

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2017/2018



**ADMINISTRADORES SOCIALES. FUNCIONES,
COMPETENCIAS Y DEBERES EN EL MARCO DE LA
GOBERNANZA DE SOCIEDADES MERCANTILES EN ESPAÑA**

(COMPANY DIRECTORS.

ROLES, COMPETENCES AND DUTIES WITHIN THE FRAMEWORK OF SPANISH
BUSINESS CORPORATIONS)

Realizado por la alumna Micaela Rodríguez González

Tutorizado por la Profesora D^a. Pérez Carrillo

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN Y ABSTRACT.....	6
OBJETO DEL TRABAJO.....	8
METODOLOGÍA EMPLEADA.....	12
1. ÓRGANOS.....	15
1.1 Aspectos generales.....	15
1.1.1 Junta General.....	18
1.1.2 Órgano de Administración.....	20
1.2 Aspectos relativos a la gobernanza.....	22
1.2.1 Estructura o estructuras.....	22
1.2.2 Titular o titulares del Órgano de Administración.....	26
1.2.3 La equidad de género.....	28
1.2.4 El administrador de hecho.....	31
2. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	48
2.1 Administración, gestión y dirección.....	49
2.2 Representación.....	53
2.3 Competencias.....	56
3. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES, TITULARES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.....	59
3.1 Introducción a los deberes de los administradores: visión general.....	59
3.2 Clasificación en función de las fuentes de los deberes.....	61
3.2.1 Deberes legales.....	61

3.2.2 Deberes derivados del poder de auto organización de la sociedad.....	66
3.2.3 Deberes fiduciarios.....	68
3.3 Atención especial a los deberes fiduciarios.....	72
3.3.1 Deber general de diligencia.....	72
3.3.1.1 Diligencia de un ordenado empresario. Atención a los principales aspectos de su régimen jurídico.....	74
3.3.1.2 La dedicación y la exigencia de información como componente del deber de diligencia.....	75
3.3.1.3 Pericia técnica, capacitación.....	75
3.3.1.4. Deber de diligencia y asistencia a la Junta General.....	77
3.3.1.5 Discrecionalidad empresarial o business judgement rule.....	78
3.3.2 Deber de lealtad.....	79
3.3.2.1 El representante leal.....	80
3.3.2.2 Contenidos principales del deber de lealtad.....	81
4. CONCLUSIONES.....	88
5. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.....	90
5.1 Bibliografía consultada.....	90
5.2 Jurisprudencia.....	96
5.3 Webs, blogs y otros recursos.....	97
5.4 Legislación consultada.....	98

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art. /s.	Artículo/s
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EEUU	Estados Unidos
LCON	Ley Concursal
LGT	Ley General Tributaria
LMV	Ley de Mercado de Valores
LRSL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSA	Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NÚM	Número
PCSM	Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles
P/PP	Página/ Páginas
RRI	Reglamento de Régimen Interno

ADMINISTRADORES SOCIALES. FUNCIONES, COMPETENCIAS Y DEBERES EN EL
MARCO DE LA GOBERNANZA DE SOCIEDADES MERCANTILES EN ESPAÑA

RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SC	Sociedad de Colectiva
S.Com	Sociedad Comanditaria
SL	Sociedad de responsabilidad Limitada
Sr./Sra.	Señor/Señora
SS	Siguientes
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TFG	Trabajo Fin de Grado
TRLSA	Texto Refundido Ley de Sociedad Anónima
UE	Unión Europea
ULE	Universidad de León
VVAA	Varios Autores

RESUMEN Y ABSTRACT

Dentro de las sociedades capitalistas en España, la sociedad anónima y la sociedad limitada son las formas de personificación jurídica más habituales, sirviendo ambas – especialmente la primera- a desarrollar prácticamente cualquier objeto social. La S.A está es considerada más compleja que una S.L, esto se debe a que las primeras están pensadas para empresas de mayor envergadura, y más abiertas. Ambas vienen reguladas en la ley de sociedades de capital.

Cada una de ellas tiene sus peculiaridades, pero ambas operan mediante órganos: la Junta General y el órgano de administración. Es en este último en el que nos centraremos a lo largo de este trabajo, y en particular en los requisitos sustantivos para ser titular de ellos y el régimen de deberes a los que tales titulares quedan vinculados. Nos centraremos todo, en conocer en qué consisten los llamados “deberes fiduciarios”, es decir los deberes de lealtad y diligencia de los administradores.

Palabras clave: Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, Administradores, Competencias y Deberes.

Regarding the capital firms in Spain, Joint-Stock company and limited company are the most commonly used ways of legal embodiment, being both – and specially the first – to develop any corporate purpose. The Joint-Stock company is considered usually more complex than the limited company, because the first one is meant to be used in bigger companies, and also more opened to the change. Both kind of companies are legally regulated by the law on corporations.

Any of both have their own idiosyncrasies, nevertheless both are operated by corporate bodies: General Shareholders' Meeting and administrative body. In the administrative body, we are going to centre our interest during this degree dissertation, and particularly in the substantive requirements to be a member of the adm. Body and

the regime of members' duties that they are related to. During this dissertation, the point will be centred in knowing the usually called "fiduciary duties", in other words the company administrator's (or Director's) duties for diligence and loyalty with the shareholders and company itself.

Keywords: Joint-Stock Company, Limited Company, Administrators, Competencies and Duties

OBJETO DEL TRABAJO

De todas las materias impartidas a lo largo del Grado en Derecho, me he decantado por una de las disciplinas de Derecho Privado, el Derecho Mercantil. Sin duda las asignaturas encuadradas en el “Mercantil” están entre las que más me han motivado a lo largo de mis estudios cursados en Derecho.

Me resulta fundamental profundizar en elementos del derecho mercantil-societario, cuya presencia en muchos de los ámbitos sociales y empresariales que nos rodean es indudable. A pesar de instruirnos durante la carrera sobre los tipos de sociedades principales, que con más habitualidad podemos encontrar en España, tales como, Sociedad Colectiva (S.C.), Sociedad Anónima (S.A.), Sociedad Limitada (S.L.) y la Sociedad Comanditaria (S.Com.), por cuestiones temporales, nuestro estudio en esta materia se caracteriza por ser algo más sucinta que el contenido real que existe sobre esta materia, y por supuesto que la figura de los administradores societarios se nos muestra de una forma aún menos pormenorizada.

Es por todo ello, por lo que he decidido que mi Trabajo de Fin de Grado, se centre en un estudio más profundo sobre dichas Sociedades y sobre la figura de los Administradores Societarios, en concreto, sobre sus competencias y deberes. En este ejercicio de iniciación a la investigación fue obligado confrontar los conceptos y estructuración de las Sociedades Limitadas frente a las Sociedades Anónimas, las más habituales en el ámbito mercantil de España.

Debo añadir, que en este trabajo, el papel protagonista lo realizará la Sociedad Anónima, en ningún momento perderemos de vista lo que significa una Sociedad Limitada, sus especificaciones y sus características individualizadoras. El ejercicio comparativo que subyace a este texto, seguramente más allá de lo que de su lectura resulte obvio o evidente, me ha resultado útil como complemento para mi formación jurídica.

La comprensión y trasfondo de la Sociedad Anónima –principalmente en sus elementos orgánicos- con su relevancia en nuestro mercado, empecé a reconocer que

buena parte de nuestro tejido empresarial constituido por PYMES¹ y microempresas se basa en la estructura de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Con todo, cabe subrayar especialmente en una perspectiva histórica que el surgimiento de la Sociedad Anónima, viene de la mano con el origen del capitalismo que impulsó la creación de empresas que requerían una fuerte base de capital y también, que sus socios vieran limitada su responsabilidad, a no más de lo aportado. La facilidad para transmitir las cuotas de capital, las acciones también favoreció la implantación como figura preponderante de la sociedad anónima²(o sus antecedentes directos) en el primigenio capitalismo. En mi opinión el capitalismo sería difícil de entender sin la sociedad anónima.

Otra razón para dedicar atención prioritaria a la sociedad anónima frente a otras figuras, es que, su configuración jurídica la hace tan idónea para empresas de gran envergadura, como para aquellas más pequeñas. Desarrollar las de gran magnitud, suelen quedar fuera del alcance de individuos o de sociedades personalistas³, puesto que carecen del capital necesario para su constitución o que tal vez les genera mayor inseguridad abordar un proyecto empresarial que de fracasar les podría llevar a la ruina.

Ahora sí, dejando a un lado las cuestiones económicas, abordamos tres cuestiones primordiales que carácter puramente jurídicos como son: el capital dividido en acciones, la responsabilidad limitada de los socios y la figura de los administradores, titulares del órgano de administración.

El capital social de este tipo de sociedades se representa a través de acciones, es decir, documentos negociables, lo que les faculta a los accionistas a enajenarlos con total libertad y recibir a cambio el valor económico que tengan las acciones en ese momento.

1 HIERRO ANIBARRO, S., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, Madrid, (Marcial Pons), 2010.

2 JIMENEZ SANCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, (Tecnos) , 2017, págs. 273-282.

3 IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores”, en MENENDEZ, A. y ROJO, A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, pág.397-514.

Con ello qué se logra, que sea posible por ejemplo, el ingreso de nuevos socios, ya bien sea por la compra que han realizado a un accionista anterior o bien porque la sociedad se permita la emisión de otras nuevas al llevarse a cabo un aumento de capital, y estos nuevos accionistas se convierten en tales por haberlas adquirido.

En cuanto a la responsabilidad limitada de los socios, es así porque estos sólo deberán responder con las aportaciones que hicieron en el momento de suscribir sus acciones. Con ello logran mitigar el riesgo que corren al ingresar en una sociedad, sin que su patrimonio pueda correr ningún tipo de riesgo.

Al crear un patrimonio totalmente independiente para la Sociedad Anónima de la de los accionistas, es fundamental garantizar que en ningún momento puedan confundirse ambos patrimonios. Cabe añadir, que al tratarse de un patrimonio que se encuentra en constante vigilancia, otorga mayor seguridad –principalmente a los socios, accionistas- que la responsabilidad que se pueda derivar de un patrimonio personal.

Dentro de la sociedad, propiamente dicha, encontramos la figura indispensable del órgano de administración en sus distintas configuraciones. A su cabeza y como su titular encontramos a los administradores (o a los consejeros en caso de que la sociedad esté dirigida por un consejo de administración) . Serán estos titulares, administradores y/o consejeros quienes se ocupen de gestionar (administrar, dirigir) y de representar a la sociedad. Pueden ser personas ajenas a los accionistas, lo que facilita su profesionalización, es decir, que la administración la desempeñen personas más cualificadas en actividades societarias y que (deseablemente) no tengan intereses propios que puedan entrar en conflicto con los de la sociedad, como si les ocurriría a los propios socios y por tanto prevalecerán los intereses sociales frente a los particulares de los socios.

En la Ley de Sociedades de Capital, en su Título VI, regula de una manera clara y concisa, aunque también somera, el órgano de administración. Se ocupa el legislador en el mencionado título a las competencias, modos de organizar la administración y la determinación del número de administradores.

En concreto, dentro de este Título VI, en sus capítulos del II al VI, donde veremos en más profundidad la figura del administrador, es decir, del titular del órgano,

detallando en cada artículo, los requisitos para poder ser administrador, su nombramiento, su cese, los deberes que recaen sobre esta figura... A lo largo de la LSC encontramos también disposiciones dispersas sobre administradores, como el Título VII, referente a las cuentas anuales, cuya elaboración recae sobre los administradores.

Por supuesto, todas estas cuestiones serán tratadas de forma minuciosa y con detenimiento a lo largo de este trabajo, ya que serán las que nos hagan comprender cuan importante es la persona del administrador y el papel que ocupa, y será, sin duda la ley de sociedades de capital una pieza fundamental a la hora de escudriñar esta pieza indispensable para una sociedad.

Junto con la ley de sociedades de capital, debemos examinar a su vez, la Ley Concursal, el Código de Comercio, o el Reglamento del Registro Mercantil entre otros cuerpos normativos, si bien, prevalece en estas paginas el análisis de la LSC.

Por todo ello, puedo adelantar que el objeto de estudio del trabajo consta de dos partes claramente diferenciadas, en un primer lugar, una parte más general y conceptual para que nos ayude a sumergirnos en esta materia, diferenciando las características propias de una Sociedad Anónima y de una Sociedad Limitada, y una segunda parte más centrada en examinar a fondo la figura del administrador y todo lo que rodea a esta.

METODOLOGÍA EMPLEADA

Sin duda alguna el Trabajo de Fin de Grado, es el desafío más complicado al que nos debemos enfrentar tras haber cursado todas las asignaturas de la carrera.

Para afrontar mi TFG, lo primero que hice, fue decantarme por un tema para el contenido de este, que me atrajese y motivase, supongo que como todos mis compañeros, ya que sabía que debía estar muchas horas leyendo y estudiando sobre esta materia, y desde mi punto de vista, creo que no sería nada fácil llevar a cabo el estudio de una materia que no me motivase.

De igual modo he elegido, lo que he considerado, una estructuración que facilitará la comprensión del trabajo, para todo aquel que se adentre en la lectura del mismo, sin necesidad de ser un experto en la materia. Quizás es una de las tareas que, aunque parezca sencilla, para mí ha sido en la que he empleado más tiempo, no quiero decir que el resto haya sido rápido, pero me supuso bastante esfuerzo decidir que ideas quería transmitir y como plasmarlas de manera inteligible y sencilla.

Antes de nada, he decidido comenzar con la definición de unos conceptos básicos que nos ayudarán a una mejor comprensión del asunto que vamos a tratar, es por ello que debemos conocer en una primera instancia, qué es una Sociedad Anónima (constitución, estructura, administración...), que la diferencia de una Sociedad Limitada⁴, la descripción también de esta, quién y cómo es el administrador de una Sociedad Limitada, saber qué diferencia existe respecto de un Administrador de una Sociedad Anónima.

Una vez que se tengan estos conceptos claros, analizaremos en profundidad la figura en exclusiva de un Administrador, las obligaciones que conlleva su cargo, tanto dentro de la Sociedad como el papel que desempeña frente a terceros, las prohibiciones que existen en la ley para que una persona pueda desempeñar este cargo, sin dejar de

4 IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores”, en MENENDEZ, A. y ROJO, A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, pág.397-514. pág.398, y cito : “*El socio se obliga a aportar el importe de las partes alícuotas del capital social que le correspondan, pero sin asumir ninguna responsabilidad personal por las deudas sociales*”.

lado, los deberes que van aparejados al desempeño de sus funciones de administración y actividades de gestión dentro de la empresa.

Además, profundizar en la perspectiva mercantil, sin perder de vista la base civil, común de la diferencia entre un administrador de hecho y de derecho, me ha ayudado a comprender la materia que desarrollo.

Volviendo a la principal normativa analizada, el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, tan modificado a lo largo de su vigencia, incluyendo la revisión vigente desde 26 de Noviembre de 2017; el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y sus modificaciones incluida la vigente desde 26 de Noviembre de 2017, la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, y Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil con la última actualización publicada 04 de Marzo de 2017, me ha ocupado buena parte de los meses de estudio, redacción y tutorización. La jurisprudencia analizada, sin duda me ha permitido matizar y clarificar los principales conceptos desarrollados aquí.

En los últimos años, el Derecho Mercantil, al igual que otras materias, ha sufrido modificaciones legales, y es por ello que para realizar este trabajo, lo haremos con la última modificación del Código de Comercio y legislación complementaria facilitada por el BOE que data de 7 de Febrero de 2018.

Además de la legislación anteriormente citada, para el desarrollo y el estudio de este Trabajo de Fin de Grado, me he ayudado de la información recopilada tanto de monografías, artículos de revistas especializadas, bases de datos como es la de Dialnet, y Libros de Autores especializados en la materia, y es aquí donde debo agradecer a mi Tutora la Dra. Pérez Carrillo por facilitarme sus libros, algunos de su autoría, otros de su colección privada. Ello sin olvidar la magnífica biblioteca con que cuenta el área de Derecho Mercantil, debida en sus inicios, según he sido informada al primer catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de León, el Profesor Otero Lastres. En un orden menos formal, debo señalar que mi tutora me ha recomendado la consulta de algunas webs y blogs como el propio de su área DerMerUle, pero también otros como Migrar con derechos, y el blog de aula judicial.

Hay que añadir que la mayoría de la documentación empleada ha sido recabada de la propia página de la biblioteca de la Universidad de León, ya que al estar asociada con importantes editoriales como Aranzadi y Tirant lo Blanch ha facilitado muchísimo la recopilación de información.

No puedo dejar de lado, que gracias a una clase magistral, que se nos impartió con el fin de guiarnos en el funcionamiento de la biblioteca de Unileon, de la cual somos desconocedores en su gran mayoría de la versatilidad y amplios contenidos de que dispone, fue aquí donde nos muestran las posibilidades, que sin darnos cuenta, tenemos a nuestro alcance. Nos enseñaron a “bulear” en el catálogo de ULE, beneficiarnos de la plataforma grial vinculada con Google Scholar, del catálogo Worldcat, los recursos-e, revistas electrónicas, así como de la búsqueda específica de Jurisprudencia.

Para abordar un trabajo de esta envergadura, en el que hay que recabar tanta información, organizarla y plasmarla de manera ordenada y clara, me fui configurando un esquema en el que constreñí las partes que para mi forma de ver, conformaban la columna vertebral de este estudio.

Una vez que tuve claros esos conceptos fundamentales desde los que debían partir el resto, fue más sencillo, fui añadiendo, o quitando puntos en función de los asuntos que creía podrían resultar más interesantes y que veía que a mi más me motivaban, como me ocurrió con el apartado de la responsabilidad Civil que tiene el Administrador⁵.

Es verdad que aquí estamos tratando una cuestión fundamentalmente Mercantil, pero no podemos olvidar que todo el derecho está interconectado, y por ello, he tenido en cuenta otras disciplinas, que sin embargo se sitúan fuera de este trabajo.

⁵ ALONSO ESPINOSA, F.J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Madrid, (Aranzadi), 2006. pág.146

1. ÓRGANOS

1.1 Aspectos generales

Para discernir con mayor facilidad los asuntos primordiales que trataremos en este trabajo, comenzaremos por identificar los conceptos más básicos. En un primer lugar analizaremos la clasificación bajo la que se encuentran las sociedades mercantiles, así pues, en función del elemento preponderante de las mismas, ya bien se trate del capital, o de las personas. Si dicho elemento es el de capital, nos encontraremos ante una Sociedad de capital, mientras que en el caso de las personas, estaremos ante una sociedad personalista⁶.

En cuanto a la SA: La importancia que recae sobre una Sociedad Anónima desde un punto de vista de Sociedad Capitalista, ha sido sin duda muy superior a la de cualquier otra sociedad. Todo ello se debe a que a lo largo de los Siglos XIX y XX⁷ sirvió como locomotora de grandes obras públicas, así como de grandes empresas industriales o comerciales, la razón de esto se fundamenta en sus dos principales características, de un lado posee su capital dividido en acciones , lo que las hace fácilmente transmisibles acotando con ello el riesgo y, de otro lado, la no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. La administración de una Sociedad Anónima, una vez constituida, y por tanto inscrita en el Registro Mercantil, es una forma de personalización jurídica, fuertemente orientada al desarrollo de actividades empresariales, cuya actividad se realiza a través de órganos. Establece la LSC que en nuestro ordenamiento la Sociedad Anónima, constará de dos órganos necesarios. Esto es, si bien podrían existir otros órganos impuestos por leyes sectoriales

6 DERECHO EN RED, “artículo de blog”, *Clases de sociedades: personalistas y capitalistas*, 2014, <https://www.derechomercantil.info/2014/06/clases-sociedades-personalistas-capitalistas.html>

7 IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores”, en MENENDEZ, A. y ROJO, A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, pág.397-514., pág.400

(por ejemplo en el sector financiero) , concurrirán, en todo caso una junta de accionistas (art.159 LSC)⁸ y un órgano de administración (art.210 LSC).

Señala el artículo 2 LSC, que las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil. En esa línea nos centraremos en la definición de una sociedad capitalista, entendiendo por esta la que se constituye a partir de un contrato, por el cual los socios que lo conforman, ponen en común bienes para el ejercicio de una determinada actividad mercantil y así poder con ello obtener un lucro (o no), del cual se derivaran unas ganancias, las cuales se dividirán entre los respectivos socios, que representarán su condición a través de unas participaciones sociales. En consecuencia, procuraremos tratar de una manera paralela tanto las cuestiones referentes a una sociedad limitada como las referentes a la una sociedad anónima, ya que ambas se engloban en las sociedades de capital y considero que son las más relevantes dentro del mercado español. Tienen muchas similitudes por lo que iremos alternando el estudio de una sociedad y de otra, y por supuesto, sin dejar de lado las peculiaridades de cada una.

