* en relación con estos actos realizados por los administradores, basado en que en estos supuestos el administrador actúa de buena fe, haciendo lo que más le interesa a la sociedad. La aplicación de esta regla de protección se sujeta al cumplimiento de ciertos presupuestos, que el administrador haya actuado de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión (lo cual excluye a aquellas decisiones en las que tenga interés, así como aquellas que afecten a otros administradores y personas vinculadas (art. 226.2 LSC)); con información suficiente, es decir, que deberá el administrador desempeñar su cargo de conformidad con el apartado 3º del artículo 225 tal y como he expuesto anteriormente.; y por último ha de actuar dentro del marco de las normas societarias que regulan el proceso de toma de decisiones.

El art. 227 LSC, se refiere al deber de lealtad, dice así:

“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.”

El deber de lealtad básicamente impone al administrador la obligación de actuar defendiendo los intereses societarios por encima que los suyos propios. Y es que, la lealtad es definida en la RAE como el “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”. Vemos este deber de lealtad plasmado en los artículos que le suceden en la LSC, estos son, el Art. 228 , que se refiere a las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad; el Art. 229, donde se establece el deber de evitar situaciones de conflicto de interés; y por último el Art. 230, que define el régimen de imperatividad y dispensa. El art. 228 LSC recoge diversas obligaciones derivadas del deber de lealtad de manera concreta, estas son En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

“a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.”

En segundo lugar, el art. 229 LSC recoge el deber de evitar situaciones de conflicto, y en su primer apartado establece las actuaciones prohibidas en el cargo del administrador, estas son,

“a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.”

Se establece en el segundo apartado del artículo 229 LSC que estas prohibiciones también se aplican si el que se beneficia de los actos o actividades no permitidas es una persona relacionada con el administrador, como por ejemplo su cónyuge, hermano, hijo, padre, entre otros recogidos en el artículo 231 LSC. El último apartado del artículo 229, establece el deber que tiene el administrador de comunicar a los demás, bien junta o bien miembros restantes del órgano administrativo, cualquier situación de conflicto. Estas obligaciones, impuestas por el deber de libertad son de carácter imperativo tal y como establece el artículo 230 LSC en su apartado primero, donde se establece que *“el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo*

limiten o sean contrarias al mismo.” Por último, el art. 232 LSC trata las acciones derivadas del incumplimiento del deber de lealtad.

Estos deberes exigidos al órgano de administración también le son impuestos a aquel administrador cuyo cargo no está inscrito en el registro mercantil, ya que como he detallado anteriormente, la inscripción en el registro no tiene carácter constitutivo, y por tanto el administrador una vez elegido en junta general ostenta, no solo de manera íntegra sus poderes y facultades, sino que también está obligado a cumplir con los deberes que le son inherentes al cargo de los citados preceptos. Sin embargo, tiene una “obligación o deber adicional” aquel administrador que no está inscrito, que no le es exigida a él en sí mismo, pero deriva de su cargo. Este deber es el de presentar el nombramiento de los administradores a inscripción en el RM en un plazo de diez días posteriores a la aceptación, y además, acreditar la concurrencia de los requisitos legales exigibles para apreciar la válida designación del administrador por la junta cuando el cargo aún no ha sido inscrito en el registro. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. Se trata de la acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del administrador, debe contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extra registral (vid. artículos 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL.

3.1. La inscripción del administrador en el Registro Mercantil.

Como ya he mencionado anteriormente, y así se establece en los artículos 214 y 215 LSC, en el momento de constitución de la sociedad se establecen en la escritura

fundacional los primeros administradores y todos los nombramientos posteriores son competencia de la junta, con las excepciones que la ley establezca. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, por tanto, una vez que se acepta y por tanto surte efecto, ha de inscribirse el cargo del administrador en el Registro Mercantil (art. 215 LSC y arts. 138 y ss. y 191 y ss. RRM). Deberá presentarse el nombramiento de los administradores a inscripción en el RM en un plazo de diez días posteriores a la aceptación, haciendo constar en dicha inscripción la identidad de los nombrados, y el modo de organización que van a desarrollar, ya sea uno o varios administradores. El nombramiento de los administradores, despliega efectos desde el instante de su aceptación, por tanto su inscripción en el RM no es constitutiva, aunque sí obligatoria. Ahora, ¿cómo se lleva a cabo el acto de inscripción en el Registro?, existen varias formas. Una de ellas es por medio del soporte papel, la cual se realiza en persona, dirigiéndose a las dependencias del Registro Mercantil de Madrid, dentro del horario de apertura al público. Otra de ellas es por correo, ya sea por correo certificado, mensajería, etcétera. En este caso se deben facilitar los datos del presentante, y realizar la provisión de fondos incluyendo un cheque nominativo a favor del Registro Mercantil de Madrid, de 200 €. También se podrá llevar a cabo la inscripción del cargo del administrador utilizando fax en el caso de que concurren razones de urgencia o necesidad. La última de las formas por las que se puede llevar a cabo la inscripción del administrador es de manera telemática a través del Sistema CIRCE. Son envíos realizados por dicho organismo, y no hay necesidad de realizar provisión de fondos directamente al Registro Mercantil de Madrid y se lleva a cabo desde las Notarías. Las personas que realicen el acto de inscripción serán considerados representantes, de quien tenga la facultad o el deber de solicitar la inscripción. El presentante, a efectos de notificación, una vez realizada la inscripción total o parcial, o bien la calificación negativa, deberá facilitar en el momento de la presentación, datos suficientes para la misma: DIRECCIÓN ELECTRÓNICA para recibir un enlace y poder descargar LA NOTIFICACIÓN el titular de la FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA, para cuyo fin DEBE INDICAR EL DNI DE ESA PERSONA FÍSICA CON CERTIFICADO DIGITAL RECONOCIDO y, además, nombre y apellidos, dirección postal y de correo electrónico,

fax y teléfono.²⁷ En virtud de lo establecido por el Art. 18 ,Código de Comercio, en principio, salvo que se disponga lo contrario, la inscripción en el Registro Mercantil únicamente podrá tener lugar mediante documento público. No obstante, en los casos de la inscripción del empresario individual y la inscripción y cese de administradores, las propias Leyes o el Reglamento del Registro Mercantil, permiten que se autorice el registro de documentos privados, o que la inscripción se realice en virtud de una sentencia judicial.