En su articulado, la ley de sociedades de capital, nos concreta cuáles pueden ser estas sociedades de capital, señalando en su Art.1.1 LSC: *Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.*

Proseguiremos con lo que entendemos por una sociedad limitada, o sociedad de responsabilidad limitada, de la cual surge su tráfico mercantil a mediados del siglo XIX⁹, siendo esta un tipo de sociedad de carácter capitalista, en el que los socios hacen una aportación de capital no muy elevada, lo cual resulta muy atractivo a la hora de invertir. La característica de capitalista es fundamental, como hemos apuntado en el concepto introductorio, ya que no se fija en las características de los socios, diferenciándola de las sociedades personalistas, en las que cabe la aportación de trabajo

8 GALGANO, F., *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, estado y clases sociales*, Barcelona (Ariel),1990,p.147, indica el autor que la junta o asamblea es el órgano a través del que participan los accionistas en la adopción de decisiones, y el ejercicio de determinados derechos de los accionistas, como el derecho a voto.

9 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S. *Precedentes de responsabilidad limitada en España 1869-1885*, “artículo de revista Murgetana”, núm.134, 2016, págs.79-96. , en concreto p.80.

para obtener la condición de socio. El art.1.2 LSC indica :*En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.*

Los socios una vez hecha la aportación, salvo patología generalmente de orden penal, no responderán de las deudas sociales, es decir, una vez que aporten el capital societario, no tendrán que responder con más capital del que ya hayan aportado. El resto de sus bienes privativos quedarán exentos de cualquier responsabilidad frente a los acreedores societarios. La división del capital en aportaciones y la exención de responsabilidad personal por parte de los socios nos ayuda a definirla como una entidad mercantil que dispone de una personalidad jurídica propia, pero con un patrimonio independiente y con responsabilidad inherente, en la que el capital estará integrado en las determinadas aportaciones de los socios, los cuales recibirán un porcentaje directamente proporcional a su inversión. En el siglo pasado, este tipo de organización empresarial era concebido como una formación excepcional y de poco uso práctico, abarcando las sociedades anónimas la mayoría del tráfico, por contra, en la actualidad, esta tendencia se ha invertido, llegando a constituirse más sociedades limitadas que anónimas.

Si bien SL y SA son tipos societarios diferentes poseen muchas similitudes¹⁰. Así, el capital social cumple idénticas funciones en una sociedad limitada que en una sociedad anónima, de lo que se desprende la imposibilidad para los acreedores sociales de perseguir el patrimonio de los socios, conformando una garantía para éstos. Además, el número de aportaciones de capital social servirán para determinar que porcentaje tendrá cada socio respecto de los beneficios y a su vez para los derechos de emisión de voto, es decir, la parte política de la empresa. Por otro lado, para que se lleve a cabo su constitución ha de cumplirse un doble requisito, de un lado sería el otorgamiento en escritura pública, y de otro lado, su consiguiente inscripción en el registro mercantil. Sin ambos requisitos cumplidos, la empresa no dispondrá, en ningún caso, de personalidad jurídica. A diferencia de las sociedades anónimas, en las SL, no se permite ni en el

10 ALONSO LEDESMA, C., (Dir), *Diccionario de derecho de sociedades*, Madrid, (Iustel), 2006.

proceso de fundación, ni tampoco en el proceso de aumento de capital, un desembolso de manera fraccionada de aportaciones inscritas por los socios.

1.1.1 Junta General

La regulación de este órgano lo podemos encontrar tanto en el antiguo TRLSA como en la LSRL, pero además de ver la antigua regulación veremos la actual que viene recogida en la ley de sociedades de capital. En la doctrina mayoritaria española, tenemos numerosas referencias al declive, puesto que parece que con cada más habitualidad, su poder es llevado a cabo por el titular del órgano de administración. Este fenómeno se ve más claramente en las sociedades cotizadas, pero nosotros únicamente trataremos aquellos que no lo son.

Desde mi punto de vista, la diferenciación de ambos órganos hace más complicada la participación de los accionistas en referencia con la vida societaria, facilitaría notablemente el funcionamiento de la sociedad la eliminación del órgano de la Junta. Por contra la doctrina mayoritaria da una visión opuesta, así consideran que consta de una mayor flexibilidad¹¹. Cabe añadir, que en algunos Estados de los EEUU, facultan a la Junta general, para que sea esta la que desarrolle la administración de la sociedad y por tanto, desde su perspectiva, el órgano prescindible a tal efecto sería el órgano de administración, sin embargo, no creo que sea un modelo deseable en nuestras empresas mercantiles, puesto que supondría una mayor rigidez que el modelo que hoy tenemos de doble órgano.

En ambas sociedades, tanto en la sociedad anónima como en la sociedad limitada, los socios tienen derecho a contribuir en la toma de decisiones que se realizarán por mayoría, este se ve reflejado en el art.159 LSC, sobre la junta general: *Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.*² *Todos los socios,*

¹¹ PÉREZ CARRILLO, E. F., *S“Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de los socios y consejo de administración”*, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir) , *Simplificar el Derecho de Sociedades*, Madrid, (Marcial Pons), 2010, págs. 349 a 427, en especial pág.349 : señala la autora que “...la vía de hacer desaparecer la Junta general ha sido superada y no se plantea como argumento de simplificación deseable, al menos con carácter general en todas las sociedad mercantiles”.

incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

Así pues, estas competencias son ejercitadas a través de sus órganos. En la estructura que viene contemplada en la LSC, vemos como dice que, dicho órgano es el encargado de desarrollar la voluntad de la sociedad. En su punto 2 de este mismo artículo, explica que los acuerdos que se quieran llevar a cabo, serán adoptados por mayoría y estarán obligados a ellos tanto los ausentes como los disidentes.

En cuanto a las competencias de este órgano, vienen recogidas en la LSC, cuyo art 160 establece que *es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos. c) La modificación de los estatutos sociales. d) El aumento y la reducción del capital social. e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente. f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero. h) La disolución de la sociedad. i) La aprobación del balance final de liquidación. j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.*

Pero este es sólo un ejemplo de las posibles competencias, además, cabe añadir que los estatutos pueden incorporar cualquier otra que puedan considerar pertinente¹², pero todo ello, sin dejar de lado, que las competencias de la Junta se encuentra delimitadas por las que le corresponden, en exclusiva al órgano de administración.

¹² La posibilidad de asignar competencias descansa en ultimo termino en el valor conferido en nuestro ordenamiento a la autonomía de la voluntad, circunstancia de la que es apreciativo el artículo 28 LSC, en cuanto a la autonomía de la voluntad: En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

Así en el artículo 161 de la LSC, referente a la intervención de la junta general en asuntos de gestión, nos dice que esta, podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

Respecto de la Sociedad Limitada, encontramos una peculiaridad que así lo refleja el artículo 162 LSC, la junta general en esta sociedad, puede anticipar fondos y créditos, además de asistir económicamente a sus socios y administradores sin necesidad de acuerdo por parte de esta.

1.1.2 Órgano de Administración

Respecto al órgano de administración, debemos decir que, la Sociedad Anónima requiere un órgano permanente que se ocupe tanto de la gestión como de la representación¹³. Esta administración se encuentra sometida a la junta, en el sentido en que, serán estos los encargados de decidir quién puede ser miembro, de su nombramiento y por supuesto, de su destitución. La regulación de este órgano la encontramos en : en la LSC y en el RRM, entre otros.

Es en el artículo 23 e) de LSC, referente a los estatutos sociales, donde nos habla de que uno de los contenidos de los estatutos debe ser el modo en que debe ser organizada una sociedad, el número total de administradores que debe haber, hace alusión respecto de estos a la duración de su cargo, y la forma y manera en que se les retribuye en el caso en que corresponda.

En cuanto a, quién puede formar parte de este órgano, puede ser toda persona física o jurídica, respecto de la segunda, si fuera el caso, su actuación se desempeñará en último término a través de una persona física, además esta, debe constar perfectamente identificada en el Registro Mercantil (art. 212 LSC y 143 RRM). En el artículo 191 RRM, vemos como el nombramiento de los administradores se llevará a cabo en el acto de constitución de la sociedad o bien por acuerdo de la Junta General, por mayoría.

13 SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, (La Ley), Madrid, 2004, p. 35

Por otro lado, como requisito subjetivo, se establece en el artículo 212 de la LSC, que los administradores de las sociedades de capital, podrán ser tanto personas físicas como jurídicas, salvo que los estatutos establezcan lo contrario en alguna disposición, por su parte el artículo 143 del RRM, en referencia al nombramiento de los administradores como persona jurídica, dice que, en el caso en el que la titularidad del consejo de administración sea ocupada por una persona jurídica, no se podrá proceder a su inscripción hasta que no conste identificada la persona física que haya sido designada a tal efecto. Si se diera el caso en el que la persona jurídica es reelegida, el representante continuará desempeñando sus funciones hasta que no se establezca lo contrario.

Por otra parte, esta figura tiene determinadas prohibiciones con el desempeño de su cargo, reflejo de ello lo vemos en el artículo 213 LSC: no podrá ser administrador aquel que sea menor de edad y no esté emancipado, los que estén judicialmente incapacitados, tampoco las personas inhabilitadas conforme a la ley concursal (siempre que no se haya concluido el periodo que se les establezca en la sentencia de calificación del concurso), así como aquellas personas que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. De igual modo, tendrán prohibido también el desempeño de este cargo, los que sean funcionarios de la administración pública que realicen actividades relacionadas con las sociedades de que se trate, así como los jueces y magistrados y demás personas afectadas por esta incompatibilidad legal.

Entre las prohibiciones podemos observar como se entrelazan prohibiciones por cuestiones de edad e incapacidad, con supuestos de inhabilitación respecto de la LCon además de incompatibilidades de Derecho Público. Si se diera el caso, que a pesar de que son conocidas las prohibiciones que les impedirían ejercer como administradores, algún miembro hubiera sido designado a tal efecto, deberá este ser destituido a instancia de cualquiera de los accionistas.

De su parte, el artículo 224 de la LSC, cita los supuesto especiales de cese de administradores de la SA, siendo entre otros, aquellos administradores que estén incurso en cualquiera de las prohibiciones legales, deberán por tanto ser destituidos inmediatamente, además de aquellos que tengan intereses opuestos a los de la sociedad,

será en este caso solicitado a instancia de cualquier socio con posterior acuerdo de la junta general.

1.2 Aspectos relativos a la gobernanza

Hablamos de gobernanza, a los efectos de este trabajo, al modo en el que se estructuran las sociedades al efecto del funcionamiento y adopción de decisiones de sus órganos.

En cuanto a lo que concierne estrictamente a la configuración de la administración societaria, podemos diferenciar entre¹⁴:

1.2.1 Estructura o estructuras

Desde un punto de vista estructural interno, vienen establecidos dos tipos de órganos sociales, uno que es de tipo asambleario (que recoge a aquellos miembros que poseen un determinado dominio sobre las acciones sociales) y de otro lado, un órgano gestor y representativo (que es el encargado de llevar a cabo las decisiones que se han tomado en las asambleas), es éste último al que se le denomina, órgano de administración.

Así, podemos ver como se concreta el modo en que debe ser organizado el órgano de la administración, en el artículo 210 LSC. Y más concretamente de una Sociedad Anónima en su apartado segundo, su tenor literal nos dice, *“En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración”* y respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, *“En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la*

14 PÉREZ CARRILLO, E F “Gobernanza corporativa y de entidades del sector financiero, complejidad creciente, y nueva articulación funcional y orgánica de actores, intereses y riesgos”, en MARCOS TORRES (coord.) FERNÁNDEZ-ALBOR, PEREZ CARRILLO, (dir) *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, pp 33-63, (Marcial Pons), 2018.

facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria”.

Su estructuración puede venir a través de un administrador individual, varios que actúen de manera solidaria, dos mancomunados, pudiendo existir varios administradores mancomunados, especializados en áreas concretas de gestión de un negocio. Es una figura opuesta al administrador solidario, tiene unas cotas de poder y una facilidad en la toma de decisiones mucho mayor que este último. Es una figura muy habitual en aquellas sociedades que suelen estar divididas al cincuenta por ciento, desde un punto de vista tanto económico como en el reparto de las funciones que desempeña cada Administrado; lo que permite llevar un mayor control de las tareas desempeñadas por la otra parte, además, ello favorece las tomas de decisiones que son llevadas a cabo por consenso, o a través de un órgano colegiado, el consejo de administración. En el caso de un órgano colegiado, se constituye porque hay más de dos propietarios y necesitan tomar decisiones de la forma más democrática posible. Se compone por un determinado número de persona físicas o jurídicas que hayan sido elegidas previamente a través de la junta general, las cuales, deben actuar de acuerdo con lo que venga establecido en los estatutos de la empresa. En definitiva se trata de un órgano colegiado y corporativo que debe adoptar las decisiones empresariales por mayoría¹⁵.

Cabe hacer referencia en este punto, al artículo 124 RRM¹⁶, titulado “administración y representación de la sociedad”, en él se describe, como en los estatutos de la sociedad debe constar la estructura del órgano al que se le confía el desempeño de la administración, y debe por tanto, determinarse que tipo de órgano será

15 Un reflejo de esta estructuración lo vemos por ejemplo, en el ordenamiento alemán, evidencia un esquema que se repiten en otros aspectos sociales, jurídicos, políticos e institucionales como son, la separación latente que existe entre el órgano asambleario y el órgano administrador. Esto se debe a que la Sociedad Anónima ha sufrido en ocasiones la instrumentación de los poderes públicos o privados. La sociedad por acciones, nace como privilegio real, lo que la ha llevado a colocarse bajo el amparo de la garantía pública. Puede decirse, que ha ido abandonando en parte, el terreno supeditado por el Derecho Público de la concesión, lo que la ha llevado a introducir otros medios que compensen el privilegio del que gozan, la actuación en el tráfico en régimen de responsabilidad de manera ilimitada de la persona jurídica, pero a su vez, la limitada para cada miembro capitalista que lo conforman.

16 Desde un punto de vista doctrinal, en su gran mayoría, opinan que la lista dada por el artículo 124 RRM, se trata de una lista de “*numerus clausus*” de las posibles configuraciones que se pueden formar en el órgano administrativo de una Sociedad.

en función del número de administradores que lo compongan. Dando también los posibles tipos de administrador que pueden darse en una sociedad: administrador único, varios administradores que actúen solidariamente, dos administradores que actúen conjuntamente (mancomunados) o un consejo de administración (órgano colegiado), formado este último por un mínimo de tres miembros.

Debemos puntualizar aquí una especialidad de las sociedades limitadas, y es que, a diferencia de las sociedades anónimas, en los estatutos de las primeras se puede establecer que haya un sólo sistema de administración, cualquiera de los que hemos citado con anterioridad, o bien constituir varios como alternativos. Será aquí cuando la junta sin necesidad de modificar los estatutos pueda establecer cual es el que quiere que se lleve a cabo, salvo que en los estatutos ya se haya establecido un único modo de administración, que entonces la modificación será condición sine qua non para poder cambiar de un sistema de administración a otro.

En relación con el artículo 28 de la LSC, sobre la autonomía de la voluntad, correspondería a las partes concretar a través de los estatutos el número y organización de este.

- Administrador único: corresponderá a este la administración de la vida social, y a su vez se encargará de su representación. Todos aquellos encargos que se le adjudiquen serán de carácter voluntario. Su posición será de superior jerárquico respecto de aquel trabajador en que delegue funciones.

- Varios administradores solidarios: a través de la norma no se da un número concreto del máximo permitido, por el contrario si se da un número mínimo constituido por dos miembros. Respecto de sus actuaciones, le serán aplicables las normas de solidaridad¹⁷, por lo que cada uno de los administradores vinculará con sus actos a la

¹⁷ JIMENEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho Mercantil II*, (Ariel), 2008, págs. 217-248, en concreto pág.224, cito : “nuestros jueces y tribunales han apreciado la solidaridad en diversas ocasiones entendiendo que las partes la convinieron aun en ausencia de pacto expreso. STS 26 de abril de 1985, pese a no ser incorporada por el legislador; el TS la reconoce como un principio general de las obligaciones mercantiles STS 16 octubre 1989”.

sociedad de manera solidaria. Y por tanto, pudiéndoles exigir responsabilidad a todos ellos por igual o a cualquiera de los responsables¹⁸.

- Administradores mancomunados: en este caso, a diferencia de lo que ocurría con los administradores solidarios, la Ley si nos indica el número concreto por el que debe estar formado este tipo de administración. El RRM establece este, en dos. En lo que respecta a su responsabilidad, estaremos a las normas de responsabilidad en caso de mancomunidad. En nuestro CC, la responsabilidad mancomunada siempre se presume, salvo que se inscriba cosa en contra, por tanto dicha responsabilidad se dividirá en tantas partes como personas haya, en el caso de los administradores, dado que se establece el número en dos, estos serán pues los responsables.

Por contra en la responsabilidad solidaria, como vimos anterior mente, le será exigible la totalidad de la responsabilidad a cualquiera de los administradores o a todos ellos. A pesar de las normas de mancomunidad anteriormente citadas, es de aplicación el artículo 129.1 TRLSA de la antigua ley, que corresponde al artículo 234 de la LSC, por el cual, hace ineficaces frente a los posibles terceros que quieran exigir la responsabilidad, las limitaciones al poder de representación. Por ello, se cree, que las actuaciones extralimitadas de las facultades que el administrador tiene atribuidas, deberían ser resueltas de manera interna y no que se vean perjudicados terceros¹⁹.

- Consejo de Administración: No fue hasta la Ley de 1951 cuando fue contemplada legislativamente dicha figura, pero con anterioridad de una manera práctica ya se llevaba usando una operativa semejante en el funcionamiento de las

18 Artículo 1137 CC: La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

19 ESTEBAN VELASCO,G, *Sociedades de capital:órganos* “Revista de derecho de sociedades”, núm.22, 2004, págs. 353-364, en concreto pág.353, frente a este tipo de administración, hay una gran parte doctrinal, como es el caso de Esteban Velasco, que opina que es criticable la existencia de dicha figura, ya que ocasiona numerosos problemas tanto, prácticos como interpretativos, debido a que la Ley únicamente establece la regla de la mancomunidad desde un punto de vista representativo, pero a estas alturas, ya sabemos que esta, es sólo una de las funciones que le son atribuidas a la figura del administrador. Por ello la doctrina se plantea la duda de si la actuación de uno de los administradores mancomunados y que sea ratificada posteriormente por la Junta General, puede constituir ese acto, como un acto válido.

sociedades españolas. En nuestro ordenamiento, vemos recogida esta figura en los artículos 209 y ss de la LSC: “ *La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración*”, y en el artículo 124 RRM 2 d): “ *En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto*”. Lo que les permite a estas normas un amplio margen de decisión respecto de su organización y autorregulación²⁰.

Se trata por tanto de una manera de administrar la Sociedad Anónima, que adopta las decisiones de una forma colegiada, que a su vez, confiere la representación de esta, de un modo individual o colectivo.

1.2.2 Titular o titulares del Órgano de Administración

La titularidad de este órgano debe ser ocupada, o bien por persona física o bien, por un persona jurídica²¹. En los artículos 212 y 212 bis de la LSC se dice que los administradores de la sociedad de capital, podrán ser tanto personas físicas como jurídicas, salvo que se diga lo contrario en los estatutos y para ello no necesitan ser socios, en el caso que se trate de una persona jurídica, será necesaria la designación de una persona natural concreta, para el ejercicio del cargo, dicha designación debe hacerse efectiva a través de su inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto a los requisitos, que vienen establecidos por la Ley respecto del titular, son los de la capacidad de obrar y el no incurrir en ninguna de las prohibiciones descritas por el artículo 213 de la LSC, el cual nos dice que, respecto de la Ley Concursal, no podrán desempeñar dicha función los que habiendo sido inhabilitados,

²⁰ SALELLES CLIMENT, J.R. *El funcionamiento del Consejo de Administración*, (Civitas), Madrid, 1995.

²¹ MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la SA*, (Civitas), 1996, pág.45, donde subraya la importancia de la naturaleza orgánica del cargo de administrador.

aún no hayan concluido el periodo de inhabilitación y aquellos condenados por delitos contra la libertad, el patrimonio o contra el orden socio-económico, entre otros. De igual modo tampoco podrán ser administradores, los Funcionarios al servicio de la Administración Pública que desarrollen funciones a su cargo relacionadas con las actividades propias de las sociedades de que se trate, ni tampoco, los Jueces o Magistrado ni otros, que se vean afectados por incompatibilidad legal.

Debemos añadir, que para el desempeño de su cargo, no les es exigible, ser accionistas²² ni ninguna capacitación especial para el desempeño de las funciones que engloban esta figura.