3.2. Consecuencias de la falta de inscripción del administrador en el Registro Mercantil.

Tal y como he comentado a lo largo del trabajo, las consecuencias de la falta de inscripción del cargo del administrador en el Registro Mercantil se manifiestan en lo relativo a la publicidad del cargo en el Registro y también en la responsabilidad atribuida al administrador cuyo cargo va a ser inscrito, por aquellos actos realizados antes de su inscripción. Mientras el nuevo administrador nombrado por la junta general no esté inscrito, (o lo que es lo mismo, el antiguo administrador no haya inscrito su cese en el registro), su falta de inscripción puede ocasionar que los terceros, confiando en la situación registral, dirijan sus demandas de responsabilidad frente a quien -a pesar de haber cesado- figura como administrador. Por tanto se puede dar el caso en el que, se dirijan reclamaciones de responsabilidad al administrador ya cesado por la junta general en base a acciones que en realidad ha llevado a cabo el nuevo administrador, y todo debido a que la inscripción en el Registro Mercantil, tanto del cese como la inscripción, tienen naturaleza declarativa y no constitutiva. Ahora bien, ¿a quien se le atribuye la responsabilidad por los actos realizados en estos casos?

Como he comentado anteriormente con el cese el administrador pierde tanto los derechos como obligaciones del cargo, por tanto, no podrán serle exigidas las responsabilidades asociadas a los mismos por hechos posteriores que haya realizado el nuevo administrador. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad realizados por el administrador antes de su inscripción en el Registro Mercantil, dice el artículo 36 , que responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser

²⁷ <https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Servicios/Documentos.aspx>.

que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. Por tanto, el órgano de administración, desde su nombramiento por la junta general y aunque no sea inscrito en el registro, obligará a la sociedad mediante sus actos y serán estos administradores los que responderán de las distintas maneras que trataremos a continuación.

3.3. Facultades del administrador nombrado en la escritura fundacional hasta su inscripción.

Tal y como he apuntado en el anterior apartado, el administrador con cargo aún no inscrito en el Registro Mercantil se encuentra en una situación peculiar, ya que puede estar efectivamente nombrado con todos los requisitos legales por la junta general, pero su cargo no goza de la publicidad adecuada y de ahí que se plantee el problema de la legalidad de su actuación. Las facultades que posee el administrador en la situación que transcurre desde que es nombrado en la escritura fundacional hasta su inscripción están fijadas en el apartado 3º del art. 37 de Ley de Sociedades de Capital (LSC) (antes art. 15.2 Ley de Sociedades Anónimas), al que se remitía el art. 11.3 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) y estas son, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, y si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, que los administradores tengan plenas facultades para el desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

Es en el art. 36 LSC donde se regula la responsabilidad de quienes hubiesen actuado, diciendo que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. Por tanto, tienen plenas facultades para el desarrollo del objeto social así como para obligar a la sociedad con los actos realizados, aquellos administradores nombrados en la escritura fundacional de la sociedad y que no han sido inscritos en el Registro Mercantil (ni el administrador ni la sociedad) , y además tal y como establece el

artículo 36, responderán solidariamente por ellos siempre que la eficacia de dichos actos no esté condicionada a la inscripción de la sociedad.

3.4. Facultades del nuevo administrador nombrado por la junta general, hasta conseguir la inscripción.

Un Administrador reelegido por la Junta después de caducar su cargo o un Administrador nuevo (por cese del anterior o anteriores), tal y como he reiterado a lo largo del trabajo, podrá llevar a cabo los actos propios de todo administrador antes de la inscripción de su reelección o de su nombramiento en el Registro Mercantil; pero, de manera concreta, ¿qué actos son estos?, ¿podrá el Administrador único, los mancomunados, debidamente nombrados, pero con cargo aún no inscrito, otorgar compraventas, firmar créditos o hipotecas? ¿serán inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro de bienes muebles, etc?, . o por el contrario ¿no será ello posible hasta conseguir la inscripción del cargo en el Registro Mercantil?. Para responder a estas preguntas tenemos que remitirnos a la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha tenido ocasión de pronunciarse diversas veces sobre este punto. Citamos la Resolución de 13 de noviembre de 2007, que analiza el tema (referido a una Sociedad Limitada). De los hechos destaca el otorgamiento de una escritura de compraventa en la que un sociedad actúa representada por un administrador único; el Notario da el pertinente juicio de capacidad, añadiendo las circunstancias de identidad de este administrador y la reseña de la escritura de su nombramiento (con indicación del Notario autorizante, fecha de otorgamiento y número de protocolo). El Registrador deniega la inscripción al no acreditarse la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente del nombramiento del Administrador único de la entidad, siendo dicha inscripción obligatoria, de conformidad con los arts. 94, 111, 175 y siguientes del RRM), indicando, además, que consultado el Registro Mercantil consta inscrito otro administrador. El Notario autorizante recurre, citando el art. 98 de Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de Noviembre y afirmando que: el hecho de que la inscripción del nombramiento del cargo de administrador deba inscribirse en el