Si estamos diciendo, que este órgano, dispone de un carácter permanente y necesario^{23,24}, de igual modo su titularidad debe estar en todo momento cubierta para permitir la continuación de la vida social. Una vacante continuada en este ámbito, supondría la disolución de la persona jurídica, este supuesto de hecho lo vemos reflejado en el artículo 363.1 de la LSC, en su apartado d) en las causas de disolución, una de estas será por la paralización de los órganos sociales²⁵, de modo que, resulte imposible su funcionamiento.

Cabe añadir, que también serán considerados como administradores aquellos que de manera efectiva, desempeñen la actividad propia de administrador. A esto no hacía

22 Art.212.2 LSC, “...a menos que los estatutos dispongan lo contrario”.

23 HIERRO ANIBARRO, S., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, Madrid, (Marcial Pons), 2010, pág. 349, podemos leer: “Las sociedades de capital cuentan con un órgano específico -permanente y necesario- encargado de su gobierno: gestión y representación”.

24 SUAREZ LLANOS, L., “Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, núm.85, además de la referencia legal al “órgano necesario”, autores como Suárez Llanos, han analizado y matizado ambos rasgos, señalando que la inseguridad que rodea a su delimitación frente a la Junta General está estrechamente relacionada con la inexistencia de un sistema legal estricto de separación de competencias y generalidad consistente en referirse en términos equivalentes a “gestión y administración”.

25 IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores”, en MENENDEZ, A. y ROJO, A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Civitas), 2016, pág.493, cito : “además de la junta general, que es un órgano de carácter deliberativo y decisorio, la estructura corporativa de las SA y SL se completa con el órgano de administración, que se ocupa de la gestión ordinaria de la sociedad y de representarla en sus relaciones jurídicas con terceros”.

referencia el TRLSA, pero como ya hemos aludido en el epígrafe referente al administrador de hecho, ya en el artículo 236 LSC podemos ver como en su apartado 3, dice que la responsabilidad se extenderá también a los administradores de hecho, a su vez, podemos encontrar referencias en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en su artículo 164.1 Concurso culpable: “... *de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso...*”. Sobre el asunto del administrador de hecho, volveremos más adelante, ya que es una cuestión muy controvertida respecto de los deberes que le son exigibles a estos.

Con todo ello, podemos decir que el titular del órgano responderá por tanto, de la función general que se le ha atribuido a este órgano por desempeñar su cargo, como de la específica que le ha atribuida por parte de la sociedad. En resumen, será responsable de todas aquellas actividades de ejecución conforme a ley, estatutos y diligencia debida.

Esta responsabilidad la está asumiendo en el momento de la aceptación de su cargo, en una doble posición, de un lado, la posición orgánica, ya que al ser el titular del órgano al que se le manda desarrollar la función de administrar y determinar competencias; y de otro lado, contractual, esto se debe a que al aceptar, se está posicionando como deudor en una relación que le vincula con la sociedad. El vínculo que adquiere para con la empresa, es de carácter contractual-negocial, puesto que le impone derechos y deberes muy concretos y a su vez variables según sea cada sociedad y el momento concreto. Asumiendo con su aceptación, las consecuencias de su cargo a costa de la totalidad de su patrimonio, pero no entendiéndolo por esta la responsabilidad patrimonial universal del art.1911 del CC, no se trata de que el titular del órgano asuma el riesgo de la sociedad, sino de que, será el administrador social, quien responda de sus actos durante el desempeño de su actividad de administración.

1.2.3 La equidad de género

Un asunto que viene sobrevenido en nuestra sociedad actual es la cuestión de la igualdad de género que se viene buscando en todos los ámbitos que nos rodean. Uno de

los sectores más desfavorecidos para la mujer es el ámbito laboral, y es que a pesar de todo lo que nuestras predecesoras han logrado a lo largo de la historia con sus luchas y protestas, aún queda mucho para poder decir que la mujer está equiparada al hombre en tanto a la remuneración y derechos de acceso en los mismos puestos de trabajo.

Es por ello, que como mujer²⁶ y futura trabajadora que he querido hacer una pequeña referencia a este asunto, y es que aún en el siglo XXI debemos hablar de la desequilibrada representación de las mujeres en los consejos de administración, lo que por supuesto ha originado innumerables debates y ha sido causa de polémica. No podemos decir que es un problema únicamente nacional, es sin duda extensible a la UE, sin establecer ahí el límite y abarcando con él todo el mundo.

Para abordar esta cuestión, tenemos que aludir tanto a los defensores de aquellos que persiguen la incorporación de las mujeres a través de la defensa de la dignidad humana, recogida en el art. 10 de la CE y el derecho de la igualdad y no discriminación que recoge el art. 14 de la CE, de otro lado está la posición de aquellos que defienden la libertad de empresa que se recoge en el art. 38 de la CE.

A principios de siglo, se contempla una evolución en cuanto a como afrontar la discriminación de la mujer en el ámbito laboral. Pero, la atención no se centra tanto en la reivindicación de los derechos que tienen las mujeres, sino que se centran más en analizar las posibles ventajas que la diversidad de género puede aportar al progreso social.

Hay autores que sostienen que la búsqueda de igualdad de género no va en contra de poner al frente de los cargos más determinantes, a aquellos que se consideren más capaces²⁷.

La sociedad no debe dejar de lado lo que una mujer puede aportar, en consecuencia debe cambiarse esa creencia de que la mujer no tiene motivación de poder.

26 HUERTA VIESCA M.I., *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos*, (Aranzadi), Navarra, 2009, págs. 114-146.

27 BARBERÁ HEREDIA E., SARRIÓ M., RAMOS A. y CANDELA C., "Más allá del techo de cristal", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.40, 2002, p.66.

De la tradición anglosajona procede el criterio de la diversidad de género, que se basa sobre todo, en sacar provecho a todos los recursos humanos disponibles, sin discriminación, de modo que cada individuo aporte lo que su potencial le permita y que se les valore por lo que son y no, si se trata de un hombre o de una mujer²⁸.

Con toda la situación de crisis sobrevenida en la última década, y con la situación de inestabilidad en las relaciones laborales, son las propias empresas las que abogan por un cambio para asegurarse su supervivencia, lo que va de la mano con aprovechar la disponibilidad de recursos humanos.

Aquellos empresarios que defienden la diversidad de género es porque piensan que con esta decisión pueden aumentar los beneficios económicos de la empresa. Cabe añadir, que esta visión de la diversidad por una creencia de una mayor obtención de beneficios, no tiene que ser, a mi juicio, la razón que impulse que las mujeres deban ocupar puestos en las administraciones de las sociedades, sino más bien, porque desde una perspectiva ética y política se lo merecen y tienen el mismo derecho que los hombres, para esto, deben continuar luchando las políticas igualitarias, para erradicar esa discriminación histórica tan arraigada.

En nuestros países vecinos, como es el caso de Francia, con la publicación que hicieron de la Ley de 2011, han obtenido muy buenos resultados, a través de la imposición por el legislador de la instauración de cuotas, se trata por tanto, de una medida de acción positiva (aquellas en favor de la mujer que intentan paliar la situación de desigualdad).

Con esta Ley de 2011, se pasó de un diez por ciento de las mujeres en un puesto de administración, antes de su entrada en vigor, a colocar a Francia a la cabeza de los países de Europa, en la que los puestos de consejeras ha aumentado considerablemente. Y cuáles podemos decir que son los fundamentos de esta Ley, pues de un lado el legislador implantó medidas de acción positiva, las cuales en el supuesto de ser incumplidas llevarían aparejadas importantes sanciones como consecuencia, y de otro

²⁸ La valoración de este criterio implica un cambio, se concibe como un potencial a explotar, y no como un problema.

lado, se estableció un plazo para llevar a cabo la adaptación de la medida legislativa de seis años.

Si la mentalidad social evolucionase más y se pusiera en práctica el sistema por cuotas, esta igualdad dentro de las sociedades, se podría alcanzar en un plazo demasiado amplio, pero se sigue viendo frenado este desarrollo, de la carrera profesional femenina, en tanto estas deciden ser madres, y es que este “hándicap”, no lo tienen los hombres²⁹.

Estaremos de acuerdo en que la Ley no lo puede solucionar todo, pero lo que sí puede es impulsar a una mejora a través del cambio de mentalidad. Es fundamental que el derecho trate de profundizar en las cuestiones que causan esta discriminación, para así aplicar medidas más efectivas que las puedan erradicar.

Pondremos fin a este epígrafe, citando las palabras de la profesora Ariadna Aguilera: “Aunque desde el feminismo se hayan denunciado repetidamente determinadas dinámicas jurídicas perjudiciales para las mujeres, la mayor parte de las funciones de un análisis feminista del derecho no han agotado todavía, las políticas antidiscriminatorias, que ha supuesto un paso muy importante en la dirección correcta no ha logrado acabar de todo con una jerarquización de sexos de los que la discriminación es también sólo una forma de expresión”³⁰.

1.2.4 El administrador de hecho

El año 2003 fue un año muy importante para la figura del administrador de hecho, hasta entonces era desconocida en la ley, y únicamente se hacía referencia a ella a través de la jurisprudencia. Partiendo de la idea de que el administrador de hecho es opuesta a

29 ALFANO J.: *Derechos de la mujer y desarrollo económico: importancia de ser padre y suegro a la vez*, documento disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2012/09/derechos-de-la-mujer-y-desarrollo.html> (última consulta : 20 Marzo de 2018), señala el profesor Alfaro, “*El coste de oportunidad de perseguir una carrera profesional se eleva cuando deciden tener hijos. Los varones profesionales, obviamente, no se enfrentan de la misma manera a esas opciones alternativas. Por eso se dice con razón que el mercado laboral no discrimina a las mujeres, ni siquiera a las casadas, sino a las madres*”.

30 AGUILERA RULL A., El proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, “*Revista InDret*”, núm.3, 2001, págs.1-15

la del administrador de derecho, es considerado como un administrador variable y sin legitimación³¹.

Por parte del legislador podemos decir, que ha querido dotar esta figura también de forma y relevancia, por lo que en la Ley 22/2003, de 9 Julio Concursal, introdujo una aproximación a la equiparación entre el administrador de hecho y de derecho, así se ve en los artículos 164.1 y 172.2.1º En cuanto al primero, nos dice este precepto que será considerado concurso culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia medie culpa grave o dolo por parte de los representantes legales, y en el caso de que se trate de una persona jurídica³², de sus administradores, ya sean de hecho o de derecho, incluyendo aquí ambas figuras.

Por su parte el artículo 172.2.1º de la LCon, respecto de la sentencia de calificación, nos dice, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores ya sean de hecho o de derecho.

A la anterior ley se une posteriormente la ley de Transparencia, Ley 26/2003, de 17 Julio, que surgió para actualizar y mejorar tanto la LMV como el TRLSA, modificando por su parte el art.133 del TRLSA, en el ámbito de la responsabilidad.

Por último, también en ese año 2003, se promulgó la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, la cual en su artículo 43.1 b) respecto de los responsables subsidiarios, cita como tales a los administradores de hecho y de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas que se encuentren pendientes en el momento del cese.

Como hemos leído en el estudio realizado por la doctora Latorre, esta crítica de una manera clara que poca intención del legislador de aclarar el concepto de administrador de hecho, dejando en mano de los tribunales esta tarea.

31 LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, (Comares), 2016, la doctora Nuria Latorre, en su libro , llevó a cabo un estudio en el que profundizaba en la distinción de ciertos elementos o en la concreción de conceptos que posteriormente se han visto reflejados en numerosas resoluciones judiciales y concluyendo que al carecer de dicha legitimación, no tiene la potestad para ejercer efectivamente el cargo, no pudiendo formular las cuentas o convocar a la junta.

32 DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, (Aranzadi), 2002.

Por último debemos hacer referencia al artículo 236.3 de la LSC, la cual de nuevo hace referencia al administrador de hecho al explicar este precepto la extensión subjetiva de la responsabilidad, alude directamente a estos y 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.

Considero que el administrador de hecho, ha ocasionado tanta controversia y es tan numerosa la jurisprudencia a cerca de esta figura, que más adelante he querido dedicar un epígrafe para profundizar como es debido en este asunto, ahora sólo he querido dar una visión de su emplazamiento legal y destacando que ha pesar de que también ha sido muy estudiado este desde la perspectiva penal, únicamente nos centraremos en examinarlo desde el ámbito civil ya que es la que más se aproxima al derecho societario.

Los deberes y responsabilidad³³ que se derivan del incumplimiento de estos por parte de los administradores, han cobrado una gran relevancia, viéndose reflejada en un importante incremento de la litigiosidad en el contexto de responsabilidad civil derivadas de las deudas de la sociedad, por incumplimientos de determinado deberes.

Desde un punto de vista doctrinal, hay una profundización en la figura del administrador de las sociedades de capital, para analizar los aspectos más complejos de esta figura, así como de los que son los encargados de dirigir, gestionar y controlar, de igual modo que si se tratase de un administrador de derecho, sin ostentar oficialmente esta condición.

Dicho cargo puede recaer tanto en una persona física como en una jurídica, es por ello que debemos distinguir dos tipos de administrador, de un lado la figura del “Administrador de Derecho” y por otro lado la del denominado “Administrador de Hecho”.³⁴

33 DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, (Thomson Aranzadi), 2006, págs. 63-273

34 La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016 (RJ 2016/1232) resulta una importante aportación en relación con el concepto y la figura del administrador de hecho.

Así pues, por administrador de derecho podemos entender, aquella persona que tras un previo nombramiento por parte de los socios de la compañía, ha aceptado su cargo y se encuentra en la plenitud de sus facultades, todo ello tomando como base un acuerdo formal, publicado y posteriormente inscrito en el Registro Mercantil que corresponda.

En contraposición a éste, podemos definir como administrador de hecho, a aquella persona que no está legitimada para actuar formalmente como administrador, ya que, no ha sido nombrada por el órgano social correspondiente, ni tampoco figura inscrito su cargo en el Registro Mercantil, adopta, sin embargo, la apariencia jurídica frente a terceros de ostentar el cargo de administrador formal. Habitualmente, suele tratarse de personas que influyen tanto intervienen activamente en el tráfico mercantil tanto en la toma de decisiones del administrador de derecho aparentando ser auténticos administradores, mediante el uso, de poderes y ejerciendo verdaderas funciones de administración.

Es por todo ello , que debemos saber delimitar de manera jurisprudencial y doctrinal, no ya tanto, la figura del administrador de derecho, sino, el administrador de hecho.

Con la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de Julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, se aprecia un endurecimiento en cuanto a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital.

Normalmente, la identificación de los administradores con título, no presentan una dificultad palpable, puesto que, su cualidad es demostrable accediendo a la documentación de la sociedad, o acudiendo a los Libros del Registro Mercantil.

Podemos considerar, que son administradores de derecho de las sociedades de capital, quienes reúnan en su persona la condición para poder serlo, hayan sido designados y estos hayan aceptado.

Es en el momento de la identificación de los administradores de hecho, donde surgen los problemas. Según puede extraer de la doctrina científica, el origen de esta figura emana de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

de 24 de Junio de 1968, donde se admitió un aumento de capital social por la Junta General, a pesar de haber sido convocada por unos Administradores que tenían sus cargos caducados. Esta resolución se amparó en dos pilares fundamentales, de un lado el principio de buena fe, y de otro, el principio de conservación de la empresa. Este principio de conservación, exige que haya un órgano permanente, para con ello, evitar una paralización de la sociedad.

En un principio, el administrador de hecho, vino vinculada al principio de conservación de la empresa, y se considera que éste, se convierte en administrador de hecho en el momento en el que su cargo expira y no haya sido precedido de una reelección. La DGRN³⁵, es la encargada con habitualidad de la problemática generada por el cese de los Administradores tras esa caducidad de su nombramiento. A su vez, en la Ley Concursal contiene expresas referencias a esta figura³⁶.

No hay que dejar de lado, la figura del administrador de derecho, que alega que nunca ejerció como administrador de esa empresa, delegando sus facultades en otra persona, o bien, que alega la falsedad de su nombramiento, también el que alega la ignorancia del estado de la Sociedad, o el Administrador que continúa en la función de la administración tras su renuncia o cese en el cargo, caducidad del nombramiento, pérdida de la condición y la ausencia de Inscripción Registral. De aquí en adelante, analizaremos distintas sentencias que sentaron base para conocer mejor esta figura del administrador de hecho, y qué ocurre cuando este renuncia, es cesado, tiene su

³⁵ Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo una secular doctrina, se alinea con la postura de las sentencias 979/2011, de 27 de diciembre (LA LEY 281900/2011), y 220/2013, de 20 de marzo, (LA LEY 26740/2013) que a su vez se hacían eco de la doctrina de la Dirección General. Esta doctrina se halla contenida, entre otras, en la resolución de 17 de diciembre de 2012: (LA LEY 223871/2012) “... después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular; de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor; toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación”.

³⁶ Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal: Art.48.3: Efectos sobre el deudor persona jurídica, Art.163.1 Calificación del concurso y formación de la sección sexta, Art.164.1 Concurso culpable y Art.172. Sentencia de calificación

nombramiento caducado, o el caso en que aquel haya perdido la condición de administrador y la ausencia registral.

A) Administrador de hecho por renuncia

La Jurisprudencia contribuye para delimitar la figura del administrador de hecho derivada de su renuncia (y habitualmente orientándose a su responsabilidad). En la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de Marzo del año 2000 (AC 2000/4253), donde fue ponente la Magistrada Sra. Rallo Ayezuren. En ella los administradores de una SL, solicitan al tribunal el recurso de apelación, desestimado por el tribunal. La Sociedad se encontraba inmersa en un proceso de disolución, dichos administradores no convocan una Junta de Accionistas dentro del plazo previsto por la ley, limitándose a renunciar a su cargo. En la Sentencia se motiva que a pesar de existir la pertinente renuncia, éstos continuaron realizando actos de gestión, por lo que la renuncia no conllevó un cese efectivo de sus funciones. Por ello la Magistrada Sra. Rallo Ayezuren, afirma que no hubo una renuncia efectiva, como si hubiera sido, dejando constancia en documento público. Han realizado actuaciones que suponen contrarias a la pérdida de condición de Administrador tras esa renuncia, como sería la de comparecer ante un Notario para manifestar que :

- ostentaba la condición de miembro del Consejo de Administración
- acordaban constituirse en sesión del Consejo de la sociedad y
- por unanimidad delegaban en uno solo de ellos la “facultad de convocar Junta

General Extraordinaria de Accionistas para poder disolver la compañía”.

Otro ejemplo se ve reflejado en la Sentencia de la Sección 3ª de la AP de Mallorca de 15 de Marzo de 2001, en el que su ponente fue el Magistrado Sr. Bort Ruiz, donde podemos ver como, en este caso, los Administradores de la Sociedad que resultaron condenados, alegaron no haber estado presente en la Junta General en la que se llevó a cabo su nombramiento, y añadieron que fueron expulsados de los locales de propiedad de la Sociedad por los otros miembros societarios y con posterioridad renunciaron a su cargo. La sala desestimó la apelación alegando:

“Así, en primer lugar, aunque con escasa convicción, la dirección letrada de los demandados apelantes ha vuelto a hacer alusión en el acto de la vista del recurso a la circunstancia de que los mismos no estuvieron presentes en la Junta General en la que fueron nombrados administradores sociales, si bien ello carece de toda relevancia jurídica dado que, de cualquier forma, dichos nombramientos fueron posteriormente aceptados y ratificados por ellos en acta notarial e inscritos en el Registro Mercantil”.

Pero, estos demandados han venido a apoyar su recurso en el hecho de que los mismos fueron expulsados violentamente, por parte de los restantes socios, de los locales de la sociedad, quedando imposibilitados así de continuar en el desempeño de sus cargos de administradores, y de que poco después renunciaron a dichos cargos mediante acta notarial notificada a aquéllos. Sin embargo, tampoco estas circunstancias pueden excluir la actuación de la responsabilidad, dado que, desde un principio, como ha dicho reiteradamente esta Audiencia Provincial, la renuncia o separación del cargo de administrador de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada sólo surte efecto frente a terceros desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, trámite éste que en el caso de autos no ha resultado nunca cumplido.

Pero, de cualquier forma, y al margen de la cuestión de la falta de su inscripción registral, es incuestionable además que en el caso de autos la verificada renuncia en modo alguno podía, por si sola, posibilitar la pretendida exclusión de responsabilidad ya que, como muy acertadamente se razona en la sentencia impugnada, el mínimo deber de diligencia exigible a los administradores que pretendan renunciar a su cargo, cuando con ello el órgano de administración quede vacante o inoperante, como ocurría en el supuesto planteado, es el de adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación, esto es, la convocatoria de junta general de socios para la designación de nuevos administradores, continuando entretanto aquéllos al frente de la gestión social, ya que, de no hacerse así se produciría una inevitable y definitiva paralización de la vida de la sociedad que abocaría por fuerza a su desaparición de facto y correlativa disolución por concurrencia de causa legal de ello.

De tal forma, lo que se desprende de las anteriores sentencias, es que la renuncia al cargo de los Administradores, es una de las causas previstas en la Ley, pero debemos

preguntarnos, ¿queda liberado el administrador de la responsabilidad que tiene frente a Hacienda? el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) se ha pronunciado, frente a un caso en el que la Agencia Tributaria no admitió la baja solicitada por un administradora mercantil, a causa de la caducidad y con la consiguiente renuncia de su cargo, con la intención de desvincularse de las obligaciones frente a Hacienda que van adheridas a su cargo. Es muy probable que la renuncia no le exonere de responsabilidad que como administrador detenta frente a Hacienda.

Es el art.147 del Reglamento del Registro Mercantil el que regula la manera en la que debe realizarse, la inscripción del cese voluntario de su cargo en el Registro Mercantil, esta dimisión se llevará a cabo a través del escrito de renuncia por el propio administrador que quiera hacer efectivo su cese y notificándolo a la sociedad y que las firmas que contenga estén legitimadas notarialmente, siempre haciendo constar la fecha en que haya producido.

Ahora bien, habrá que estar a lo que suceda tras esa dimisión, y es que, si tras dicha renuncia se produce una vacante en el cometido de Administrador, no será posible la inscripción si el administrador renunciante no puede acreditar, que efectivamente ha convocado una Junta General con el fin de nombrar un nuevo administrador que le sustituya.

Si en dicha junta, se acepta su renuncia pero no ha sido elegido un nuevo administrador, Según Hacienda, estaríamos ante una de las causas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 363 de la LSC, por la paralización de los órganos sociales imposibilitando con ello su funcionamiento.

Si el Administrador no ha convocado la Junta General para proponer la adopción del acuerdo de disolución, será este el que responda solidariamente de todas las deudas contraídas por la Sociedad.

Es aquí, donde comienza el “*viacrucis*” del administrador renunciante. Si la junta general no quiere adoptar el acuerdo para la disolución, será inevitable que deba acudir a la vía judicial para solicitarla.

Nuevo problema, que se plantea al que ya consideramos ex-administrador, y es que este, al ya no ser considerado como administrador, deberá emprender las medidas

legales pertinentes como “interesado”, según argumenta el TEAC, tal y como prevé el artículo 366.1 de la LSC. En su defecto, el no hacerlo, supondrá para él que responderá de manera solidaria de las deudas de la empresa.

B) Administrador cesado

Al igual que el asunto que nos acontecía anteriormente, la responsabilidad del Administrador que ha sido cesado, es una cuestión que ha sido objeto de controversia doctrinal y la clave está en determinar la fecha en que jurídicamente se hace efectivo ese cese y su consiguiente inscripción registral. El Tribunal Supremo, en su sentencia para unificación de doctrina de 2 de Diciembre de 2010 (RJ 2010\8795), quiere dar con esta sentencia una solución, y es que, el Administrador sigue respondiendo, por las infracciones cometidas por la sociedad tras la escritura pública de cese, siempre y cuando aún no se haya hecho efectiva la inscripción en el Registro Mercantil, art. 43.1.a) de la Ley General Tributaria considerando responsables subsidiarios de la deuda tributaria a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que no hubiesen realizado los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios.

Desde mi punto de vista, la cuestión no debe considerarse zanjada, ya que la sentencia a la que se hace alusión, estaba motivada bajo determinados matices circunstanciales que justificaban dicha decisión.

La controversia, se centra en el momento temporal en que se considera que un Administrador deja de serlo de manera formal, y es que tras realizar la inscripción registral del cese de los administradores, no conlleva unos efectos constitutivos, sino que, tiene meramente unos efectos de publicidad para la protección de terceros. Como ya se ha dejado claro con anterioridad, el cese de los administradores se llevará a cabo convocado una junta general con el fin de solicitar el cese y para nombrar a un nuevo administrador que le sustituya, arts. 222 de la LSC por el que, el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

La Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 21 de Marzo de 2000 (AC 2000/4261), con la Magistrada Sra. Montolío Serra como ponente, en la que absolvió a un administrador mercantil que pudo acreditar que fue despedido en fechas previas a que la Sociedad se viera involucrada en una causa de disolución, además de existir una irregularidad en la inscripción en el el Registro, el cual no se llevo a cabo hasta la posterior interposición de la demanda, a pesar de haber sido cedido por la Junta General y posterior despido con dos años de anterioridad.

La STS de 14 de Junio de 2007³⁷, sobre cuál es el momento en el que se considera que el administrador tiene esa condición, el momento concreto de la consiguiente pérdida y los efectos que despliega frente a terceros.

En ella se declara que, si existe una acreditación fehaciente de la circunstancia del cese de la gestión del administrador y cualquier otra actividad que pueda desempeñar en el ejercicio de sus funciones, debe quedar exento de cualquier responsabilidad subsidiaria por los posibles hechos acaecidos con posterioridad.

En la instancia, una de las cuestiones debatidas fue si los demandantes carecían de legitimación pasiva en el expediente de derivación de responsabilidad, al haber cesado en sus cargos de administradores con anterioridad a la declaración de insolvencia de la deudora principal, que tuvo lugar esta en Octubre de 1996 y, antes, incluso, del cese de actividades de la empresa a finales de 1994, siendo desestimado por la sentencia este motivo de impugnación, por faltar la prueba del cese de los administradores. La Sala argumentó de la siguiente forma:

«Así, aunque se aporta un certificado de un acuerdo de la Junta de 6 de Abril en el que se decide la disolución y liquidación de la sociedad y se nombra a tal efecto un liquidador, tal acuerdo no aparece elevado a escritura pública, sin que pueda considerarse como tal el acta de remisión de carta por conducto notarial que la parte presenta. En definitiva, por tanto, no se ha desvirtuado la composición de los órganos sociales que consta en el Registro Mercantil y en que se ampara la Administración para afirmar la legitimación pasiva de los Administradores».

37 Roj: STS 4188/2007- ECLI: ES:TS:2007:4188

C) Administrador con nombramiento caducado

De nuevo hay que plantearse cuál es el momento en el que el administrador se libera de sus obligaciones, en este caso, tras la caducidad de su nombramiento. Porque haya transcurrido el plazo temporal para el que se le designó.

El TEAC recuerda que la caducidad de esta no es algo que ocurre de manera automática, y que cuando se produce dicha caducidad, se suscita la vacante total del órgano de administración, lo que requiere la inminente convocatoria de la Junta General, o en su defecto, se exige que haya transcurrido el término de la celebración de Junta y así resolver las cuentas del ejercicio.

Así pues, de parte de la DGRN y de la jurisprudencia, transmiten su criterio, que ante estos casos, se producirá una prórroga de hecho por parte de los Administradores hasta que sea posible que se convoque a la Junta General y así otorgar un nuevo mandato a los Administradores que les ha caducado el mandato o por contra, se produzca un nuevo nombramiento, para evitar una paralización en el gobierno de la sociedad.

Cito al respecto, la Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Tarragona de 25 de Febrero del año 2000 (AC 2000/857)³⁸, en la que el ponente fue el Magistrado Sr. Alavedra Farrando. Del supuesto de hecho de esta sentencia, se desprende: por la representación de los miembros del Consejo de Administración demandados, se alegó la excepción de prescripción y se alegó como fecha inicial el cómputo la caducidad de los cargos, frente a lo cual, la parte actora apelante expuso el argumento de la reelección tácita. El Tribunal razona en el Fundamento Cuarto:

“En cuanto los efectos de la caducidad la jurisprudencia ha venido admitiendo la subsistencia del carácter de administrador del nombrado cuando en otro caso pudiere peligrar la propia existencia de la sociedad así, entre otras, STS 22-10-1973 y 3-3-1997 y RDGRN 18-6-1979 y 1-4-1986, pudiendo citar la STS de 27-10-97 que nos dice "es muy reiterada y constante la Jurisprudencia que admite la convocatoria de Juntas por Consejos de Administración que han rebasado su periodo de dirección, entre otras razones por la necesidad social de regularizar los órganos de las sociedades y

38 *Roj: SAP T 242/2000- ECLI: ES:APT:2000:242*

acomodarlos a la legalidad estricta.", lo que viene a acoger la doctrina de los administradores de hecho (frente al de reelección tácita o prorroga tácita, o, en sentido contrario la de caducidad irremisible, en interpretación del art. 145.1 del Reglamento Mercantil), y si ello debe de entenderse en beneficio de la sociedad, de igual modo debe de considerarse en interés de los acreedores de la sociedad, en cuanto no pueden estos verse perjudicados por no haberse procedido de conformidad a la ley a la reelección o nombramiento de nuevos administradores, no pudiéndoles perjudicar la infracción legal de los propios administradores, pudiendo citar al respecto la Resolución de la D.G.R.G.de 25-4-94, "...el plazo de vigencia durante el cual cumple el asiento su misión de publicidad, tanto positiva como negativa, es independiente no sólo de las situaciones de hecho que afecten al nombramiento inscrito (separación, renuncia, reelección, etc.) y que habiendo podido producirse no hubieran tenido reflejo registral, sino también de la posible validez de determinadas actuaciones de los administradores con cargo caducado o de su responsabilidad por no haber puesto en marcha los mecanismos tendentes a suplir las consecuencias de esa caducidad. En todo caso también entendemos que la referencia al administrador de hecho supone la realización de actos como tal o durante la subsistencia real de la sociedad, que determinaran, en casos como el presente, el dies a quo".

Y concluye en el Fundamento Quinto:

"...por lo que debe de establecerse la responsabilidad de ambas demandadas que formaban parte del Consejo de Administración en aquella fecha".

En definitiva, como síntesis, en el supuesto en el que la caducidad del nombramiento produzca un vacío en la administración de dicha sociedad, esta no producirá efectos liberatorios respecto de las obligaciones del administrador para con Hacienda.

D) Administrador que ha perdido la condición de administrador y la ausencia registral

La ausencia de la inscripción registral puede producir en el tercero de buena fe, confiando en la literalidad y veracidad registral, y es por ello que dirigirán sus actuaciones judiciales, contra quien, a pesar de figurar como Administradores, estos

hayan perdido su condición. Y, entonces es oponible para ese tercero de buena fe el cese del Administrador no qué no ha sido inscrito?

Como hemos venido viendo, el acto de dimisión por parte del Administrador, es un acto totalmente unilateral y recepticio, es decir, es la declaración de voluntad mediante la cual para que se haga eficaz debe notificarse a su destinatario, en este caso, la Junta General. Así pues. Produciría efectos desde el momento en el que se comunique.

Si nos atenemos al Código de Comercio y al Reglamento del Registro Mercantil, en sus artículos 22.1³⁹ y 147.1-148⁴⁰, respectivamente, se desprende de ellos que la inscripción en el Registro es condición “*sine qua non*”, para considerar de manera formal el cese.

De la inscripción de la pérdida de condición de administrador se desprenden dos formalidades, la de “ad-solemnitatem” y la “ad-probationem”, es decir, en lo que respecta a la primera, entenderíamos esta formalidad como la que hay que vienen impuestas por la ley para que se cumplan y de no ser así, se tendrán por nulos. La segunda formalidad, “ad-probationem”, exige que se produzcan determinadas formas que deben observarse en el acto para servir de prueba. Por ello, la formalidad su carácter constitutivo, conlleva que si no se procede a la inscripción en el Registro Mercantil, no se perfecciona. Y por otro lado, el carácter declarativo supondría únicamente su publicidad.

39 Art.22.1 CCom: En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha de comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio, y los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento.

40 Art. 147.1 RRM: 1.º La inscripción de la dimisión de los administradores se practicará mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad, o en virtud de certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia.

Art.148 RRM: La inscripción de la separación de los administradores se practicará, según su causa, en virtud de los documentos siguientes: a) Si la separación hubiera sido acordada por la Junta General o se produjera como consecuencia del acuerdo de promover o de transigir la acción social de responsabilidad, mediante cualquiera de los documentos a que se refiere el artículo 142.b) Si la separación hubiese sido acordada por resolución judicial firme, mediante testimonio de la misma.

A pesar de encontrar sentencias que otorgan a la inscripción de la pérdida de la condición le dan un carácter constitutivo, gracias a la última jurisprudencia, debemos entenderlo como que tiene una naturaleza declarativa. En definitiva, con dicha inscripción se le otorga unos efectos meramente declarativos, y que, nacerán de igual forma aunque no se le acceso al Registro.

Ahora bien, si hemos llegado a la conclusión de que tiene un carácter declarativo, debemos entonces preguntarnos, ¿de qué manera se puede oponer lo que no está inscrito? Atendiendo a los preceptos 9.1 y 21.1 del RRM y CCom, respectivamente, dicen que los actos inscritos únicamente serán oponibles a terceros desde su publicación en el BORME.

Por tanto, lo no inscrito, no perjudica al tercero de buena fe, así pues el tercero de buena fe, no puede exigir responsabilidades derivadas de aquellos actos que ocurrieron tras la pérdida de condición y antes de que se haga efectiva la inscripción. Esto sucede porque la ausencia de dicha inscripción, no puede suponer una prolongación de la correspondiente responsabilidad más allá de que se produzca ese cese efectivo, ya que este cese le impide al Administrador el ejercicio de las funciones que van aparejadas con su cargo. Una cuestión que no es discutible es que, desde la dimisión propiamente dicha, el Administrador se desvincula, tanto de las obligaciones como de los derechos de los que dispone su cargo, al margen, eso sí, de la oponibilidad o no que pueda darse.

En la STS de 3 de Julio del año 2008, número 669/2008, declara la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil, no excusa de la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la ley.

No hay que dejar de lado la idea de que, el principio de inoponibilidad no es absoluto, y sólo se debe considerar frente al acto concreto, la dimisión y consiguiente inscripción, poniéndolo en relación con las actuaciones que a causa de esa buena fe, realizó el tercero. Es por ello, que en mi opinión, el perjuicio debe ser considerado del que deriva de forma directa de la realidad que ignora el tercero de buena fe. De tal forma, podríamos entender, si por ejemplo, no se le impusieran las costas procesales a

ese tercero de buena fe, que atenta judicialmente contra aquel que figura inscrito en el Registro.

El Tribunal Supremo se pronuncia, la oponibilidad a terceros de actos sujetos a inscripción y no inscritos se presenta como un problema de eficacia de las actuaciones efectuadas por el administrador no inscrito, o que permanece inscrito después de su cese.

De acuerdo con la citada sentencia, la ausencia de inscripción puede ser apreciado como un elemento determinante para con la existencia de responsabilidad, en aquellos supuestos en que, esta ausencia se deba a una negligencia o solo por parte del Administrador cesado. De tal forma, si esa falta de inscripción, ha supuesto un condicionamiento respecto a la forma de actuar del tercero de buena fe, fundada en esa confianza, de creer que era Administrador, quien en realidad ya no lo era⁴¹.

Desde un punto de vista procesal, en la STS de 3 de Julio del año 2008 , se estableció que : *“distinto es el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad. Debe entenderse que, si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento”*.

En definitiva, sólo cabe exigir la responsabilidad del administrador mercantil, a aquellos actos que se sucedan hasta el momento en que se llevó a cabo el término de su cargo válidamente, y por tanto, no pudiendo un tercero de buena fe escudarse en la ausencia de inscripción para exigir judicialmente responsabilidades que se deriven de actos acontecidos tras el cese pero antes del registro, respecto al tercero de buena fe, el

41 STS 25 de septiembre de 2007 [RJ 2007\7847]

cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción se inicia desde la inscripción.

Toda esta jurisprudencia es la que fue abriendo paso a la reforma acaecida en la LSC con la Ley de 3 de Diciembre de 2014, ha afectado de manera irremediable al régimen jurídico relativo a la administración de una sociedad, sobre todo respecto desde el punto de vista de deberes y responsabilidad, que es el que a nosotros nos concierne en este trabajo. Así pues, nos centraremos en los presupuestos materiales de la responsabilidad que se derivan del incumplimiento de los deberes fiduciarios.

En cuanto a la materia de responsabilidad de aquellos que ocupen la figura del administrador, no ha variado en cuanto a su consideración, es decir, siguen siendo considerados como una responsabilidad por daños, derivados de unas acciones o de la omisión de estas. Como hemos comprobado, el art.236.1 de la LSC, sigue teniendo la misma estructura que la del TRLSA que data del año 1989, pero marcando esa ya una gran diferencia con la represiva del año 1951, en la cual se consideraba causa de responsabilidad la negligencia grave, la malicia del administrador o incluso la arbitrariedad de facultades⁴².

Con esta evolución y reforma legal, lo que si podemos apreciar es que, con la legislación anterior ya se aceptaba de manera tácita la culpabilidad, pero en la actualidad se ha vuelto expresa, también ha afectado a la ilicitud de los actos del administrador, como sería el caso de aquellos deberes que son inherentes a esta figura. De lo que se desprende, que con esa mención expresa de la culpabilidad, implica ahora bien que, de toda aquella responsabilidad de la que se deriven daños y perjuicios requiere por su parte, que además deba ser considerada culpable. Y qué es lo que sucede con esto, pues que la culpa se presume *iuris tantum*.

42 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deberes y responsabilidad de administradores actualidad y reformas”, en TORRES CARLOS, M., ALBOR BALTAR, A.F, y PÉREZ CARRILLO, E.F., (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, (Marcial Pons), 2018, pág.312.

En cuanto a la nueva configuración de los deberes fiduciarios⁴³, como ya hemos visto el de diligencia y el de lealtad, el artículo 236.1 de la LSC, sigue diciendo lo mismo, pero lo que se ha modificado es el ámbito de ilicitud. La perspectiva que tenemos del art.225 de la LSC sobre el deber de diligencia⁴⁴, detalla el doble alcance de dos deberes, de una parte, el deber de tener una dedicación adecuada, y por otra, el derecho por parte del administrador de poder exigirle a la sociedad la información que considere necesaria para poder cumplir adecuadamente con sus obligaciones.

Y por último, en cuanto a la infracción del deber de lealtad, tras la reforma del año 2014, se ve como en el artículo 227.2 de la LSC se refiere a esta cuando dice que 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, es decir, a la hora de plantear la pretensión para la indemnización de los daños y perjuicios, a su vez se podrá incorporar en la pretensión, la devolución del enriquecimiento injusto que ha recibido el administrador. Además, en el artículo 239 de la LSC, se permite de una forma más sencilla la legitimación para actuar sin necesidad de una decisión previa por parte de la junta general.

43 GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A., (DIR), *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Pamplona, (Aranzadi Thomson Reuters), págs. 357 ss., en especial pág. 402.

44 ALFARO AGUILA-REAL, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en JUSTE MENCÍA, J., (Coord), *Comentario a la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. (Thomson Reuters), Navarra, 2015. p. 313-324.

2. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Antes de comenzar a desarrollar este epígrafe, debemos tener clara la diferencia conceptual que existe entre las funciones y las competencias respecto de los administradores, en cuanto al primer concepto, entendemos las funciones como la razón de ser del órgano, el motivo por el que existe, es el órgano encargado de desempeñar las actividades que le son designadas por la sociedad, por otro lado, las competencias deben ser entendidas como el ámbito en el que este órgano puede desarrollar sus funciones, la manera en que se delimitar sus funciones.

Se ha dicho desde antiguo, que administración social y representación son dos caras de una misma moneda⁴⁵. En efecto, la primera suele relacionarse con la adopción de decisiones en el plano interno, la administración diaria, la formulación y supervisión de estrategias, entre otras. El alcance y el contenido concreto de esta función de administración depende en buena medida del tipo de sociedad o incluso del sector en el que desarrolla su actividad. Es decir, no será idéntica la labor de los administradores en una micro empresa que adopte la forma organizativa de SA, que en una gran empresa, incluso aunque también se estructure con la forma jurídica de la SA. No obstante, el conjunto de actividades que se pueden considerar incorporadas en la administración societaria van a implementarse mediante el juego de las competencias que el legislador atribuye al órgano y que son ejecutadas por sus titulares.

Podemos concretar que se le atribuye al órgano de administración dos funciones, de una lado la de administración (desde un punto de vista interno respecto de la sociedad), y de otro lado, la de representación (desde un punto de vista externo). Estas funciones deben llevarse a cabo siempre desde unos parámetros de conducta, tales como el de diligencia y el de lealtad (referente a sus deberes). También encontramos esta referencia LSC, en su art. 225 sobre el deber de diligente administración: “Los

45 SUAREZ LLANOS, L., *Introducción al derecho Mercantil*, Madrid, (Civitas), 2007.

administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”⁴⁶.