Registro Mercantil, no determina la nulidad de los actos realizados por dicho administrador en nombre de la sociedad antes de la inscripción de su nombramiento. Tampoco se establece en ninguna norma legal una sanción de cierre del Registro de la Propiedad para los actos realizados por el administrador sin tener su cargo inscrito en el Registro Mercantil. La DGRN, citando abundante doctrina propia y sentencias del Tribunal Supremo (TS), afirma: Esta cuestión debe también resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo y por tanto ha de entenderse que la circunstancia de que dicho cargo de administrador no estuviera inscrito previamente en el Registro Mercantil, pese a la obligatoriedad de semejante inscripción (arts 22.2 del Código de Comercio y 4 y 94.4 del Reglamento del Registro Mercantil), no debe impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición del derecho real de que se trate, ya que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y es a partir de entonces cuando tiene plenas facultades representativas. Por ello, el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, por lo que se responde a las preguntas establecidas anteriormente, el administrador no necesitará de estar inscrito en el Registro Mercantil para llevar a cabo actos como compraventas no afectando a la validez de su inscripción en el Registro de Bienes Inmuebles.

La misma solución da la DGRN en otra Resolución de igual fecha referida a una SA y a un administrador solidario reelegido, pero aún no inscrita su reelección, que otorga una escritura de préstamo hipotecario. Con posterioridad a dichas sentencias, la Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2012 analiza el tema y llega a varias conclusiones, estas son, que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. También, que la circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o

contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pero, a diferencia de la doctrina anterior, no es suficiente la reseña normal hecha por el notario (cita de la escritura de nombramiento, número de protocolo, juicio de suficiencia, etc); se exige algo más: en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, dice literalmente la DGRN: en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral; todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil y que, en el presente caso, se hallan en contradicción con la representación alegada en la escritura calificada.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La normativa anterior a la LSC diferenciaba entre la legislación referida a la sociedad anónima y la referida a la sociedad limitada, y en ellas se hace referencia al nombramiento del administrador de manera similar. Con relación a la SA, la Ley de sociedades anónimas de 1951, menciona el nombramiento del administrador en su artículo setenta y dos, expresando que *“el nombramiento de los Administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación,”* y que además *“...deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar los nombres, apellidos, domicilios y nacionalidad”*. Siguiendo con la normativa referida a la Sociedad Anónima, el TRLSA de 22 de diciembre de 1989, menciona el nombramiento del administrador en el Art. 125, que establece que *“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.” Por lo que ambas leyes que anteriormente regulaban de manera única las sociedad anónimas establecen básicamente lo mismo en cuanto a la obligatoriedad de inscripción del administrador en el Registro Mercantil y el plazo para realizar esta.

Respecto a la SL, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953, en su Artículo once, expresa prácticamente lo mismo que las dos leyes de la SA a las que me acabo de referir, “...*El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, y deberá ser presentado, para su inscripción, en el Registro Mercantil, dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar los nombres, apellidos, edad, domicilio y nacionalidad”*, y lo mismo viene a decir la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 58 donde expresa que “*el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación”*.

En cuanto a La LSC, esta ha venido indicando lo mismo desde su publicación en 2010 respecto a la inscripción del administrador. En su artículo 215 dice literalmente que “*El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.”* Y en cuanto al plazo establecido para su inscripción viene siendo el mismo, en los diez días posteriores a la fecha de aceptación, considerando como esta fecha de aceptación el día en que se nombró el cargo en la junta general. El Código de Comercio no cambia la formulación del artículo 22 donde se establece la obligatoriedad de la inscripción del administrador, es la misma desde el texto inicial publicado el 01/11/1996 hasta su

última actualización publicada el 29/12/2018, y de igual manera sucede con el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 94.4.

Podemos afirmar por tanto que se ha venido siguiendo un mismo criterio a través de los años en las diferentes normativas que han ido surgiendo y que no han sufrido ninguna modificación a lo largo de los años, esta ha sido y sigue siendo a día de hoy la obligación de la inscripción del administrador en el Registro Mercantil en un plazo de 10 días desde su aceptación, así como tampoco ha sufrido modificación el hecho de que este comienza a poder utilizar las facultades que se le atribuyen por el cargo de administrador desde su aceptación y no siendo necesario su inscripción para ello.

5. JURISPRUDENCIA DE INTERESES.

a. El interés de los socios y la sociedad.

La causa del contrato de sociedad se funda en el interés común de todos los socios en su condición de tales, por tanto, el interés de la persona jurídica se constituye como el límite de la autonomía de decisión de sus miembros: el interés social debe prevalecer sobre el de los socios. El objetivo de la sociedad debe ser el que las partes hayan establecido en el contrato social, y este es, salvo que los socios digan otra cosa en los estatutos, maximizar la rentabilidad de las inversiones realizadas por los socios (arts. 1665 CC y 116 C de c) o maximizar el valor de la empresa a largo plazo. Dice JESÚS ALFARO AGUILA-REAL²⁸ que lo que debe hacer un Derecho de sociedades útil puede resumirse en tres objetivos, ninguno de los cuales tiene que ver con la protección de terceros, estos son acreedores, trabajadores, medio ambiente o las comunidades locales. Tales objetivos son los de facilitar el acceso de los empresarios a los tipos sociales corporativos (separando patrimonios); evitar injerencias públicas en la gestión empresarial y proteger a los que invierten su patrimonio en participaciones o acciones de sociedades (reduciendo los costes de transacción entre socios o entre socios y administradores). Por lo que, dicho esto, se resumen el interés de los socios y sociedad en la obtención de beneficios, tanto para socios, como para órganos de la

²⁸ Viernes, 22 de octubre de 2010. El interés social: planteamiento. JESÚS ALFARO AGUILA-REAL.

sociedad, y dentro de estos, los administradores. Existe jurisprudencia que se decanta por la protección de los intereses de los socios y la sociedad cuando se sufren las consecuencias de la falta de inscripción del administrador, un ejemplo de ello, es la STS (Sala de lo Civil) 1255/2002 de 23 diciembre, donde se desestima el recurso presentado por la parte recurrente contra el nuevo administrador de la sociedad, ya que se le acusaba de los hechos que motivaron la causa de disolución de la sociedad, cuando dichos hechos y actos fueron realizados por el administrador anterior.

b. El interés de terceros

Es común entre diversos autores afirmar que la protección de los intereses de los terceros no es tarea del Derecho de sociedades, sino del Derecho Laboral, del Derecho Civil o de Quiebras, del Derecho Penal o del Derecho Administrativo medioambiental en el último caso y de los contratos entre los trabajadores y la sociedad o entre los terceros y la sociedad o los mercados correspondientes en los que actúa la empresa.²⁹

A lo largo de este trabajo he comentado la importancia de la inscripción del administrador en el registro mercantil, es decir de la publicidad de su cargo para terceros, ya que estos en aras de reclamar la responsabilidad por actos que perjudiquen sus intereses se dirigirán contra el administrador que conste inscrito en el registro, pudiendo haber sido este cesado sin haber inscrito su cese, y/o a su vez habiendo sido inscrito otro administrador nuevo en su lugar. Existe diversa jurisprudencia referida a estas situaciones donde se protegen fundamentalmente los interés de terceros cuando se dan estas situaciones a las que me acabo de referir. La SAP Murcia, Sección 2, de fecha 3 de Noviembre de 2008, se refiere a la protección de terceros estableciendo que, *“Tras la entrada en rigor del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la Dirección General estima que los actos realizados por el administrador cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil deben tener acceso al de Propiedad, cuando media en la escritura reseña identificativa y juicio de suficiencia notariales, considerando superadas las resoluciones que, en su día, dictó al respecto (R. 17/10/97 y 23/2/01), remitiéndose expresamente a las de 17 de diciembre de 1997, y de junio de 1998 y 4 de diciembre de 2002. Sin embargo, no se encuentra en la acentuada sobriedad argumentativa de la resolución una sólida consistencia, ni la*

²⁹ JESÚS ALFARO AGUILA-REAL. “El interés social: planteamiento.” Viernes, 22 de octubre de 2010..

decisión adoptada proporciona una solución ecuánime y satisfactoria, en presencia de los intereses concurrentes (de terceros) potencialmente afectados.”

6. JURISPRUDENCIA.

No hay demasiadas sentencias relativas al régimen jurídico y las consecuencias del administrador cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil, debido a que se viene pronunciado sobre ello de manera más extensa y continua la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo cual veremos en el siguiente punto. Sin embargo de las diferentes sentencias referidas al tema en cuestión, destacamos las siguientes.

La sentencia de 25 de octubre de 2006, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, establece la imposibilidad de llevar a cabo el acto de realizar una escritura de préstamo hipotecario por el administrador no inscrito en una sociedad, debido a que, *“el Registrador no solo podía sino que debía (y debe) calificar la capacidad de los otorgantes de la escritura que se le presentó a inscripción, a tenor de su contenido, que era en el presente caso de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo. Y siendo las otorgantes personas jurídicas, una sociedad mercantil de responsabilidad anónima y otra limitada, el Registrador, procedió a calificar la actuación de quienes por ellas comparecían. Su calificación fue negativa y los argumentos citados venían referidos a la falta de constancia de que el nombramiento del administrador único de la entidad hipotecante se hubiese inscrito en el Registro Mercantil, y a la falta de acreditación de la realidad, validez y vigencia del nombramiento. Y así, observó que en la escritura presentada, quienes actuaban en representación del Banco Popular S.A. Exhibieron al Notario las escrituras donde se reflejaban sus poderes y su inscripción en el Registro Mercantil, manifestando su vigencia. Sin embargo, en cuanto a la mercantil prestataria, el Sr. Ismael, que actuaba en su representación, no constaba que exhibiese al Sr. Notario la escritura de poder que le afectaba, tan solo se hacía mención al acuerdo que lo nombraba administrador único y a su elevación a público el mismo día (4-5-2004), y que la misma se hallaba pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. No obstante este contexto el Notario juzgó “bajo su responsabilidad” que tenía facultades suficientes. En cambio el Registrador consideró que no. Y efectivamente, a juicio de este Tribunal de la referida*

escritura, no se desprendía la existencia de tales facultades. Y así hay que destacar y recordar las normas contenidas en la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que regulan todo lo relativo a los administradores (arts. 57 a 62), en el Código de Comercio en sus arts. 20 a 22 en lo relativo al régimen jurídico del Registro Mercantil, en los arts. 4, 7, 94, 95 y 192 en orden a la presunción de exactitud de los asientos, la obligatoriedad de inscripción del nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, y circunstancias del mismo. Todos estos preceptos están encaminados a la salvaguarda del cumplimiento de obligaciones legales que no pueden ni deben ceder ante otras exigencias distintas, sean cuales sean. Resulta claro que al no hallarse inscrito el nombramiento del administrador, no podía ampararse la calificación en la exactitud registral, siendo necesaria entonces la comprobación de la realidad, vigencia y validez del nombramiento por otros medios, lo que no se hizo de forma inmediata, habida cuenta de su posible subsanación”