Desde mi punto de vista, la manera más acertada de solventar este asunto, sería considerando la actividad del administrador ceñido al ámbito único de administrar. Si centramos nuestra atención en el artículo 23 e) LSC, su tenor literal dice: “*El modo o modos de organizar la administración de la sociedad*”. Por ello si entendemos esta función de administrar de una forma amplia, esta englobaría las funciones, a su vez, de dirección y las de gestión de representación. No estoy de acuerdo con que se interprete ese poder de representación de una forma estricta (a efectos de concluir negocios jurídicos), pese a que, los estatutos de la Junta General pueden atribuir dicho poder a un miembro concreto de los administradores (cuando hay varios), la sociedad quedará vinculada frente a terceros de igual forma, por actos que hayan sido llevados a cabo, por aquellos administradores que no han tenido reconocimiento estatutario del poder de representación.

El abordar la descripción de la concreta actividad de la administración de una sociedad desde un punto de vista estrictamente jurídico, sería muy complicado, ya que la línea que separa las funciones y actividades de obligado cumplimiento que se marcan en la ley, de las diversas actividades que se determinan de manera concreta en cada caso, es muy fina.

Por último, conforme a lo anterior, diremos que dentro de la administración social debemos diferenciar dos tipos de funciones dentro de la actividad de estos:

2.1 Administración, gestión y dirección

Como ya sabemos en este punto, el principal deber de los administradores es el deber de administrar la sociedad. Sin embargo, la ley a este respecto, se mantiene al margen, es decir, no da indicaciones de cómo debe ser la administración de una

46 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deberes y responsabilidad de administradores actualidad y reformas”, en TORRES CARLOS, M., ALBOR BALTAR, A.F. y PÉREZ CARRILLO, E.F., (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, (Marcial Pons) , 2018, págs.309-323 en concreto pág.313, alude a que el art.225.1 de la LSC, mantiene la referencia del ordenado empresario.

Sociedad Anónima. Debemos añadir que anteriormente no se recogía de forma concreta en un precepto, la manera en que un administrador debe desempeñar este deber, salvo la referencia que encontrábamos en el TRLSA en su número 9.8, de lo que cabía deducir que la ley daba por hecho que las facultades referentes a la gestión son inherentes a la figura del administrador societario.

La Ley únicamente hacía referencia a algunas de las obligaciones del administrador, pero no concretaba en que se basaba esta obligación, por lo que intentaban subsanar esta laguna a través de la interpretación⁴⁷. Pese a dicha laguna, en la práctica los administradores no solían presentar problemas a la hora de delimitar hasta dónde llegaban estos deberes de administrar.

Recalando en la concreta cuestión de concretar en qué consistía el deber de administrar, hay autores que consideraban que dicha determinación debía abordarse desde dos aspectos, de un lado se exige al administrador que conserve de manera, ya bien sea física o jurídica, el patrimonio para el que ha sido designado. Es un requisito “*sine qua non*” para el administrador; de otro lado, debe llevar a cabo la explotación de aquellos bienes que esta administrando, con el fin de lograr un rendimiento o beneficio.

Otros autores como Rodríguez Artigas⁴⁸ y Quijano González⁴⁹ consideran, que el conjunto de actos, que se realizan en el patrimonio de la sociedad, tienen una finalidad unitaria, en e desarrollo del objeto social, que viene delimitado por los estatutos de la sociedad⁵⁰.

47 SUÁREZ LLANOS, L., “Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, cito textualmente: “*pocas cuestiones, ciertamente, presentan más dificultades que las de encerrar dentro de los límites precisos esta específica categoría de actos, así llamados, de administración*”, pág.57

48 RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Estudio sobre derecho de sociedades*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, en relación a la determinación estatutaria del objeto social.

49 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órgano de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, (Bosch), 2005.

50 DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.12, 2011, págs. 1-70

Por otra, parte, hay otros autores como, Ruano Borrella, en su libro “ *El gobierno de la Sociedad Anónima*”, que fijan su percepción en diferenciar el concepto que se tiene en Derecho Mercantil y en Derecho Civil respecto de la administración de una sociedad, en tanto a qué facultades le son atribuidas a tal órgano, y es que desde el ámbito del Derecho Civil, estos, son los actos referidos a la conservación del patrimonio, mientras que, desde la posición del Derecho Mercantil, la administración de la empresa no sólo vendría referidos a los actos meramente de conservación del patrimonio, sino de todas las actividades que se encuadran en la buena marcha del negocio, como sería el caso del gravamen, o la compraventa.

Los actos de administración, vendrán delimitados por el concreto objeto social establecidos en los estatutos societarios y han de procurar en todo caso, el interés de la sociedad. Sería esta por tanto, la primera característica de la actividad referida a administrar.

Con todo ello, podemos concretar y delimitar la actividad de administrar en dos puntos fundamentales, de un lado una visión conservativa (del patrimonio), y de otro lado, la productiva (rendimiento). Pero de ninguna manera, limitaría como ocurre en Derecho Civil, a una visión únicamente conservativa, de acuerdo con los art. 260.3 TRLSA y el art. 104 c) LSRL, en los que como causa de disolución recogen que, con la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

Cabe añadir, que no es suficiente con que los administradores cumplan con aquellos deberes que les vienen fijados por parte de la Ley y de los estatutos, sino que, además, se les exige realizar aquellas gestiones que sean necesarias para alcanzar los fines de la sociedad.

En conclusión, esta actividad era concebida como el deber desempeñar todas las actuaciones tanto positivas como negativas, que por su parte un empresario individual, en un marco idéntico de circunstancias llevaría a cabo, que dentro de los límites establecidos por el objeto social que marquen los estatutos, contribuyen a alcanzar el interés social.

Gracias al estudios realizados por la doctrina, se lleva a cabo en la reforma legislativa una concreción detallada de estos deberes, contenidos en el artículo 209 de la LSC, se deja constancia en este precepto que será de competencia de los administradores tanto la gestión como la representación de la sociedad con las pautas que les marque la Ley, además, la LSC dedica un capítulo completo a los deberes que deben desempeñar estos como son los contenidos en los arts.225 al 232 con referencia y respecto de la función de representación, vienen contenidos en los arts.233 a 235 de la misma Ley.

Ahora bien, como ya hemos dicho, en la Ley antigua, la pista que se da para saber en que consistía la administración, era que esta se realizara de acuerdo con el objeto y el fin social, ahora bien, ¿qué se entiende por el objeto y el fin social⁵¹, entendemos que el objeto, es el límite que se constituye para la actividad de los administradores y no sólo para el poder de representación.

En el TRLSA, en su artículo 9.2, actualmente en el 23 b) en la LSC, se establece que en los estatutos debe constar el objeto social, determinando así, las actividades que lo integran, de lo que deducimos, que al final, son los accionistas los que eligen los sectores en que deberá ser invertido el patrimonio de la sociedad, puesto que son ellos los asumen el riesgo a la hora de realizar la inversión.

Debemos aquí centrar nuestra atención el artículo 234 de la LSC, en el que se regulan tanto el objeto social como, el deber de representación, “*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos*”, y es que, podemos decir, que ambos intereses son concurrentes, por un lado tenemos el interés de los socios, a los cuales no les interesa que los administradores puedan actuar más allá de los límites que les han establecido a través de los estatutos societarios, y por otro lado, tenemos el interés de terceros, los cuales buscan que se protejan sus intereses legítimos, la buena fe y la seguridad del tráfico.

Cabe también diferenciar entre los límites del objeto social con carácter interno y externo, y es que, a pesar de los administradores sobrepasen en el régimen interno los

51 SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., El objeto social y el poder de representación de los administradores en las sociedades anónimas, “*Revista actualidad financiera*”, núm.26, 1987.

límites que el legislador ha establecido, producirá igualmente efectos frente a terceros, aunque nada impide que se les exija la responsabilidad que se deriva de sus actos.

El objeto social resulta insuficiente para lograr una determinación del ámbito que contemplan los poderes y deberes de los administradores, para una mayor precisión debemos acudir al interés social, pero hay una división en cuanto a qué entiende la doctrina que es el interés social, entendiéndose unos que, este sería el común a todos los socios, y entendiéndose otros que debería también considerarse el interés de los trabajadores y proveedores. Desde mi punto de vista, es más acertado el considerar el interés social, como aquel que pueda afectar a todos, tanto los accionistas como a los trabajadores y proveedores, ya que estos últimos también intervienen de manera activa en el funcionamiento de la sociedad.

Por tanto, el interés social se basará en lograr el mayor número de beneficios para los accionistas, por lo que el administrador, debe obtener negocios a través de los cuales se logre el más beneficioso resultado económico, que les sea posible, además de que la sociedad deba preocuparse también, de mantener en la medida de lo posible los empleos de sus trabajadores. Esta es también la interpretación que aporta la doctrina alemana⁵², del antiguo art.127 bis,TRLSA introducido por la Ley 26/2003 de 17 de Julio, el que hoy encuentra su lugar en el art.229 de la LSC referente al conflicto de intereses.

2.2 Representación

Por lo que respecta a la representación constituye la función del órgano de administración proyectada hacia el exterior, la imprescindible representación legal que precisa toda persona jurídica.

52 PÉREZ CARRILLO, E.F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, (Marcial Pons), Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, págs.1-102.

Una parte de la doctrina,⁵³⁵⁴ opina que las actividades de representación negocial, delegación estatutaria, administración y representación, no son realmente diferentes funciones, sino que, se encuentran relacionadas unas con otras. Otras opiniones doctrinales, por su parte, creen que cabría una clasificación de las llamadas: “funciones de los administradores sociales”, incluso también se da la opción que se considere la actividad del administrador como únicamente de representación.

Por norma general, la representación, se trata de la segunda de las funciones que le es adjudicada al órgano de administración, se trata por tanto de la firma en nombre de la Sociedad.

Tanto el TRSA como la LSRL, le atribuían en exclusividad esta función al órgano de administración al igual que la actual LSC. Por tanto, la administración no puede ser desempeñada por la Junta General. A colación de esto, tenemos la resolución de la DGRN de 8 de Febrero de 1975 y posteriores, en la que entiende, que la Junta General no dispone de competencia para otorgar un poder ante Notario. Es en la resolución de 15 de Mayo de 1990, donde se establece, que para la ejecución de un acuerdo de la Junta, no se podrá delegar esa función en otra persona que no sea la del representante del órgano de administración, ya que se trata de el órgano correspondiente de la gestión y a su vez, de la ejecución de los acuerdos de la Junta en cuanto a materia de su competencia.

A diferencia del otro órgano de la sociedad (junta general), este está facultado por Ley para llevar a cabo las tareas representativas respecto de todos aquellos actos que estén englobados en el objeto social, delimitados a su vez por los estatutos societarios.

Ya con anterioridad a la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica

53 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órgano de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, (Bosch), 2005, este autor parte de un concepto globalizado de administrador, no tanto diferenciando funciones como es el caso de otros, sino, señalando que la actividad de administración, tiene un contenido conservativo y productivo.

54 DÍAZ GOMEZ, M. A., “Gobernanza de la empresa familiar y formas sociales mercantiles”, en MARCOS TORRES (coord.) FERNÁNDEZ-ALBOR, PEREZ CARRILLO, (dir) *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, pp 193-219, (Marcial Pons) 2018.

Europea en materia de sociedades, ya se entendía que si el acto excedía del objeto social, aunque se perjudicase a terceros de buena fe, no quedaba la sociedad obligada.

Cabe mencionar, las limitaciones excepcionales, tanto de cuantía como de ciertos actos, que vienen establecidas por los estatutos, no perjudicarían en este caso a aquellos terceros que actuasen de buena fe, creyendo que los administradores si disponían de esas facultades, a excepción de lo que ocurre con los actos de fraude⁵⁵ o de colusión⁵⁶.

Por otro lado, en el artículo 9 de la Primera Directiva Comunitaria, no se quedaba ahí, y es que, establece, que aún encontrándose fuera del objeto de la sociedad, los actos llevados a cabo por un administrador, podía en ocasiones vincular también a la Sociedad⁵⁷.

En el artículo 233 de la LSC, se deja constancia de que, la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, le corresponde a los administradores sociales en la forma en que determinen los estatutos, de acuerdo con 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.

55 “Del latín “fraus”, un fraude es una acción que resulta contraria a la verdad y a la rectitud. El fraude se comete en perjuicio contra otra persona o contra una organización, como una Empresa”. Definición obtenida de: <https://definicion.de/fraude/>

56 “Se refiere a un determinado acuerdo que se toma de manera ilícita y que es establecido por dos o más partes con el único objetivo de provocar un daño a una tercera parte”. Definición obtenida de : <https://www.euston96.com/colusion/>

57 Fuerte influencia del Derecho alemán, que es protector acérrimo del tráfico comercial frente al perjuicio de la propiedad.

d) En el caso de consejo de administración: el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

Por ello se dice, que los administradores cuentan una potestad para representar a la sociedad, prácticamente de manera ilimitada. Esta potestad se extiende a todos aquellos actos que se encuentran contenidos en el objeto social, delimitado por los estatutos, e incluso en ocasiones, desempeñan actos fuera del marco de actuación de este.

Así se recoge en el artículo 234 LSC, en el ámbito de representación, esta se extenderá a todos los actos que comprendan el objeto de la sociedad con el límite pertinente de los estatutos, pero aunque se establezcan límites y estos estén inscritos en el RM, no les serán eficaces a terceros, por lo que la sociedad de igual modo debe responder frente a estos cuando hayan actuado de buena fe y sin culpa grave.

Con esta medida se procura otorgar mayor seguridad a quien contrata con la sociedad, y poder evitar en la medida de lo posible, ciertas situaciones que con posterioridad a realizar la contratación, se pudiera llegar a cuestionar la autenticidad de esta por falta de una adecuada representación.

En definitiva, de manera preventiva, la Ley, establece que a pesar de que los administradores de una sociedad vean condicionada su representación a través de los estatutos, y dejando constancia de ello en el Registro Mercantil, para que cualquiera pueda consultarlo, pueda resultar nulo ante terceros.

2.3 Competencias

A lo largo del tiempo, los diferentes legisladores han procurado, en los diversos ordenamientos establecer procedimientos para poder equilibrar el poder del que disponían, con la responsabilidad que se derivaba de sus actos, todo ello, para intentar frenar el latente abuso de los administradores y poder garantizar el correcto funcionamiento del tráfico mercantil en el que se ve inmerso la sociedad. A medida que

se fue produciendo, tanto la liberación de la constitución de las personas jurídicas, como la introducción de medidas que la equilibrarían, hasta llegar a la configuración actual⁵⁸. Estos sistemas de responsabilidad reforzada que se van formando, para con los administradores, se configura de forma totalmente compatible con la idea de no desmotivar a aquellos candidatos con gran valía y prestigiosos⁵⁹, con carga poco equitativas de responsabilidad. No se busca por tanto que recaiga todo el peso de la empresa sobre el administrador de esta, sino, de establecer un equilibrio entre el poder y el deber.

Como ya adelanté anteriormente, en la descripción de la metodología empleada para este trabajo, todo el derecho se encuentra entrelazado, una prueba de ello lo vemos reflejado en el estudio de la obligación de resarcir los daños derivados de la gestión de los administradores, o la obligación de responder solidariamente de responder con la sociedad en algunos casos, y es que, no se trata de un asunto que se encuadre únicamente en el Derecho societario, sino que se trata de un asunto muy influido por la materia de responsabilidad civil, y además desde una perspectiva, de un lado la parte doctrinal y de otro lado la parte jurisprudencial.

En su artículo 211 LSC, nos remite a los estatutos societarios para ver que número máximo o mínimo se establecen, corresponderá por tanto en su caso, la función de determinar el número concreto de administradores a la Junta General.

En cuanto a la competencia⁶⁰ del órgano de administración en estas sociedades capitalistas, vemos en el artículo 209 LSC, como la competencia de los administradores,

58 Es de destacar, que en la época en la que era considerado el administrador como un mandatario amovible, por ello en España, con la aprobación del CCom de 1829, la acción contra el administrador, le corresponde en exclusiva a la sociedad que le ha confiado la gestión y administración. Gracias a la Ley de 1848 y en particular a la introducción orgánica en la concepción de la administración (LSA 1951) que logra modificar esta situación.

59 GARRIGUES y GIRÓN, defendían que, la implantación de de reglas de conducta exageradamente gravosas para los administradores, haría que los individuos que realmente fueran valiosos, renunciarían a serlo por el temor de las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la responsabilidad.

60 ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 209. Competencia del órgano de administración”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.,(Dir), *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, (Civitas), 2011, págs.1481-1486

es la gestión y representación de la sociedad, siempre de acuerdo con lo establecido por la ley.

Para lograr una aproximación general, consideraremos que hay dos bloques predominantes de competencias, de un lado, la de gestión, y de otro, las de poder.

Así, dentro de las primeras, las subdividiremos a su vez en dos, 1) las generales que son comunes a todas las sociedades mercantiles y , 2) especiales, que so adoptadas porque les vienen atribuidas, por ley o por estatutos, a determinadas sociedades . Un subtipo de las primeras, podríamos considerar la competencias de representación de la sociedad. Para estas el legislador tiene una mayor legislación, y es que, se las atribuye directamente al órgano de administración⁶¹. En relación con estas últimas:

- Función de impulso institucional: vienen referidas al desarrollo de las competencias que son impuestas por ley, ejemplo de esto sería la convocatoria de la Junta. Además de la función de supervisión, que se encuadra dentro de las del impulso institucional, que tratarían por ejemplo, la cuestión de la verificación de la realidad del capital social.

- Competencias especiales: estas serían exigibles sólo a aquellas sociedades que por su tipo social le resulten vinculantes, ya sea por su tamaño, el sector en el que desarrollen su actividad, momento societario...

Dentro de las competencias de poder, forman parte de los objetivos estratégicos de la sociedad, las cuales suelen ser consideradas como exclusivas del órgano de administración.

No son muchas las referencias con las competencias de el órgano de administración, pero es compensado con lo que hay sobre su deberes fiduciarios. Como desarrollaremos en el siguiente punto, con mayor detenimiento, los deberes de los administradores se basan en que, estos deberán llevar a cabo sus funciones de acuerdo con unos procedimientos de conducta, diligencia, fidelidad, lealtad y secreto, recogido en el arts.225 y siguientes de la LSC.

⁶¹ Como referencia legislativa tenemos el art.23, 233 y 235 de la LSC; art.124 y 185 del RRM.

3. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES, TITULARES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

3.1 Introducción a los deberes de los administradores: visión general

En función de la concepción que tengamos respecto de la naturaleza que relaciona a los administradores con la Sociedad de la que son miembros, condicionará que los puedan ser exigibles determinados deberes. Así pues, debemos considerar la determinación de la naturaleza como una prioridad.

Las relaciones que se dan en una sociedad, pueden ser tanto internas, como externas, estas vendrán determinadas por el desarrollo dentro de su seno, entre sus diversos componentes o bien con terceros. Es ahí, en las relaciones internas, donde hay que fijar nuestra atención, en las que se llevan a cabo entre las sociedades y los administradores⁶².

Podemos ver como el desarrollo del estudio de los deberes que corresponde a los administradores sirve para determinar cuáles son las prestaciones debidas por su cargo, de modo que si estas se incumplen y de este incumplimiento resultan daños jurídicamente imputables a los administradores, entonces estos resultarán responsables y, consiguientemente, deberán arrostrar las consecuencias⁶³.

En consecuencia, los miembros de la sociedad podrán requerir a los administradores societario el desempeño de los quehaceres inherentes a su cargo, por contra, no podrán imputarles el fracaso económico de los negocios que hayan profesado.

62 DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, (Thomson Aranzadi), 2004., p.63 , considera que las relaciones existentes entre la figura de la sociedad y la de los administradores, ha sido consideradas por otros autores como contractuales por unos y orgánicas por otros, surgiendo de ahí las tesis contractualistas y organicistas. Los que defienden la tesis contractualista es porque sostienen que la persona jurídica lleva a cabo su actuación por medio de representantes, mientras que , los que apoyan la tesis organicista, creen que los que actúan en la sociedad lo hacen a través de sus propios órganos, formando una sola unidad.

63 IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores” , en MENENDEZ, A. y ROJO , A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Civitas), 2016, pág.508, defienden que estos deberes delimitan las pautas o criterios de actuación que han de cumplir los administradores en el desempeño de sus funciones y sirven , en caso de incumplimiento,, para fundamentar su eventual responsabilidad.

En cuanto a los deberes estrictamente relacionados con la figura del administrador societario, el Capítulo III del Título VI de la LSC, regula estos deberes, comenzando por el Artículo 225, sobre el deber de lealtad, en el que nos dice, que los administradores deberán desempeñar su cargo y cumplir con los deberes que les sean impuestos por medio de la Ley y los estatutos, con la diligencia que lo haría un ordenado empresario.

Entendiendo al buen empresario como aquel que actúa de buena fe, que no interfieran en sus decisiones intereses de carácter personal y que los procedimientos llevados a cabo sean conformes a la Ley, los estatutos o posibles políticas internas. En relación con este se encuentran también los artículos 230 y 232 LSC, el primero, el 230 de la LSC, referente al régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo, por su parte el 232 de la LSC, sobre las acciones derivadas de la infracción de dicho deber, pudiendo anular los actos y contratos que hayan sido celebrados por los administradores violando su deber de lealtad.