En sentencia de 3 de noviembre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, se establece que los actos realizados por el administrador cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil deben tener acceso al de Propiedad, cuando media en la escritura reseña identificativa y juicio de suficiencia notariales, y en este caso no se dan dichos requisitos, así dice *“Cuando se pretendió el acceso tabular del negocio dispositivo, se emitió nota de calificación negativa porque, al no expresarse la inscripción en el Registro Mercantil, no se acreditaba la validez y vigencia del nombramiento, ya que no se aportaba o incorporaba tampoco testimonio de la escritura a la que el notario hacía mención. El interesado promovió recurso gubernativo en el que, tras manifestar que la razón de la no inscripción era el cierre de la hoja registral societaria derivada de la falta de presentación de cuentas, sostuvo que al no ser necesario para la validez del negocio la inscripción del cargo, tampoco resultaba exigible la acreditación de la inscripción del nombramiento. Para la resolución impugnada tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al Registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por tal administrador. En el presente caso - prosigue, en su lacónica fundamentación - "el gerente fue nombrado por la escritura que el Notario tiene a la vista, en la que consta el nombramiento, y las facultades del Gerente, razón por la cual está plenamente*

acreditada la representación de la sociedad". SEXTO.- A fin de dirimir correctamente la controversia suscitada por las partes que en el proceso contienden, obligado resulta puntualizar que, desde luego, no hay dificultad en admitir que la inscripción no tiene carácter constitutivo, por más que ello se aleja de la problemática litigiosa, que conduce, en ausencia de tal acreditación tabular, a la necesidad de proceder a la acreditación del nombramiento y su regularidad, a lo que ha de agregarse que el cierre de la hoja registral societaria justificaría la falta de inscripción actual, pero difícilmente la falta de inscripción de un cargo desde hace más de 30 años. Tras la entrada en rigor del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la Dirección General estima que los actos realizados por el administrador cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil deben tener acceso al de Propiedad, cuando media en la escritura reseña identificativa y juicio de suficiencia notariales, considerando superadas las resoluciones que, en su día, dictó al respecto (R. 17/10/97 y 23/2/01), remitiéndose expresamente a las de 17 de diciembre de 1997, y de junio de 1998 y 4 de diciembre de 2002. Sin embargo, no se encuentra en la acentuada sobriedad argumentativa de la resolución una sólida consistencia, ni la decisión adoptada proporciona una solución ecuánime y satisfactoria, en presencia de los intereses concurrentes (de terceros) potencialmente afectados. SÉPTIMO.- La acreditación o cumplida demostración de las facultades representativas de un cargo societario orgánico, no puede derivar tan sólo de un juicio de suficiencia formulado tras insertarse una reseña identificativa del documento público en el que figure el apoderamiento y en el que exprese el fedatario que, a su juicio, son suficientes las facultades."

En la STS (Sala de lo Civil) núm. 1255/2002 de 23 diciembre. RJ 2003\637, Benetton dirige acción de responsabilidad contra el señor V. el cual constaba como administrador de la empresa en el momento de presentar la demanda, sin embargo, este no tiene condición de administrador cuando se dan los motivos por los cuales Benetton puede llevar a cabo dicha acción de responsabilidad, y de esto es concedora Benetton, por ello se le deniega a la recurrente Benetton la protección registral que concede el artículo 21 del Código de Comercio ya que está probado que está conoció el acto sujeto a inscripción y no inscrito. La sentencia se pronuncia a favor del administrador que consta inscrito en el Registro Mercantil, pero que sin embargo no es

responsable por los hechos que se le reclaman, siendo responsable de ellos el anterior administrador inscrito. Así dice el segundo motivo de la sentencia *“se alega la infracción de los artículos 20 y 21 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) y 4.2, 7 y 9 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1990, 2762 y RCL 1990, 29) , según los cuales la inscripción en vigor no puede obviarse frente a terceros de buena fe: por cuanto los actos sujetos a inscripción sólo son oponibles a terceros desde su publicación y la buena fe del tercero se presume en tanto no se demuestre que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito. El motivo ha de ser rechazado, pues en la sentencia de primera instancia, cuya fundamentación acepta y hace suya –según ya se ha indicado– la Audiencia Provincial (AC 1996, 2118) se afirma que el señor V. no tenía la condición de administrador de Intexno cuando comenzaron los problemas con la entidad actora, siendo ésta conocedora de tal realidad pues no había mantenido relación alguna con dicha demandada, hasta el punto de no haber exigido su aval en las letras negociadas de cuyo impago el presente litigio trae causa. Evidentemente y en cuanto se refiere a la circunstancia de haber dirigido su pretensión contra quien sólo formalmente figuraba como administrador de la sociedad en el Registro Mercantil, pero que a Benetton constaba que no lo era según se desprende de los hechos a que acaba de aludirse, ha de concluirse que la entidad recurrente no puede considerarse tercero que se halle en condiciones de invocar la buena fe que podría hacerla acreedora de la protección registral que concede el artículo 21 del Código de Comercio a aquel a quien no se prueba que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito”*

De la jurisprudencia citada, podemos concluir que, aunque ya hemos visto que la normativa a la que nos hemos venido refiriendo establece que el administrador podrá llevar a cabo todos los actos para los cuales está facultado por motivo de su cargo desde que es nombrado en junta general, y no siendo necesaria su inscripción en el registro mercantil para llevarlos a cabo, si que es preciso en caso de falta de inscripción, justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación aplicable, incluyendo en la reseña de la escritura de nombramiento.

7. RESOLUCIONES DE LA DGRN.

La DGRN se ha pronunciado a lo largo de los años acerca de las consecuencias derivadas de la situación en la que el administrador de una sociedad no está inscrito en el Registro Mercantil, centrándose ante todo en la innecesariedad de la inscripción previa del administrador en el Registro Mercantil para considerar válidos la realización de actos inherentes a su cargo. Aunque también se plantea en ocasiones el problema del principio del tracto sucesivo por el cual sería obligatorio la inscripción del administrador antes de los actos llevados a cabo por el mismo en el Registro Mercantil. Dice la resolución de 23 diciembre 1999 que “aunque el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil hace una formulación general de los principios registrales, algunos, como el de prioridad y tracto sucesivo no pueden tener en un Registro de personas, como es el Mercantil, el mismo alcance que en un Registro de bienes. Por esta razón, es inscribible el acuerdo social de nombramiento, cese y reelección de cargos a pesar de que, en el momento de solicitarse, la inscripción el Registro publica la composición del órgano de administración resultante de un nombramiento posterior a dichos acuerdos, pues aunque los que se pretende inscribir ya no estén vigentes, la inscripción reflejará un cargo histórico.” A continuación , una resolución del 21 marzo 2000 se pronuncia también en cuanto a la eficacia del cese de un Administrador y la validez, eficacia e inscripción del nuevo, estableciendo que “Aunque es precisa la conexión entre la autoría de las certificaciones de acuerdos sociales y la titularidad vigente e inscrita del cargo con facultad certificante, en los casos de sucesión de personas en dicho cargo, se permite el acceso al Registro Mercantil de acuerdos que consten en certificaciones expedidas por el nuevo titular, siempre que el nuevo nombramiento sea notificado fehacientemente a los anteriores titulares, en los términos previstos en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Por otra parte, y salvo acuerdo en contra, no puede condicionarse la eficacia del cese de un Administrador a la validez, eficacia e inscripción del nuevo. En cuanto a la necesidad de evitar que la sociedad quede acéfala, no es motivo para la inscripción del cese de Administradores, cuando éstos han llevado a cabo el deber de diligencia que les es exigible y, si surge un obstáculo, como en este caso (el retraso en la presentación de la escritura en el Registro Mercantil), es imputable a los nuevos Administradores.” En el

mismo sentido se pronuncia la resolución de 3 de febrero de 2001 DGRN, “El registrador de la propiedad suspende la inscripción “por el defecto subsanable de la falta de inscripción del nombramiento de Administrador único de la sociedad de responsabilidad limitada vendedora, en el Registro Mercantil”. La DG revoca el defecto con esta argumentación:

- ha quedado suprimida la norma contenida en el artículo 95 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, por la cual se ordenaba la inadmisión en oficina pública de documentos comprensivos de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, sin que se acreditara tal inscripción.
- es incuestionable la validez de los actos jurídicos que, en nombre de la sociedad realice el administrador desde el mismo momento de la aceptación del cargo válidamente conferido
- la inscripción de tal cargo es obligatoria.
- pero, como el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al registrador de la propiedad respecto de dicho acto
- no cabe desconocer las enormes dificultades prácticas que en general pueden surgir para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el Administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil. Tales dificultades son la señaladas por la R. de 17 de diciembre de 1997. “

Por lo que, de conformidad con las anteriores resoluciones podemos afirmar que se ha seguido una misma línea de respuesta de la DGRN a lo largo de los años en cuanto a las dudas planteadas acerca de la validez de los actos realizados por el administrador no inscrito en el registro. Otro tema es la responsabilidad que nace para dichos administradores y sociedad, la cual deriva de la realización de los referidos actos en el periodo de tiempo comprendido desde el nombramiento por la junta general del nuevo administrador que lleva a cabo estos actos, hasta la inscripción del cargo de éste en el Registro Mercantil.

En cuanto a la publicidad del registro del cargo, y la protección otorgada con ello a los terceros, se pronuncian diferentes resoluciones. La Resolución de la DGRN de 28 de

enero de 2.014 deja claro que para la adecuada protección del tercero será necesario desvirtuar *“la presunción de validez y exactitud del contenido registral a través de los actos y acuerdos adoptados por la sociedad con los requisitos y garantías exigidos por la legislación Mercantil que permitan concluir la congruencia de dicho nombramiento con la situación que publica el Registro Mercantil”* y por tanto *“en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario que autoriza la escritura o interviene la póliza deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral”*. Esta Doctrina se reitera en varias resoluciones, como la Resolución de la DGRN de 11 de febrero de 2014, la Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2016, Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2018 o Resolución de la DGRN de 7 de noviembre de 2018 .

Por tanto y para concluir, hay que diferenciar la responsabilidad de la sociedad si no cumple la obligación de inscribir el nombramiento o la reelección del correspondiente cargo del hecho de que el nombramiento, una vez aceptado, autoriza al órgano de administración a actuar, con plena eficacia, en todos los ámbitos, siendo los actos autorizados por el administrador inscribibles en los Registros Públicos, aún antes de la inscripción del cargo en el Registro Mercantil. Pero no hay que olvidar que tal y como establecen las resoluciones vistas, así será siempre y cuando se haya cumplido por el Notario una detallada reseña del nombramiento o reelección de que se trate, reseña que deberá contener, según lo expresado en las resoluciones citadas:

- Junta que lo nombra, con referencia a si es universal o convocada y con juicio notarial de la regularidad de la convocatoria, plazos, etc.
- aceptación del nombrado.
- notificación al administrador cesado o su consentimiento; pero hay casos en que no se precisa