Después encontramos en la Ley el artículo 227 LSC, que nos habla del deber de lealtad, por el cual, el administrador debe desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, actuando con buena fe y sobre todo, con interés para con la sociedad.

A continuación, en el artículo 229 LSC, hace referencia al deber de evitar situaciones de conflicto de intereses, por lo que se deben abstener de realizar transacciones con la sociedad (a excepción de operaciones ordinarias realizadas en condiciones estándar para los clientes), además de utilizar el nombre de la sociedad en operaciones privadas, así como de hacer uso de activos de la sociedad (incluida la información confidencial), también de aprovecharse de las oportunidades de negocio, además de obtener ventajas de terceros ajenos a la sociedad (salvo que sean por mera cortesía), o incluso de desarrollar actividades por cuenta propia o ajena pero que entrañen una competencia efectiva, aunque se trate de una actividad probable y por tanto aún no actual.

Cabe añadir, que como hemos dicho en relación con los preceptos anteriores, el que debe cumplir con estos deberes es el administrador, pero no sólo aquel administrador que ejerce efectivamente el cargo, el artículo 231 de la LSC considera vulnerados esos deberes también por las personas vinculadas con este, como son, el

cónyuge o aquella persona que tenga con este una relación similar, los ascendientes, descendientes o colaterales, ya bien sean del propio administrador o de su cónyuge, además de los cónyuges de todos los familiares del administrador anteriormente citados y por último, también se hace referencia a aquellas sociedades donde el administrador se encuentre en alguna de las situaciones del artículo 42 del CCom, es decir, de todo aquel que ejerza control sobre una sociedad, y para ello debe poseer la mayoría de los derechos de voto, o bien, posea la facultad de nombrar o pueda destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Por su parte los antiguos artículos 61 de la LSRL y el 127 quarter, recogían también el deber del administrador de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de que hayan cesado en el desempeño de sus funciones. Hoy en día este deber no desaparece, sino que lo podemos situar en el artículo 228 de la LSC en su apartado b), en el que considera que esta obligación de guardar silencio, es inherente al deber de lealtad.

En definitiva, la LSC, recoge todos los deberes que debe cumplir un administrador y aquellas persona vinculadas a este, lo cual se recoge en los preceptos 225 a 232, puestos en relación estos con los antiguos que se recogían en la Ley de sociedad anónima, en sus preceptos comprendidos del 127 al 127 quarter⁶⁴, cuando enumera los deberes de diligente administración⁶⁵, fidelidad, lealtad y secreto, extensible también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

3.2 Clasificación en función de las fuentes de los deberes

3.2.1 Deberes legales

Son aquellos que vienen dados por normas de carácter público, los cuales son inderogables y se refieren a la organización de la sociedad puramente. Estos, irán referidos a las obligaciones de hacer, no hacer y dar, el resultado que se derive de estas,

⁶⁴ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de derecho mercantil*, (Civitas), 2011, págs. 665-696, en concreto pág.667, sobre los problemas que planteaba la abstracción de este artículo.

⁶⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., *Deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, (Marcial pons), 2009.

será exigible por la ley. Dentro de estos contenidos se incluirán aquellos deberes que se exigen a través también de la ley que están estrictamente ligados con los deberes sociales que se les impone a sus órganos, un ejemplo sería, presentación de cuentas anuales al Registro Mercantil. Del incumplimiento de estos contenidos impuestos por Ley se podrán derivar como consecuencia sanciones de diverso orden, desde administrativo, a civil o penal, tanto para la sociedad como para los propios administradores. Y, en el caso de que por el incumplimiento se ocasionen daños que sean cuantificables, ya bien sea para con la sociedad, en los socios o en terceros, surgirá además la obligación de resarcirlos.

La Ley es la primera de las fuentes que impone las obligaciones y deberes a los administradores. Como ya hemos hecho referencia, en el artículo 225 y ss de la LSC, de manera expresa hace alusión a aquellos deberes que se les impone.

A pesar de lo que pueda suceder con otras fuentes, la Ley es clara y concisa, por lo que no genera mayor problemática con los específicos deberes impuestos.

Cuando nos referimos a Ley, debemos entender esta de una manera amplia, es decir, no solo la LSC, sino que el término Ley englobaría por tanto, todas las Leyes o Decretos que sean vinculantes en esta materia⁶⁶.

En el TRLSA, no plasmaba de forma ordenada todos los deberes que debe cumplir un administrador, se limita a una enumeración. Gracias a la Ley de transparencia anteriormente citada 26/2003 de 17 de Julio, se modificó el TRLSA. Con la entrada en vigor de la LSC vemos como muchos de los preceptos de la antigua Ley son reubicados y ampliados dentro de esta . A lo largo de toda ella podemos comprobar como hay alusiones a obligaciones específicas que son de debido cumplimiento para los administradores, y no sólo las que aparecen estrictamente bajo el título de deberes recogido en los preceptos 225 y ss de esta Ley, por lo que hemos llevado a cabo un estudio más en profundidad de la Ley:

- Art. 32 LSC: tanto los fundadores como los administradores tiene el deber de presentar la inscripción en el RM de allí donde figure el domicilio social de la Sociedad.

⁶⁶ En este sentido el CCom francés, alude a las “disposiciones legales o reglamentos aplicables a las SA”, especificando, que lo realmente relevante son las regulaciones que hacen alusión a este tipo de sociedad.

- Art. 72 LSC: deberán informar a los accionistas de todas aquellas adquisiciones onerosas cuando su importe exceda de la décima parte del capital social.
- Art. 81 y ss LSC: en ellos se hace referencia al deber de velar por la liquidación de todos los dividendos pasivos y la responsabilidad de mora en la que incurrirían de no hacerlo en el plazo establecido a tal efecto.
- Art. 114 LSC : deben inscribir además los títulos acciones, los cuales estarán numerados correlativamente y se extenderán en libros talonarios.
- Arts. 116 y 120 de la LSC, deberán a su vez, llevar un libro registro de acciones nominativas, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de acciones, con la detallada titularidad de aquel al que le han sido transmitidas y además, deberán informar a todos aquellos accionistas que así lo soliciten.
- Art. 117 LSC : deben cumplimentar los requisitos de la sustitución de títulos de acciones, ya que estos podrán ser anulados cuando no hayan sido presentados para hacer efectivo su canje en el plazo establecido por el BORME.
- Art. 134 y ss LSC : deben cumplir con las obligaciones referentes a la adquisición propias y derivativas de acciones propias, entre otras obligaciones, respecto de las propias, en ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones que hayan sido emitidas por su sociedad dominante, respecto de las derivativas, estas deben haber sido autorizada esa adquisición por la Junta General.
- Art. 151 LSC : en cuanto a las participaciones recíprocas, se prohíbe que estas excedan del diez por ciento de la cifra de capital de las sociedades participadas⁶⁷.
- Art. 177 y ss LSC : respecto de la convocatoria de la Junta, los administradores deberán convocar a esta a través del BORME de manera ordinaria o en segunda convocatoria.

⁶⁷ “Se refiere a aquellas inversiones que hace una sociedad de cartera en distintas empresas, sin que estas tengan una relación directa comercial en la actividad económica que realizan, sino como una inversión de cara a obtener ganancias de los beneficios de la sociedad en la que se ha tomado la participación”. Definición tomada de: <https://www.encyclopediafinanciera.com/definicion-participada.html>

- Art. 166 LSC : de igual modo deberán los administradores convocar a la Junta General extraordinaria de accionistas siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales.

- Art. 180 LSC : es de obligación para estos además, asistir a las Juntas Generales

- Art. 203 LSC : es parte de su obligación también, requerir la presencia de Notario para levantar acta, y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta, lo soliciten accionistas que representen, al menos, el uno por ciento del capital social.

- Art. 206 LSC : tienen la potestad además de impugnar determinados acuerdos sociales, estarán legitimados a tal efecto todos los accionistas, administradores y terceros que acrediten un interés legítimo y podrán a su vez, impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo comprendido de treinta días desde que se lleve a cabo su adopción.

- Art. 225 y ss LSC : como hemos visto con anterioridad, deben desempeñar el cargo con diligencia, cumplir con el deber de lealtad y por último, evitar situaciones de conflicto de intereses.

- Art. 233 LSC : deben representar a la sociedad en Juicio o fuera de él, de la forma y manera que establezcan los estatutos.

- Art. 285 LSC : también es de su competencia el publicar determinadas modificaciones como pueden ser, el cambio de denominación, el de domicilio, la sustitución o cualquier modificación del objeto social, y dicha publicación se publicará en dos periódicos de gran circulación de la provincia puesto que, sin dicha publicidad no podrán inscribirse en el Registro Mercantil.

- Art. 171 y ss : con referencia la formulación, estos deberán formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

- Art. 212.2 : se corresponde este con el artículo 272 de la LSC, por el que deben cumplir con el deber de información en tanto, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación por la Junta.

- Art. 277 LSC : llevar a cabo el estado contable que acredite suficiente liquidez en el supuesto de acordar cantidades en el supuesto de dividendos, es decir, la distribución entre los accionistas de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la junta general o por los administradores.

- Art. 279 LSC : en cuanto a las cuentas anuales, son los encargados de realizar el depósito de estas. dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, se presentará para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social.

- Art. 365 LSC : convocar a la Junta General para que acuerde la disolución y si no se lleva a cabo, entonces, instará la disolución judicial, deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte este acuerdo y podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, salvo que se aumente lo suficiente, siempre que la dicha reducción ocasione la insolvencia de la sociedad⁶⁸.

- Art. 373 LSC: por el que se le otorga la facultad de prorrogar la vida de la sociedad y a continuar la explotación de la empresa, siempre que el acuerdo se adopte dentro del plazo de tres meses, a contar de la publicación del Decreto.

- Art. 414 y 418 LSC: en los que los administradores deberán redactar con anterioridad a la convocatoria de la Junta un informe que explique las bases y modalidades de la conversión, que deberá ser acompañado por otro de un auditor de cuentas, designado por el Registro Mercantil, a su vez, dentro del primer mes de cada semestre emitirán las acciones que correspondan a los obligacionistas que hayan solicitado la conversión durante el semestre anterior e inscribirán durante el siguiente mes en el Registro Mercantil el aumento del capital correspondiente a las acciones emitidas.

Con esto, concluimos el escudriño de los preceptos relativos a los deberes que les son atribuidos por medio de la Ley a los administradores de una sociedad, pertenecientes a la LSC. De una manera más general podríamos concretarlos en el deber de diligencia, fidelidad, lealtad y secreto (artículos 225- 232 LCS).

⁶⁸ En los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal.

3.2.2 Deberes derivados del poder de auto organización de la sociedad

Aludimos aquí a deberes que en último término derivan de la autonomía de la voluntad, de los socios quienes pueden, en el marco permitido por la ley positiva detallar o incluso ampliar el contenido de algunos de los deberes antes indicados.

1. Los estatutos

En cuanto a los estatutos, estos constituyen el segundo puesto en cuanto a las fuentes de los deberes de los administradores. La principal función de los estatutos se basa en regular la vida corporativa de la sociedad, marcan por tanto el régimen interno de la organización no solo de la sociedad como persona jurídica sino también de la adopción de decisiones al efecto de desarrollar la actividad que dentro del objeto social se proponga.

Si bien los estatutos vendrían, de algún modo a desarrollar la ley, no es menos cierto que algunas disposiciones estatutarias que a lo largo de los años fueron calando como práctica, llegaron a impactar en la ley. Ejemplo de este fenómeno lo encontraríamos en la figura del Consejo como órgano de administración, que no venía recogida en la antigua regulación societaria del Código de Comercio pero que si contemplaban los estatutos de las sociedades ya desde el siglo XIX, y que finalmente se introdujo en el derecho positivo, incluso con carácter obligatorio para algunas figuras como sería, hoy en día las sociedades cotizadas.

Como establece el artículo 23 en sus apartados e) y f) de la LSC: los estatutos establecerán el modo de organizar la administración de la sociedad, así como el número de administradores (aunque no de un número concreto, al menos establecerá un mínimo o un máximo), y también la duración del cargo y su retribución, en el caso de que la tuvieran, además deben establecer el modo en que se deliberan y adoptan los acuerdos por parte de los órganos colegiados de la Sociedad.

Por todo ello, los estatutos, tienen prohibido sobrepasar los límites legales, pero respecto de las normas de carácter imperativo y prohibitivo. La DGRN, en su resolución de 27 de Junio de 1977, estableció que: “ *solamente las normas de carácter imperativo del TRLSA deben prevalecer sobre los estatutos. Así se deduce el límite que al principio*

de autonomía de la voluntad, establecido con carácter general en el art.1255 CC, impone este precepto”.

Debemos añadir, que pese a no poder contradecir las normas de carácter impositivo o prohibitivo, si podrán contener disposiciones que avancen en una línea distinta a aquellos preceptos de carácter dispositivo. La determinación debe llevarse a cabo en cada caso concreto. Así por ejemplo, podemos determinar que las obligaciones impuestas a los administradores respecto de los modos de estructurar la sociedad son de naturaleza imperativa, en función del art 210 LSC; o lo establecido en el art 225 de la LSC en relación con los deberes fiduciarios.

Lo habitual es que las normas estatutarias impongan normas que complementen a las legales, como encontramos por ejemplo en caso de la celebración de la junta general, aspecto al que el art175 LSC reconoce mayor margen organizativo por la vía estatutaria (o incluso por acuerdo del órgano convocante)

Por otro lado, encontramos también el ejemplo de estatutos que son impuestos, pero que no son oponibles a terceros, sino que únicamente son vinculantes en el régimen interno, y en caso de no cumplirlos les podrá ser exigible la pertinente responsabilidad. Esto ocurre en el caso del artículo 234 de la LSC, cuando dice que : *“Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”*, de esto se desprende que toda facultad menguada hacia los administradores no les será de aplicación a los terceros, pero si incurrirán en responsabilidad en el ámbito interno de la sociedad.

Por último, debemos añadir, que la figura del administrador puede, por su parte incumplir todas aquellas cláusulas de los estatutos que sean nulas, pero, tienen la obligación de impulsar reformas para cambiar estas, ya que si no lo hace, podría considerarse que está actuando en contra de su deber de diligencia, posicionándose en una situación pasiva frente a que existan normas de dudosa vigencia.

2. Los Reglamentos de régimen interno

Los Reglamentos de régimen interno, no son mencionados de manera específica en la Ley, como una de las posibles fuentes, sin embargo, en la práctica, son considerados estos al hablar de los estatutos de la sociedad, puesto que se trata de una ampliación de los anteriores. Si detallamos en qué posición jerárquica se encuentran, diríamos que estos están subordinados en primer lugar a la Ley y en segundo, a los estatutos.

A colación de nuestro trabajo, los RRI que aquí nos interesan son los referidos a los que reglan al Consejo de Administración, aquellos que les asignan deberes y que de desobedecerlos, al igual que ocurría con la Ley y con los estatutos, incurrirían en responsabilidad.

Y quién se puede decir que tiene legitimidad para redactar y aplicar estos RRI, pues según la doctrina, serán aquellos sobre los que se regula y además aquellos que se coloquen en una posición superior jerárquica respecto de los que se les van a aplicar, es decir, acudiendo al artículo 245.2 de la LSC: “*Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento*”, es decir, podrán autorregular el propio consejo de administración.

A continuación, tras haber sido aprobado el RRI⁶⁹ por parte del Consejo de Administración, se podrá proceder a darle traslado a la CNMV, y tras esto, se podrá inscribir en el Registro Mercantil.

3.2.3 Deberes fiduciarios

Dentro de los deberes de los administradores, un conjunto de ellos que están contemplados en la ley, pero cuya configuración ha dependido en buena medida de las

⁶⁹ MORILLAS JARILLO, M.J, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, (La Ley Actualidad), 2002, p.442 defiende que los RRI, habitualmente se encargan de regular la actividad tanto del Consejo de Administración como de, la Junta General: “Ni la legislación ni doctrina se plantean la posibilidad de que los órganos no colegiados de administración cuenten con normas de funcionamiento, pero, ante la parquedad de la regulación legal, parece no sólo posible, sino también deseable”.

aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, está compuesto por los llamados deberes fiduciarios. Nos estamos refiriendo a los llamados “deber de diligencia” y “deber de lealtad” contemplados en el artículo 225 y 227 de la LSC (antes contenidos en los preceptos 61.1 LSRL y el 127.1 del TRLSA).

Así en el primero, sobre el deber de diligencia se dice que los administradores deben llevar a cabo el desempeño de su cargo y satisfacer los deberes que le son impuestos a través de la Ley y los estatutos, pero añade, que debe hacerlo con la diligencia de un ordenado empresario. Por su parte el artículo 227 de la LSC, nos dice que estos, deben desempeñar el cargo, pero con la lealtad de un fiel representante, por lo que se le exige que lo haga de buena fe y en el mejor interés de la empresa.

En nuestro ordenamiento siempre podemos ver pautas de comportamiento que los destinatarios de este, deben poner en práctica. Así en nuestro Código Civil, se nos dice en sus arts.1094, 1104 y 1903 CC, que el deber de diligencia debe ser el que corresponda a un “buen padre de familia”⁷⁰.

Los titulares del órgano de administración societario deberán actuar con la diligencia de un “ordenado empresario”. Y es que, este deber de diligencia nos viene configurado en la Ley, como una pauta de conducta y obligaciones. Los deberes que debe cumplir el Administrador esta jerarquizado, en el sentido en que, en un primer lugar debe obedecer lo que diga la Ley, después de eso, lo que se le imponga en los estatutos y en última instancia las normas internas de conducta que tenga la sociedad.

Por otra parte indica que un administrador deba actuar como un “ordenado empresario” quiere decir con ello que, en cada caso deberá actuar del modo en que lo haría un ordenado empresario. Así pues, implica, que cumplir con esos deberes se traduce en, supervisar y controlar que los asuntos de la sociedad se realizan como deben, y además, informarse adecuadamente. El concepto de actuar de manera diligente, es un concepto abstracto. La diligencia implica, ocuparse y preocuparse por las cuestiones sociales y exige al administrador evite causar daños o perjuicios a la compañía que administra, que de haberlo hecho de manera diligente, si hubieran

⁷⁰ Como recoge la STSJ de Zaragoza de 5 de Diciembre de 2005, esta expresión de ordenado empresario y representante leal, es la equivalente a la expresión de un “buen padre de familia” recogida en el Código Civil.

evitado. Y es así como lo habría hecho un Administrador que actúa como un “ordenado empresario”.

Para poder determinar con mayor exactitud el alcance del deber de diligencia, debemos diferenciar entre:

a) Qué estructura tiene el órgano de administración y su cargo:

En la parte conceptual de este trabajo ya aludimos a esta cuestión, y es que el órgano de la administración puede tener diferentes estructuras, puede contener un administrador unipersonal, administradores solidarios o bien un consejo de administración. En cuanto al deber de diligencia, no será igual en todas las alternativas planteadas. Así, la manera de actuar de un administrador unipersonal, será tomando las decisiones que únicamente él considere oportunas, por contra, si estuviésemos frente a un consejo de administración, estos llevarán colegiadamente la administración, mediante acuerdos y decisiones votadas y tomadas en consenso.

Debemos añadir, que dentro de este consejo de administración, no todos los miembros son tratados exactamente igual desde el punto de vista de la exigibilidad de su conducta. La diligencia que le es exigible a un miembro del consejo no ejecutivo no será la misma que se le exigirá a un miembro que si es ejecutivo, de igual forma, no es comparable la responsabilidad de diligencia que se le podrá exigir a quien es presidente del consejo frente a un simple vocal.

b) Qué función tiene el órgano de administración en la sociedad:

La función que le corresponde a dicho órgano, puede ser diferente en tanto en cuanto, se trate de un tipo de sociedad o de otra. No suelen ser iguales las funciones de aquellos consejos de administración que pertenecen a una sociedad cotizada⁷¹ y de otra que no lo

⁷¹ Una sociedad cotizada es un tipo de SA, la cual emite sus acciones en mercados financieros, admitidos a negociación. En estos mercados financieros, cotizan las acciones de este tipo de sociedades y los inversores, por tanto, pueden comprarlas y venderlas con absoluta libertad. <http://economipedia.com/definiciones/sociedad-cotizada.html>

es⁷². Por ello, los consejos de administración de aquellas sociedades cotizadas disponen de funciones que les son atribuidas a través de los estatutos o de los reglamentos, orientadas estas hacia el control y la supervisión de la gestión que es llevada a cabo por los órganos ejecutivos y por el equipo de dirección. Por otro lado, en aquellas sociedades no cotizadas, los consejos de administración, acostumbran a gestionar las funciones orientadas a la gestión propiamente dicha de la sociedad.

Los Administradores son designados con la finalidad de llevar a cabo tanto la administración como la representación societaria. Esa actuación diligente de la que hablamos en este epígrafe, exige por parte de los Administradores, una conducta activa y una implicación directa. Un ejemplo de ello sería la elaboración de estrategias generales, tareas de gestión, o el nombramiento de ejecutivos, así como también, la convocatoria de la Junta General, redacción de informes o la enunciación de las cuentas anuales.

En el supuesto en que la sociedad sea administrada por un consejo de administración, el ejercicio de dicho cargo conlleva mayor relevancia, ya que, sólo así puede lograrse que el consejo de administración cumpla de manera efectiva las funciones que le han sido correspondidas. Pero ello conlleva, que también es mayor el riesgo de que haya consejeros con presten suficiente atención a la hora de desempeñar el ejercicio de su cargo.

Así pues, hay que prestar atención a determinadas conductas que se pueden considerar como la manifestación del desempeño efectivo del cargo de consejero. Estos deben entre otras cosas:

- invertir el tiempo y esfuerzos necesarios para seguir con regularidad las cuestiones que implican la administración de la sociedad;
- solicitar de consideración de puntos adicionales a los previstos en la orden del día de manera previa a la reunión;

⁷² En contraposición a las sociedades cotizadas, las no cotizadas son aquellas cuyas acciones no negocian en bolsa.

- preparar de manera adecuada las reuniones del consejo, además de, aquellos órganos que les haya sido delegados, para que puedan prepararse y deliberar de manera congruente en las reuniones⁷³;
- supervisar la manera en que se ejecutan los acuerdos adoptados y verificar su cumplimiento;
- personarse, participar y contribuir de forma activa en aquellas deliberaciones que se lleven a cabo por el consejo de administración, además de, los órganos delegados y comisiones, proponiendo que se debatan ciertas cuestiones que sean consideradas relevantes aunque estas no estuviesen incluidas en la orden del día; y
- si no pudieran personarse en la reunión llevada a cabo por el consejo, pueden dar instrucciones para hacer efectivo el ejercicio de su cargo a través de la representación.

3.3 Atención especial a los deberes fiduciarios

3.3.1 Deber general de diligencia

Centrándonos en el deber de diligencia contemplado actualmente en el artículo 225 de la LSC, no debe olvidarse que la redacción de esta disposición se relaciona con la evolución de la norma desde el artículo 127 de la TRLSA⁷⁴, jalonada por aportaciones jurisprudenciales y doctrinales⁷⁵. Estamos ante un deber legal, si bien, la relativa indeterminación de su alcance lo dota de contornos difusos, cuya delimitación exige esfuerzo interpretativo tanto por parte del propio titular del órgano de

⁷³ Como analizando previamente a las reuniones, la información proporcionada y a su vez, recabando cualquier otra que pudiera ser considerada relevante a través de la solicitud de aclaraciones o formulando aquellas preguntas que son consideradas oportunas.

⁷⁴ FONT GALAN, J.I., *El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales*, “Revista de derecho de sociedades”, núm.25, 2005, págs. 71-107.

⁷⁵ PÉREZ CARRILLO, E.F., *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid (Marcial Pons), 2009.

administración, como de la sociedad y de quien o quienes deban evaluar su conducta. Estatutariamente o incluso en el acto de nombramiento (y aceptación) cabe la delimitación de ese contenido en algún aspecto, y desde tal perspectiva y en esos casos, podríamos incluso llegar a afirmar cierto componente convencional de la diligencia, dentro de los márgenes legales. El Código Civil, en su Libro IV, Título I, en materia de obligaciones, recoge en su artículo 1089 CC, “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”, o lo que es lo mismo, recoge aquellos actos que se ejecutan con falta de diligencia. Y, la ley especial, en este caso el art. 225 de la LSC, conforma con mayor rigurosidad la delimitación de la diligencia exigida. Diversifica aún más el contenido de la diligencia debida, que deberá adaptarse a la realidad de cada sociedad, nombramiento e incluso actividad societaria o delegación de funciones en el administrador o administradora sociales.

En cuanto a cuál es la diligencia exigible en el desempeño del cargo como administrador de una sociedad, el artículo 225 de la LSC, nos muestra un tipo de comportamiento que debe adoptar el administrador para que se considere diligente su actuación, y por tanto los daños derivados, serán constitutivos de obligación de resarcimiento, la actuación reclamable viene dada por un doble elemento, de un lado, el objetivo, “*ordenado empresario y representante leal*”⁷⁶, el cual se contempla en la Ley, y de otro lado, el subjetivo, este debe valorarse desde el instante previo a que se lleve a cabo la acción, para comprobar si converge dolo o negligencia, lo que permitirá cuantificar más acertadamente cuál es la cantidad concreta a resarcir. Junto con este estudio de la culpabilidad o falta de diligencia, se examinará con posterioridad, si le es imputable a la persona del administrador el hecho culposo.

⁷⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, (Thomson Aranzadi), 2004, págs. 112-150, en concreto pág.113, en referencia con el ordenado empresario y representante leal.

3.3.1.1 Diligencia de un ordenado empresario. Atención a los principales aspectos de su régimen jurídico

Como término diligencia, podemos decir que se trata de una expresión jurídica imprecisa, por lo que su contenido debe ser completados con valoraciones e interpretaciones, por esto cuando en la Ley se nos dice que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, debemos interpretar que se entiende por esto.

Para determinar que se entiende por un “ordenado”, debemos decir que se relaciona este término con el cumplimiento de las responsabilidades formales que requiere su cargo, pero esta definición está más orientada a la dirección y a la gestión, por ello se introduce el término más concreto del “ordenado empresario”, con este se logra un concepto más amplio, se trataría por tanto de que el cargo se desempeñe con una cautela y sus actos sean acordes a los admitidos en el sector concreto en donde lleve a cabo su actividad. Por ello, es obligación del administrador que actúe acorde a un ordenado empresario, compaginar los factores de producción para lograr un beneficioso resultado, considerando cuál es la información de la que dispone y practicar las decisiones más adecuadas. Así pues, el legislador ha querido recoger este concepto refiriéndose al administrador, ya que, a pesar de que legalmente no sea empresario, este desempeñará su labor en nombre de la Sociedad y como que lo fuera.

Pero no exige el legislador que actúe únicamente como un empresario, sino como un empresario ordenado, es decir, que no comprometa a la Sociedad en operaciones disparatadas, poniendo en riesgo más de lo que lógicamente a primera vista debiera arriesgar, es así que se le exige una diligencia, que actúe de manera estudiada y planificada. Tampoco podemos decir con esto que lleve al extremo la prudencia, perdiendo con ello posibles beneficios sociales, sólo se le advierte que sus actuaciones sean prudentes.

3.3.1.2 La dedicación y la exigencia de información como componente del deber de diligencia

El actuar diligente comporta distintos componentes, de un lado exige una adecuada dedicación, adaptando las medidas que sean necesarias para desempeñar una buena dirección y el correcto control de la sociedad; de otro lado implica el actitudes activas, como puede ser el exigir a la sociedad la información que corresponda, y con ello, estar este debidamente informado de todos los asuntos que afecten a la sociedad, pero esto no afecta a uno sólo (el titular), sino que con independencia, cada administrador que conforme el órgano de administración deberá solicitarlo, ya que no se considerará un eximente de responsabilidad, justificar que su cargo era de mero “relleno” y que el titular era otro.

3.3.1.3 Pericia técnica, capacitación

Para abordar el análisis de la pericia técnica como componente del deber de diligencia, partimos de la base de que, si bien la LSC no impone explícitamente tal exigencia, por la vía estatutaria puede llegar a exigirse, y que incluso en sede legal sectorial se imponen y exigen conocimientos técnicos para ser administrador (por ejemplo en el sector bancario, asegurador, entre otros). Pero, partimos además de que algunos ordenamientos como el alemán añade otro requisito, y es el de *sapiencia técnica*⁷⁷, no ha sido transmitido con literalidad al nuestro, pero no podemos decir que nuestra legislación omita la necesidad de que el administrador actúe con diligencia profesional, a pesar de lo que opina la doctrina mayoritaria, la cual defiende que para el desarrollo de la actividad de administrador no es una condición *sine qua non* para ejercer efectivamente el cargo, al igual que no se le exige tampoco al empresario en el CCom una preparación concreta para desarrollar su actividad.

⁷⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deberes y responsabilidad de administradores actualidad y reformas”, en TORRES CARLOS, M., ALBOR BALTAR, A.F, y PÉREZ CARRILLO, E.F., (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, (Marcial Pons), 2018, págs.309-323.

La reflexión sobre la capacitación por parte del titular del órgano de administración, que insistimos, no existe en nuestra ley general actual, enlaza con la circunstancia de que , más allá de las propuestas de los accionistas para ocupar el cargo, corresponde⁷⁸, a mi juicio, al propio administrador diligente o bien rechazar cargos para los que claramente no se considere capacitado, o bien asegurarse de que en el plazo más rápido posible desde su nombramiento y aceptación, se forma en las peculiaridades concretas de la entidad de la que va a ser dirigente orgánico.

Considero que la exigencia, de llegar a imponerse explícitamente en la LSC tendría efectos positivos. Beneficiaria a la sociedad desde el punto de vista de que un administrador que este capacitado, desde una concepción profesional concreta y además dotados de unas habilidades determinadas, les ayudará a la hora de poder prever el daño producido. Además, la constancia, o exigencia, incluso legal de tal capacitación, experiencia o pericia facilitaría una exigencia reforzada de diligencia “de un ordenado empresario- especializado”, reduciendo las posibilidades de defensa. Esta previsibilidad es la que luego se exige respecto de la culpa, por ello, si se trata de un administrador cualificado, este tendrá la capacidad para mitigar la probabilidad del posible daño, y por tanto, con sus aptitudes, se le podrá imputar con mayor facilidad la culpa anteriormente referida.

Pero es que además, un administrador que no esté formado y que no tenga conocimientos en esta materia, es una figura que asume mayores riesgos, ya que se podría decir que no sabe lo que hace ni que riesgos corre con sus decisiones, por lo que respecta a la culpa en este caso , no se podría ser considerado de eximente su conocimiento, pero no se podría hablar de un dolo. Desde luego, aunque la pericia de este no le sea exigible, lo que si se le podría exigir es que, desde el momento en el que acepta el cargo, este procure informarse, investigar y vigilar la evolución de la Sociedad.

Lo que tampoco nos indica la Ley, es si ese ordenado empresario, ha de serlo en el sector que desempeña su actividad la sociedad, o que se trate de alguien concretamente

78 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deberes y responsabilidad de administradores actualidad y reformas”, en TORRES CARLOS, M., ALBOR BALTAR, A.F. y PÉREZ CARRILLO, E.F., (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, (Marcial Pons), 2018.

capacitado para ocupar esas funciones, en este caso concreto, para poder decidir si actuaron con la suficiente diligencia, habrá que entrar a valorar a su vez, si asumieron funciones que se encontraban fuera del marco de sus capacidades⁷⁹.

3.3.1.4. Deber de diligencia y asistencia a la Junta General

Comenzando por el primero, el deber de asistir a las juntas, se le exige este deber al órgano de administración por dos razones, al asistir a estas juntas cumple con su función de informar y además, gracias a dicha asistencia estará él también informado de los criterios de la junta, como ya hicimos referencia con anterioridad en el epígrafe referente al estudio de los deberes recogidos en la Ley, vimos como esta obligación viene contenida en el epígrafe 180 de la LSC (anteriormente en el art.104.2 del TRLSA).

En la STS 255/2016 , de 19 de Abril de 2016, justifica esta obligación de asistencia en que en las juntas se llevan a cabo funciones de contenido esencial para el correcto funcionamiento de la sociedad. Lo cual afecta también a la propia función de junta, ya que esta ejerce un control y una fiscalización sobre el órgano de administración, y este no podría desarrollarse con efectividad si este está ausente. De igual modo, en una junta es donde puede ejercitarse de una manera más clara el deber de información del órgano de administración respecto de los socios, como consecuencia, su ausencia de estos, perjudicaría esta función fáctica.

El problema que se nos plantea ante este asunto, es que la LSC no determina la nulidad de la junta por incomparecencia de alguno de los integrantes del órgano de administración, lo cual, el legislador entiende como lógico porque habría numerosas ocasiones en las que si no asistieran estos, no podrían celebrarse juntas. Según nos dice la sentencia citada, habrá que ponderar según cada caso hasta qué punto la incomparecencia de los miembros del órgano de administración puede justificar la suspensión o incluso la nulidad de la junta que se hubiera celebrado en su ausencia.

⁷⁹ PÉREZ CARRILLO, E.F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, (Marcial Pons), Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, págs.1-102

Desde mi punto de vista, no tendrían que permitirles la inasistencia a las juntas, máxime cuando hay varios administradores dentro del órgano de administración, si este sólo estuviera compuesto por un único administrador, si se le podría permitir eludir esta obligación siempre y cuando tenga una justificación para ello.

3.3.1.5 Discrecionalidad empresarial o business judgement rule

El artículo 226 LSC⁸⁰ protege la discrecionalidad empresarial⁸¹, en cuanto a que el modelo de diligencia del anteriormente citado, ordenado empresario, se tendrá por cumplido este cuando el titular del órgano de administración haya actuado con buena fe, dejando de lado el interés propio respecto a la decisión que debe tomar con relación al objeto de la sociedad y lo hará con la información suficiente y con avenencia a una decisión adecuada, en definitiva, podemos decir, que se pueden permitir errores estratégicos en la toma de decisiones, siempre que no se le pueda imputar la responsabilidad de no haber actuado con buena fe, sin interés propio, habiéndose informado diligentemente y en consecuencia, adoptando un procedimiento adecuado. No podemos imputar a un administrador el fracaso de una operación si ha actuado como se le exige que actúe.

Inherente al concepto del deber de diligencia está lo que se ha llamado en la doctrina anglosajona “*business judgment rule*”⁸², (o discrecionalidad empresarial entre nosotros) doctrina que se fundamenta en que los jueces no deben revisar todas aquellas decisiones en el ámbito societario que tomen los administradores, siempre que estos hayan informado previa aceptación del acuerdo, y no se trate de un acto que se pueda considerar como ilegal o que se oponga a los estatutos societarios, y por su puesto, no

80 DÍAZ ECHEGARAY, J.L., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de derecho mercantil*, (Civitas), 2011, págs. 665-696, en concreto pág.665, sobre cómo regular el deber de lealtad.

81 ALFARO AGUILA-REAL, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA, J., (Coord), *Comentario a la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas.* (Thomson Reuters), Navarra, 2015. p. 325-360.

82 FLEISCHER, H., La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho, “*Revista de derecho mercantil*”, 2002, págs. 1727-1753.

medie interés propio de parte del administrador que ha propuesto este acto. Por ello, podemos definir el “*business judgment rule*”, con el principio de discrecionalidad empresarial al que se encuentra sujeto el órgano de administración y con ello se logra que los actos de los administradores estén supeditados a la protección del ejercicio de sus funciones, y a la seguridad jurídica, puesto que con esto se les otorga un ámbito de actuación más amplio a la hora de ejercer su cargo. Podríamos concretar este “*safe harbor*”, principalmente en : la adopción de una decisión empresarial, sin que haya existido conflicto de intereses y sin violar deberes concretos de cumplimiento legal. Y, superado este test la falta de diligencia habría de afirmarse también si la decisión fue irracional⁸³.

3.3.2 Deber de lealtad

Procedemos al análisis del concepto de *representante leal*. En este aspecto, a diferencia de la continua evolución del término anterior, el de representante leal se mantiene inerte desde la Ley de 1951, recogido actualmente como ya hemos visto en el primer apartado del artículo 127 del TRLSA, pero que en la actualidad ya no se recoge en el correspondiente artículo 225 de la LSC, pero al cual haremos alusión desde un punto de vista crítico, así, entendiendo que el legislador en ese momento hacía alusión a este término porque, se adecua a la realidad de un administrador, porque a pesar de no ser un mandatario, actúa como uno de ellos. Esta terminología hace sobre todo referencia a las cuestiones de lealtad y fidelidad⁸⁴, que en la actual LSC se recogen en los preceptos 225, 227 y 228.

83 GOMES RAMOS, M.E., “Derecho de la competencia y deberes de la diligencia de los administradores”, *Revista de derecho de sociedades*, núm.42, 2014, págs.153-168. Indica la autora que No debemos olvidar que el órgano de administración está compuesto por personas, y como tales, se pueden equivocar, pero no se les exige que únicamente obtengan beneficios derivados de sus acuerdos y actuaciones, sino, que a pesar de no llevar a cabo acuerdos beneficiosos, incluso de que sean perjudiciales, estos hayan sido llevado a cabo con la diligencia y prudencia que le es exigible al titular de este órgano, sin dejar de lado sus deberes, y por su puesto con la diligencia de un ordenado empresario.

84 DÍAZ PICAZO, *La representación en el derecho privado*, (Civitas), 1992, p.99, cito :“*La relación representativa encuentra su base y fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado*”.

3.3.2.1 El representante leal

Ahondando en el deber de lealtad, podemos decir que es considerado como el deber fiduciario particularmente abordado en la jurisprudencia. Podemos comenzar referirnos a él situando en la Ley su localización, se encuentra en el artículo 227 de la LSC: “*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*”, de este precepto se desprende en primera instancia, que debe llevar a cabo el desempeño de su cargo con la lealtad de un fiel representante, y por otro lado que lo desarrolle con el mejor interés para la Sociedad, por ello se le exige que anteponga el interés de la sociedad al suyo propio, es por esto, que debemos hablar aquí de cuestiones tales como, la prohibición del uso del nombre⁸⁵ de la Sociedad en operaciones propias, también de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en su propio beneficio y por último de la obligación de no intervenir en caso de conflicto de intereses.

Es en concreto el precepto 228 de la LSC, el que nos detalla en que consiste el deber de lealtad, a través del análisis de sus principales contenidos:

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.

85 DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, (Thomson Aranzadi), 2004, págs. 112-150, en concreto pág.148, sobre la prohibición del uso del nombre.

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.

3.3.2.2 Contenidos principales del deber de lealtad

3.3.2.2.1 No ejercitar funciones con fines diferentes para los que le han sido concedidas, abstenerse en caso de que incurra en conflicto de intereses, evitar situaciones en la que su interés propio entre en conflicto con el interés social

En este caso, hemos unido tanto la prohibición de llevar a cabo aquellas funciones que sean diferentes a los fines sociales para los que le han sido concedidas, como el deber de abstenerse en la toma de decisiones cuando estas sean o puedan ser, causa de un conflicto de intereses, al igual que, *el deber de evitar aquellas situaciones en las que el interés propio del administrador o personas vinculadas con este*, puedan interferir en el interés de la sociedad, y es que, a pesar de estar separado en tres letras distintas del artículo 228 de la LSC, podemos concretarla en una, diciendo que el administrador no debe realizar aquellas funciones para las que no se le haya designado y que su actividad no perjudique a la sociedad.

El abstenerse en la participación si media conflicto de intereses es una cuestión que trata el precepto 229 de la LSC, da las indicaciones pertinentes a los administradores de aquellas situaciones de las que debe abstenerse, como son, realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, usar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados, aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, obtener ventajas o remuneraciones de terceros

distintos de la sociedad y desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad.⁸⁶

Implícito en el deber de lealtad se encuentra la imposibilidad de defender aquellos intereses que sean opuestos a los de la sociedad. Esto no impide que en numerosas ocasiones, se presenten situaciones en las que tanto el administrador como cualquier persona vinculada con este, se vean inmersos en situaciones en las que sus intereses sean opuestos a los que sigue la Sociedad, un ejemplo de esto sería, cuando sirven cualquier tipo de servicios a esta.

Ya en la LSRL, en su artículo 52, se les prohibía a los socios que pudiesen emitir un voto cuando con él fueran a adoptar un acuerdo y se encontrasen bajo la influencia de un conflicto de intereses.

A diferencia de lo que ocurría con la LRSL, en el TRLSA, había una laguna en cuanto a la regulación del conflicto de intereses, sólo se aludía a ella en el precepto 132.2 concretando, que toda aquella persona que tenga algún interés opuesto a los de la sociedad deberá cesar en su cargo. A colación de esto, el artículo 125 de la PCSM, plantó la prohibición de que los administradores puedan intervenir e aquellas operaciones en el que exista un conflicto de intereses frente a la sociedad, y cito textualmente: “1. Cada uno de los administradores deberá comunicar a los demás cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. 2. En caso de situación de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a la que el conflicto se refiera”, Gracias a esto en la actualización que sufrió del TRLSA hace referencia a ello en el precepto 127 ter.3, donde decía, que están obligados los administradores a comunicar cualquier situación de conflicto, y a consecuencia de ello, dicho administrador se deberá abstener de intervenir

⁸⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, (Thomson Aranzadi), 2004, págs. 112-150, en concreto pág.142. Recuérdese que En la Ley de modificación de la Ley 24/1988, de 17 de Julio, del Mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre, introdujo la regulación de diferentes deberes sobre la fidelidad erradicando así la laguna legal que existía a este respecto, con los artículos que ya hemos estudiado en este trabajo con anterioridad, como son : art.127.2, 127 bis, 127 ter y 127 quarter, que en la actualidad encontramos comprendidos en la LSC del precepto 225 al 232.

en dicha operación. Hoy en día, la problemática aludida está superada en el vigente artículo 229.3 de la LSC.