En definitiva, como expresa la Resolución de la DGRN de 15 de diciembre de 2017 estas exigencias no están tratando la oponibilidad o no frente a tercero, ni si hay buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil. Asimismo, esta resolución de 15 de Diciembre de 2017 donde se pretende determinar si es conforme a derecho la calificación de suspender la inscripción de compraventa de un bien inmueble cuando resulta que el administrador que actúa en nombre de la sociedad vendedora no tiene su cargo inscrito en el Registro Mercantil, expresa que *“cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 y 23 de febrero de 2001).”* Y tal y como he reiterado a lo largo del trabajo, también asienta que *“El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable.”*

8. CONCLUSIONES.

Una vez expuesto a lo largo del trabajo, en primer lugar, la normativa que establece el régimen jurídico del administrador en general, incidiendo sobre los aspectos que pueden cambiar cuando este no está inscrito en el registro mercantil; en

segundo lugar las normas que establecen la obligatoriedad de la inscripción del cargo de administrador en el Registro tanto a nivel nacional como internacional; en tercer lugar las consecuencias de la falta de inscripción, tanto para el administrador en sí, como para la sociedad, los socios y terceros; en cuarto lugar las facultades de aquellos administradores nombrados por la sociedad, pero que no están inscritos aún en el Registro; y por último la normativa que ha precedido a la actual, así como la jurisprudencia y las resoluciones de la DGRN que se pronuncian acerca de las consecuencias de la falta de inscripción del administrador en el Registro Mercantil, es momento de llevar a cabo un planteamiento crítico sobre la materia

Tal y como se desprende de la normativa española, el administrador está facultado para llevar a cabo las funciones de gestión y de representación de la sociedad para la realización del objeto social, estos ejecutan los acuerdos adoptados por la Junta General adoptando de forma cotidiana decisiones para el correcto funcionamiento de la sociedad y la consecución del objeto social, un ejemplo de estos actos ejecutados por los administradores sería el de firmar créditos, hipotecas, llevar a cabo el otorgamiento de una escritura de compraventa, entre otros. ¿Están facultados para llevar a cabo dichos actos aunque no estén inscritos en el Registro Mercantil? Tal y como he apuntado a lo largo del trabajo y basándome en la normativa que no ha sufrido modificación en este aspecto desde su entrada en vigor hasta día de hoy (LSC, RRM, CCom..) Si, están facultados para ello desde su nombramiento por la junta general y aceptación, pudiendo hacerlo en la junta general o posteriormente. Una vez que se acepta y por tanto surte efecto, ha de inscribirse el cargo del administrador en el plazo de 10 días y así se expresa en el Registro Mercantil (art. 215 LSC y arts. 138 y ss. y 191 y ss. RRM). ¿De qué manera responden los administradores que se encuentran en esta situación por los actos realizados y que son lesivos o perjudiciales para terceros/sociedad? Tal y como expresa el artículo 237 LSC, el legitimado activo podrá dirigirse contra uno, algunos o todos los miembros que componen el órgano de administración si se dan los presupuestos para ello, a través de las diferentes acciones previstas en ley, por ello tienen responsabilidad solidaria. No se considera por tanto a aquellos administradores designados por la junta general y no inscritos como administradores de hecho tal y como expresa el artículo 236 LSC. Sin

embargo, esta responsabilidad a veces puede reclamársele (aunque no es suya) al administrador no inscrito y nombrado, por aquellos actos realizados por el administrador que aun consta en el Registro, pero que ha sido cesado, o, de manera contraria, la falta de inscripción puede ocasionar que los terceros, confiando en la situación registral, dirijan sus demandas de responsabilidad frente a quien -a pesar de haber cesado- figura como administrador, mientras que los actos lesivos por los que se reclama la responsabilidad han sido realizados por el nuevo administrador no inscrito. Por tanto, según expresa la ley, como ya he dicho sin sufrir modificación alguna a lo largo de los años, estas serían las consecuencias de la falta de inscripción del cese o nombramiento del administrador en el registro, derivadas de la importancia que tiene la publicidad en el Registro para terceros. Hasta aquí daría cobertura la ley, la cual es en mi opinión insuficiente, ya que no establece de manera explícita que actos son los que puede realizar un administrador nombrado pero con cargo aún no inscrito, y tampoco si quiera establece aquello que se debe acreditar cuando se quiere inscribir uno de estos actos en el Registro Mercantil en esta situación. Sobre esto último si que se pronuncia la DGRN, que a lo largo de los años en sus resoluciones, y recientemente en la de fecha de 15 de Diciembre de 2017, ha asentado que *“cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil”* ¿Qué debe contener esta reseña identificativa entonces? Hasta este extremo tampoco se pronuncia la ley y es una vez más la DGRN la que establece que debe contener ésta reseña a través de resoluciones como Resolución de la DGRN de 11 de febrero de 2014, la Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2016, Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2018 o Resolución de la DGRN de 7 de noviembre de 2018 . Dicho contenido sería expresar la junta que lo nombra, con referencia a si es universal o convocada y con juicio notarial de la regularidad de la convocatoria, plazos, etc, también la aceptación del nombrado, y por último la notificación al administrador cesado o su consentimiento; pero hay casos en que no se precisa. De la jurisprudencia que se pronuncia sobre dicha situación (que no es muy extensa ya que se pronuncia

más sobre ello la DGRN), y que he incluido en este trabajo , podemos destacar básicamente que sigue la misma línea que la DGRN sobre el tema, lo cual considero correcto ya que es el órgano del ministerio de Justicia que se dedica de manera exclusiva a la gestión de asuntos relacionados con el derecho notarial y registral, y por tanto debe ser el que se pronuncie de manera más extensa sobre el tema en cuestión. Considera la jurisprudencia, tal y como establecen las leyes y la DGRN, que el administrador nombrado por la junta general y que ha aceptado su cargo, está facultado para llevar a cabo todos los actos inherentes a dicho cargo para el desarrollo del objeto social, afirmando por tanto que su inscripción en el registro mercantil es declarativa y no constitutiva. Además tal y como he indicado anteriormente, en cuanto a la inscripción de los actos realizados por los administradores que se encuentran en la situación descrita, hace referencia a lo asentado por la DGRN, considerando correctas aquellas inscripciones realizadas acreditándose la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos, y desestimando aquellas inscripciones que no acrediten dichos requisitos.

Por tanto, y para finalizar con el trabajo, quiero destacar que a mi juicio la legislación debería pronunciarse de manera más extensa sobre el régimen jurídico del administrador cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil, ya que como he expresado a lo largo de este trabajo, las consecuencias derivadas de esta situación, por los actos realizados por estos y la publicidad de las inscripciones en el registro, pueden afectar de manera perjudicial tanto a terceros como a la sociedad. Debería pronunciarse además de manera que proteja los intereses de administradores, sociedad, socios y terceros de manera explícita, y que no sea la DGRN (y la jurisprudencia apoyando a esta) la única fuente donde se pueda hallar soluciones a las consecuencias derivadas de este contexto.

9. BIBLIOGRAFÍA.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO Y ROJO, ÁNGEL, Lecciones de Derecho mercantil. vol 1, 2019.

- HERNANDO CEBRIÁ, LUIS, "La posición jurídica del administrador con cargo caducado". (Diciembre 2012).
- VALPUESTA GASTAMINZA "Comentario a la Ley de sociedades de capital". Bosch. 2013.
- ÁVILA NAVARRO, PEDRO, *La sociedad limitada*, Editorial Bosch, 2007.
- CHULIÁ, V., *Introducción al derecho mercantil*. Tirant lo Blanch, 2012.
- COHEN BENCHETRIT, A. "¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?" (2017).
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Parte Tercera, Capítulo 10, 23ª ed.
- BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 2014, pág. 508
- J. SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra, 2013, págs. 528 y ss.
- JESÚS ALFARO AGUILA-REAL. "El interés social: planteamiento." Viernes, 22 de octubre de 2010.
- ALBERTO J. TAPIA HERMIDA, "Digitalización de las sociedades europeas: Directiva (UE) 2019/1151" 16 julio, 2019.
- CRUZ GONZALO LÓPEZ-MÜLLER GÓMEZ, "Principales novedades de la Ley de Sociedades de Capital"
- Sociedad limitada (SL), <https://www.tuabogadodefensor.com/sociedad-responsabilidad-limitada/>
- Administrador de sociedad mercantil, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAC1Py2rDQAz8mu4IEGzyoDnsxXYPgbaUdCm9ymvVFnUkd1d247_vuo5AiJnRY_QzYpgd3tSGhzHL8NTSFXnT4GaAoORpAE-L8rVjE2cWnq_WhRGNQh1tZsDrCH0I3u6O-wXRhA7qpEhoMBSzzY2KQn_BaPenRxM7-X2FiVpQEi4grOuoaezTZ7ZEnh-yo5kwxNRgP6hFVjQdtd1zSI37IUaKpbAG6c9ptBb5dlW58m4eOL6gwgovwC0mRxEh-O4NEjhz-k22ElfbnS5G1XSuVn7_x8b3qVagWEKP3NyN_gE9ORChMQEAAA==WKE

- BORJA PÉREZ DE YRAOLAGOITIA, “La acción social de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital” (6/11/2019).
- FRANCISCO MARIÑO PARDO, “Órgano de administración. Estructura del órgano de administración. Representación”. viernes, 10 de febrero de 2017
<http://www.iurisprudente.com/2017/02/organo-de-administracion-estructura-del.html>
- SERGIO LÓPEZ DÍAZ, “¿Hasta dónde llega la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital?” Lunes, 15 octubre 2018
<https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/hasta-donde-llega-la-responsabilidad-de-los-administradores-de-sociedades-de-capital/549203651257/>
- Consecuencias de la no inscripción en el registro mercantil del cargo de administrador único, 09-04-2013 <https://vila.es/consecuencias-de-la-no-inscripcion-en-el-registro-mercantil-del-cargo-de-administrador-unico/>
- Si el nombramiento de administrador no está inscrito en el Registro Mercantil, se debe acreditar la concurrencia de los requisitos legales exigibles para apreciar la válida designación. <https://fiscalaldia.economistjurist.es/si-el-nombramiento-de-administrador-no-esta-inscrito-en-el-registro-mercantil-se-debe-acreditar-la-concurrencia-de-los-requisitos-legales-exigibles-para-apreciar-la-valida-designacion/#>
- MANUEL FAUS, Situación del administrador no inscrito de una sociedad <https://practico-sociedades.es/vid/oacute-administrador-uacute-inscrito-66984544>
- CIRIACO CORRAL GARCÍA , LOS ADMINISTRADORES NO INSCRITOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
<https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-administradornoinscritoyrp.htm>
- FRANCISCO MARIÑO PARDO, “El órgano de administración de las sociedades de capital. Nombramiento, duración, separación, retribución y responsabilidad de los administradores.” lunes, 6 de febrero de 2017
<http://www.iurisprudente.com/2017/02/el-organo-de-administracion-de-las.html>