En cuanto a la prohibición de *aprovechar una oportunidad de negocio*, el problema se plantea en referencia a qué debemos considerar como oportunidad de negocio, pues bien, parte de la doctrina defiende, que este será tratado como tal, cuando exista una oportunidad de llevar a cabo un negocio en beneficio de la Sociedad y en lugar de ello, sea el administrador el que la ejercite en beneficio propio (o cualquier persona relacionada directamente con él), causando un doble perjuicio a la Sociedad, de un lado estaría utilizando su información privilegiada que le otorga su puesto de administrador y así evitaría que la Sociedad fuera conocedora de un posible negocio y además, en el caso en que se hubiera llevado a cabo dicho negocio, estaría causando un daño en cuanto a los beneficios que podría lograr la Sociedad con este.

Esta valoración que hace el legislador, acerca del conocimiento que haya podido tener de una oportunidad de negocio, será calificada en sentido negativo, es decir, no es tan importante que el administrador a través de su cargo haya podido ser conocedor de esta oportunidad de negocio, puesto que su deber primordial debe ser la obtención del mayor número de beneficios posibles, a lo que hay que añadir que esta búsqueda de beneficios para la empresa no se vincula únicamente a conversaciones de ámbito oficial ni privado, ni tampoco podemos establecer un horario concreto y acotado en el que el administrador esté obligado a defender el interés de la sociedad⁸⁷.

Para que se pueda afirmar que una oportunidad de negocio pertenece a una sociedad, no basta con que el administrador haya tenido conocimiento de ella, además se le exigirá que se lo hubiera ofrecido a la sociedad, o que, la Sociedad tuviera interés en ella, todo ello sin perjuicio de que la sociedad ya hubiera declinado tal oportunidad pero eso sí, sin que haya mediado influencia alguna por parte del administrador.

Ahora bien, cómo determinar que ha sido ofrecida a la sociedad es una tarea más complicada, puesto que únicamente el promotor del negocio y al administrador son conocedores de como se realizó ese ofrecimiento de negocio, y ambos darán una

⁸⁷ PORTELLANO DÍEZ,P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y de oportunidad de trabajo*, Madrid, (Civitas) 1996.

respuesta viciada, en tanto que ambos han llevado a cabo un negocio vinculante que no les interesa perder.

Anteriormente hemos aludido a la cuestión, de que si la propia sociedad declinaba la oferta de negocio, esta declinación la llevará a cabo el mismo órgano que esta habilitado para realizarlo, resulta difícil discernir cuando lo ha podido decidir el propio administrador y cuando ha sido supervisado por la junta general.

En la LSC en sus preceptos 227 y 228, prohíbe que el administrador use el nombre de la sociedad con la que está vinculado o invoque su posición de administrador en el ejercicio de alguna operación, y no sólo en las suyas propias sino que también en las que se encuentren personas vinculadas a este, las cuales ya hemos mencionado con anterioridad y ya aludimos a su referencia en el artículo 231 de la LSC.

Debemos abordar estos preceptos desde una perspectiva crítica, y es que, a pesar de su reciente modificación, resulta difícil comprender por qué no se ha incluido en él la prohibición a su vez del uso en beneficio propio respecto de los bienes de la sociedad, la cual si viene contenida en el PCSM, y además, considero que se trata de un supuesto de hecho de bastante gravedad.

Cabe recordar aquí que para que nazca la responsabilidad por parte del administrador, además se exige que exista un daño en el patrimonio de la sociedad, por lo que, el supuesto de hecho anteriormente mencionado sería muy perjudicioso en este sentido.

3.3.2.2.2 Guardar secreto

Derivado del deber de lealtad encontramos también el deber de guardar secreto, y es que quedarán obligados incluso cuando ya hayan cesado en su cargo, vienen contemplada en la LSC en el precepto 228 en su letra b). Como se desprende de la Ley, conlleva reservarse la información que conozcan a cerca de datos, informes, cualquier información que se haya podido conocer en el desempeño de sus funciones, prohibiendo de manera rotunda su divulgación con terceros.

El administrador tendrá acceso a todos los documentos, y datos relativos a la actividad de la sociedad, pero debe reservarse la información que aparezca en estos si son considerados como información confidencial.

Como excepción podemos encontrar aquellos que por parte de la Ley permita su comunicación a un tercero, o que alguna autoridad le requiera determinada información, pero siempre de acuerdo con la Ley.

Debemos añadir, que el TS⁸⁸ ha establecido un máximo de cuatro años para la duración de este deber, y se empezará a contar desde que el administrador haya cesado en su cargo, dicho plazo surge del precepto 949 del CCom⁸⁹, puesto que es el que se ha fijado para el resto de responsabilidades derivadas del desempeño del cargo de administrador.

Hay partidarios de mantener el secreto mientras este pueda perjudicar a la empresa, aunque vaya más allá de los cuatro años.

3.3.2.2.3. Funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia de las instrucciones de terceros

Este componente del deber de lealtad fue incluido en la LSC a través de la Ley 31/2014, está relacionado con el deber de diligencia que debe desarrollar un administrador, y es que a este se le faculta para desempeñar con libertad su cargo, siempre que lo lleve a cabo con la correspondiente diligencia, es decir, se le permite que pueda tomar decisiones cuando lo haga con responsabilidad, lo que implica que se haya informado correctamente y que haya valorado los posibles riesgos de la toma de dicha decisión.

Se otorga a la figura del administrador una libertad de actuación pero, bajo su propia responsabilidad. De igual modo el administrador debe tomar decisiones que

88 Sentencia 749/2001 del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) de 20 de julio de 2001 [LA LEY 6364/2001]

89 Art. 949 del CCom: “La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”.

vayan en beneficio de la sociedad y no tome decisiones que le sean perjudiciales, ya bien se trate de una intención directa del administración o bien, por la influencia de terceros ajenos a la sociedad, los cuales tienen como propósito el menoscabo o perjuicio de la sociedad donde el administrador desempeña sus funciones.

Para una mejor comprensión, podemos concluir este apartado con la propuesta del estudio de una sentencia bastante actual, que data del año 2017, se trata de la Sentencia de 1ª de Instancia de Vitoria-Gasteiz de 8 de Febrero de 2017⁹⁰, con la ponente M.^a Teresa Trinidad Santos, en la que se discute esta cuestión, en ella se ve como un administrador de la sociedad lleva a cabo una compra sin autorización, y se le acusa de infracción del deber de lealtad y erigirse en un supuesto de autocontratación, no disponiéndose de facultad expresa al efecto, concurriendo un evidente abuso de derecho y conflicto de interés, solicitando la sociedad que se condene a que se retrotraigan y se restituyan todos los efectos al momento inmediato anterior a la firma de dicho contrato, debiendo los contratantes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato. Se trata en este caso de una sociedad compuesta por dos hermanos y que a su vez ambos son administradores solidarios de esta. Debido a una manifiesta enemistad, la relación entre los dos administradores es inexistente y está notablemente dañada, y habiéndose interpuesto demanda de disolución de la sociedad, ambos reconocen que la única comunicación que tienen es a través de sus respectivos representantes legales. Es por lo que sin consultarlo con el otro administrador solidario, el demandado adquirió como particular a través de una venta fingida de su parte como administrador de la sociedad. Por todo lo demostrado en el procedimiento, este administrador no ha actuado con buena fe y además podemos deducir que actuó en beneficio propio, ya que se benefició con la compra pagando además un tercio de lo que dicha sociedad había pagado en su momento por el mismo artículo, y actúa también de mala fe al no comunicárselo al otro administrador y ocultándolo hasta que él haciendo recuento de bienes se percató.

90 Roj: SJPI 154/2017- ECLI: ES:JPI:2017:154

Con todo ello concluye la sentencia en su punto quinto:

“Los contratos de compraventa celebrados incurren en infracción de una norma jurídica que establece una prohibición, dispensable por el órgano competente, pero que en este caso no obtuvo la dispensa o autorización correspondiente. Con ello, incurren en infracción de ley que invalida el contrato, con nulidad plena, nulidad para cuya declaración está legitimado el demandante, tanto como miembro del órgano de administración cuyo conocimiento y consentimiento fue obviado y por ello perjudicado en sus funciones de gestión y representación de la sociedad-, como socio propietario del cuarenta y nueve por ciento del capital social de una sociedad que se desprende con los negocios jurídicos impugnados de dos activos. Con independencia del valor contable y del uso de los mismos, forman parte del patrimonio social del que no puede disponer el administrador, en contra del deber de lealtad, que se concreta en la prohibición de realizar transacciones con la sociedad que implican una situación de conflicto de interés”.

4. CONCLUSIONES

1. Como reflexiones finales tras haber realizado este trabajo, podemos concluir con que, tras las reformas legales que ha conocido el ordenamiento jurídico societario en España respecto de las sociedades de capital, tanto la sociedad de responsabilidad limitada, como las sociedades anónimas, mantienen abundantes similitudes en aspectos fundamentales en cuanto a su estructura y funcionamiento orgánico. Ciertamente, la reforma de 2010 hizo confluír en un único texto legal la regulación básica de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada. Gracias a esta importante norma-que podría considerarse de refundición y reforma de los antiguos TRLSA y LSRL, ambas sociedades mercantiles de capital vienen reguladas en la Ley de sociedades de capital (LSC), lo que favorece su comprensión y su análisis, y evita a estudiosos y a prácticos tener que acudir a los antiguos textos independientes que regulaban cada una.

2. La reforma a la que acabamos de aludir no será, con seguridad, la última. A lo largo de todo el estudio realizado para desarrollar este trabajo, hemos verificado que estamos ante una materia en constante cambio y evolución, por lo que se deberá estar atento a la inevitable progresión en cambios, modificaciones, matices y adaptaciones evolución de nuestra época para equipararlo a las necesidades societarias. El mero análisis de la regulación de los deberes de los administradores, y en particular de los llamados “deberes fiduciarios” contemplado actualmente en la LSC refleja con toda claridad que su configuración actual es fruto de décadas de activismo doctrinal y judicial, e incluso de aportaciones comparadas.

3. Ejemplo de la previsibilidad de la evolución en los próximos años giraría en torno a la sería la cuestión de género que hemos abordado en este trabajo. Hemos sido testigos de las transformaciones de los últimos años para el reconocimiento profesional de la mujer desde la perspectiva de igualdad. No podemos, o no quiero pensar que no va seguir evolucionando hasta lograr una verdadera equidad de género en todos los niveles

de desarrollo profesional, incluido el superior en las empresas privadas organizadas mediante sociedades mercantiles.

4. Por lo que respecta a los deberes de los administradores, aun reconociendo que gracias a la precedente jurisprudencia y a los estudios realizados por numerosos y prestigiosos profesionales y profesores, fundamentalmente del ámbito mercantil, se ha logrado encauzado y detallado en la actual regulación, subsisten debates importantes. Uno de los que consideramos más apasionante es el de la relación entre interés social y deberes de los administradores, o incluso sobre la identificación de ese interés como el de los socios en exclusiva, o si los administradores también se deben a otros interesados como son los socios, los trabajadores y proveedores o incluso la sociedad en general. En mi opinión, debe interpretarse en sentido amplio, y buscando el beneficio del mayor número de intervinientes posibles. Justifico esta posición en una convicción de que las sociedades de capital precisan, para alcanzar sus objetivos e intereses, no sólo contemplar lo que resulte más beneficioso para los accionistas, sino también respetar unos intereses más amplios, que generan en el largo plazo efectos positivos sobre la propia persona jurídica (e indirectamente por tanto, sobre sus socios).

5. Dentro de las cuestiones pendientes de reflexión de cara a futuras reformas está la de la pericia o especialización profesional de los administradores. Se ha procurado dejar claro en estas páginas que la especialización, experiencia o conocimientos profesionales no son requisitos legales conforme a la LSC. Ciertamente es que por la vía estatutaria podría introducirse y que en determinados sectores como el financiero, o el asegurador por mencionar algunos, la legislación especial si impone requisitos técnicos a los administradores. Interpretar los preceptos sobre deberes de los administradores y en particular sobre sus deberes fiduciarios, sin haber previamente exigido al menos unos mínimos en formación y experiencia repercute, a mi juicio en detrimento de la configuración de auténticos deberes con calado, especialmente en el caso de la diligencia.

5. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

5.1 Bibliografía consultada

- AGUILERA RULL A., “El proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Revista InDret*, núm.3, 2001, págs.1-15
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Barcelona, (Edisofer), 2008, ISBN: 9788489493919
- ALFARO AGUILA-REAL, J., :
 - “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en JUSTE MENCÍA , J., (Coord), *Comentario a la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. (Thomson Reuters), Navarra, 2015. p. 313-324,. ISBN: 9788447051960
 - “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA , J., (Coord), *Comentario a la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. (Thomson Reuters), Navarra, 2015. p. 325-360.
ISBN: 9788447051960
- ALONSO ESPINOSA, F.J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Madrid, (Aranzadi), 2006. pág.146 ISBN 8447026566
- ALONSO LEDESMA, C., (Dir), *Diccionario de derecho de sociedades*, Madrid, (Iustel), 2006, ISBN: 8496717011

- BARBERÁ HEREDIA E., SARRIÓ M., RAMOS A. y CANDELA C., “Más allá del techo de cristal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.40, 2002, p.66.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, (Aranzadi), 2002,
ISBN: 8473982932
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, Navarra, (Thomson Aranzadi), 2006, págs.63-273
ISBN: 9788497678018
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de derecho mercantil*, León, (Civitas), 2011, págs. 665-696. ISBN: 9788447035441
- DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.12, 2011, págs. 1-70, ISSN: 16999495
- DÍAZ GÓMEZ, M.A., y PÉREZ CARRILLO, E.F., *El derecho mercantil practicado en el mercado: aprendizaje guiado y autoaprendizaje*, (Eolas), 2018,
ISBN: 9788417315016
- DÍAZ PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Navarra, (Civitas), 1992,
pág.99 ISBN: 9788473980869
- ESTEBAN VELASCO, G., :
 - “Artículo 209. Competencia del órgano de administración”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.,(Dir), *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, (Civitas), 2011, págs.1481-1486 ISBN: 9788447037193

- “Sociedades de capital: órganos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.22, 2004, págs. 353-364. ISSN 11347686

- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y PÉREZ CARRILLO E.F., *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, (Marcial Pons), 2018, págs. 130-140. ISBN: 9788491234647

- FLEISCHER, H., “La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, *Revista de derecho mercantil*, 2002, págs. 1727-1753.

- FONT GALAN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.25, 2005, págs. 71-107 ISSN 11347686

- GALGANO, F., *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, estado y clases sociales*, Barcelona (Ariel),1990,p.147. ISBN: 8434415577

- GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A., (dir), *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Pamplona, (Aranzadi Thomson Reuters), págs. 357 ss. ISBN: 9788940597927

- GOMES RAMOS, M.E., “Derecho de la competencia y deberes de la diligencia de los administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.42, 2014, págs.153-168, ISSN 11347686

- HERNANDO CEBRIÁ, L., *Deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Barcelona, (Marcial Pons), 2009. ISBN: 9788497686310
- HIERRO ANIBARRO, S., *Simplificar el Derecho de Sociedades*, Madrid, (Marcial Pons), 2010, págs. 349-391. ISBN: 9788497687706
- HUERTA VIESCA M.I., *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos*, Navarra, (Aranzadi), 2009, págs. 114-146. ISBN: 9788499033976
- IGLESIAS PRADA. J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.G., “Las sociedades de capital, aspectos básicos; Los órganos de las sociedades de capital. Los administradores”, en MENENDEZ, A. y ROJO, A (dir), *Lecciones de derecho mercantil*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, pág.397-514. ISBN: 9788490998199
- JIMENEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid, (Tecnos), 2017, págs. 273-282 y 326-328. ISBN: 9788430972425
- JIMENEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho Mercantil II*, Barcelona, (Ariel), 2008, págs. 217-248. ISBN:9788434418318
- LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, (Comares), 2016, ISBN: 9788484447405
- MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la SA*, Navarra, (Civitas), 1996, pág.45. ISBN 9788447006519
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S. “Precedentes de responsabilidad limitada en España 1869-1885”, *Revista Murgetana*, núm.134, 2016, págs.79-96. ISSN 02130939

- MORILLAS JARILLO, M.J, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, (La Ley), 2002, p.442. ISBN: 9788497253024
- PÉREZ CARRILLO, E.F.,
 - “Gobernanza corporativa y de entidades del sector financiero, complejidad creciente, y nueva articulación funcional y orgánica de actores, intereses y riesgos”, en MARCOS TORRES (coord.), FERNÁNDEZ-ALBOR y PEREZ CARRILLO, (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, pp 33-63, Madrid, (Marcial Pons), 2018. ISBN:9788491234647
 - “Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de los socios y consejo de administración”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir) , *Simplificar el Derecho de Sociedades*, Madrid, (Marcial Pons), 2010, págs. 349 a 427. ISBN: 9788497687706
 - *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, (Marcial Pons), Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, págs.1-102. ISBN: 9788472486348
 - *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid (Marcial Pons), 2009. ISBN: 9788497686358
- PORTELLANO DÍEZ,P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y de oportunidad de trabajo*, Madrid, (Civitas) 1996, ISBN: 9788447007257

- QUIJANO GONZÁLEZ, J.,
 - “Deberes y responsabilidad de administradores actualidad y reformas”, en TORRES CARLOS, M., ALBOR BALTAR, A.F, y PÉREZ CARRILLO, E.F., (dir), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, (Marcial Pons), 2018, págs.309-323 ISBN: 9788491234647
 - “Órgano de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, Barcelona, (Bosch), 2005. ISBN: 9788497901345
- RECAMÁN GRAÑA, E., *Los deberes y la responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Pamplona, (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, págs. 130-145 y 334-340. ISBN: 9788490997697
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., :
 - *Estudio sobre derecho de sociedades*, Pamplona, (Aranzadi), 2016, ISBN: 9788490596296
 - “La junta general”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.36, 2011, pág. 135 ISSN 11347686
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Los administradores en las Sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades* , núm.25, 2005, pág.510. ISSN: 11347686
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social y el poder de representación de los administradores en las sociedades anónimas*, “Revista actualidad Financiera”, núm.26, 1987. ISSN: 02136929

- SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, (La Ley), Madrid, 2004, pág.. 35 ISBN: 8497255666
- SUAREZ LLANOS, L.,
 - “Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, núm.85
 - *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, (Civitas), 2007.ISBN: 9788447011476
- VILATA MENADAS, S., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Consejo General del Poder Judicial, Guipúzcoa, 2005, págs. 22-61.
ISBN: 9788496518261

5.2 Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Diciembre de 2010 (RJ 2010/8795)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016 (RJ 2016/1232)
- Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de Marzo del año 2000 (AC 2000/4253)
- Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mallorca de 15 de Marzo de 2001
- Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 21 de Marzo de 2000 (AC 2000/4261)

- Sentencia Tribunal Supremo de 14 de Junio de 2007 (Roj: STS 4188/2007- ECLI: ES:TS:2007:41889)
- Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Tarragona de 25 de Febrero del año 2000 (AC 2000/857) (Roj: SAP T 242/2000- ECLI: ES:APT:2000:242)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio del año 2008, (número 669/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7847)
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 2001 (RJ 749/2001)

5.3 Webs, blogs y otros recursos

- DONOSO SÁNCHEZ ALEJANDRO, “*Sociedad Cotizada*”, 2015, Economipedia (disponible en : <http://economipedia.com/definiciones/sociedad-cotizada.html>) (última consulta el 28 de Abril de 2018)
- JESUS ALFANO AGUILA.: *Derechos de la mujer y desarrollo económico: importancia de ser padre y suegro a la vez*, documento disponible en: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2012/09/derechos-de-la-mujer-y-desarrollo.html> (última consulta : 20 Marzo de 2018)
- LÓPEZ MANUEL ANGEL, “*Las funciones del administrador de una Sociedad*”, 2015, (disponible en: <https://www.mylabogados.es/funciones-del-administrador-de-una-sociedad/>) (última consulta el 25 de Abril de 2018)
- VVAA, “*Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los Administradores en el ámbito mercantil*”, 2015, (disponible en:

[http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679)

[id=5679](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679)) (última consulta el 1 de Mayo de 2018)

5.4 Legislación consultada

- Dirección General de los Registros y del Notariado
- Ley 19/1989, de 25 de Julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil