TEMA 17 **EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDA­DES DE CAPITAL. MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ADMI­NISTRADORES. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. ADQUISICIÓN, ENAJENACIÓN, Y APORTACIÓN DE ACTIVOS ESEN­CIALES**

**EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDA­DES DE CAPITAL**

En las SC es característica la separación JG y Admon, órgano necesario y (a diferencia de la JG) permanente, con doble competencia (209 LSC):

Interna (gestión: convocar juntas, elaborar cuentas) y

Externa (la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él… en la forma determinada por los Estatutos, art 233)

De la distinción entre poder de gestión (o administración) y de representación la RDGRN 23 de marzo del 2015 extrae que la convocatoria de la junta habrá de realizarse conjuntamente por los 3 admres mancomunados de una SL (en una SA no se admiten 3 administradores mancomunados –tria faciunt collegium, 210-). A pesar del art 233 LSC:

En la SL, 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.

Lo que se critica porque:

entorpece la práctica

no se ve por qué atribuir al administrador no convocante (en la SL) un derecho de veto que no tiene en lo externo.

*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.* Y bien, ¿no el poder de gestión?

La competencia de los administradores es:

**Autónoma respecto a los demás órganos sociales**. No obstante el art. 161 (instrucciones JG), su nombramiento (214) y cese en cualquier momento (223) por JG. Pues la LSC:

- les confiere legitimación para impugnar los acuerdos de la JG (206)

- no les exonera de responsabilidad por el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la JG (art 236)

**Sometida al control de la JG**. No obstante, el fenómeno denominado en la época de los 60 de la manager´s revolution, ha provocado que de facto sean los administradores los que controlan a la JG, particularmente en las grandes sociedades (solo en la SA cabe cooptación 244) y sobretodo en las SA cotizadas (cuyo modelo real –no legal- es una Junta General sometida al Consejo de Administración y un Consejo que no administra sino que sólo supervisa lo que hacen los Consejeros Delegados y la Comisión Ejecutiva que es donde verdaderamente radica el poder).

Causas:

Complejidad y tecnificación creciente de la gestión

Dispersión y desinterés del pequeño accionariado en el ejercicio de sus derechos políticos.

Lo que intenta remediar la Ley 3 Diciembre 2014 para la mejora del gobierno corporativo.

**MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN**

210 LSC La administración de la sociedad se podrá confiar a

Un administrador único

Varios administradores solidarios

Varios administradores mancomunados

En la SL pueden ser 2 o más (en cuyo caso el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos).

La SA en cambio sólo admite dos administradores mancomunados (siendo tres, deben actuar “colegiadamente” –por mayoría-, formando Consejo de Administración)

Un consejo de administración. Formado por un mínimo de tres miembros. Número máximo de componentes: en la SL, doce; en la SA, sin nº máximo.

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

Los arts. 124 y 185 RRM permiten que **ESTATUTARIA**mente se creen otros órganos:

“Comité consultivo” (normalmente, “familiar”), debiendo determinarse, entre otros, si la competencia para su nombramiento y revocación es del consejo de administración o de la JG y sus concretas competencias consultivas o informativas.

“Cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica”.

SISTEMA DUAL (SAE) 476- La sociedad anónima europea que se domicilie en España podrá optar por un sistema de administración monista o **dual**…

En la SL (Y TAMBIÉN EN LA SA, tras la reforma del art 23.e LSC: *En los estatutos…* ***de las sociedades de capital*** *se hará constar:… El modo* ***o modos*** *de organizar la administración de la sociedad…*) los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

A diferencia de antes SÍ cabe ahora, también para la SA (pese a que el art. 210 sigue hablando solo de la SL), prever simultáneamente en los estatutos dos o más alternativas de administración, de suerte que la Junta -sin modificar los estatutos-, pueda elegir entre una u otra según los casos.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

**CAPACIDAD 212**

Pueden ser administradores personas físicas o jurídicas.

La PJ ADMINISTRADORA (no la administrada) deberá designar a UNA sola persona física para el ejercicio PERMANENTE de las funciones del cargo (su revocación como representante no producirá efecto en tanto no se designe a persona que lo sustituya). La RDGRN 10 de  julio de 2013 resuelve diversas dificultades: si el designado pertenece al órgano de administración de la PJ administradora, basta con certificación del acuerdo de dicho órgano de admon (en otro caso, la designación debe figurar en escritura pública).

**Sin necesidad de ser socios**, salvo disposición contraria de los estatutos (o cooptación, 244).

**Y PROHIBICIONES 213** No pueden ser administradores los:

Menores de edad NO emancipados

Judicialmente incapacitados

Inhabilitadas conforme a la Ley Concursal (mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso)

Condenados por falsedad o delitos contra la libertad/patrimonio/orden socioeconómico/seguridad colectiva/Administración de Justicia

Quienes por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

Funcionarios con funciones relacionadas con las actividades propias de la sociedad de que se trate / Jueces / Demás personas afectadas por una incompatibilidad legal (Ley 3/2015, de 30 de marzo, del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado).

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ADMI­NISTRADORES**

**NOMBRAMIENTO y ACEPTACIÓN**

Los primeros administradores tienen que estar nombrados al constituirse la sociedad y deben figurar necesariamente en la escritura fundacional (art. 22 TR). Respecto a los posteriores

(214 y 215) Su nombramiento corresponde a la JG sin más excepciones que las establecidas en la ley (vg COOPTACION, 244)

Tambien la fijación de su número **(**si los Estatutos se limitan a determinar el máximo y el mínimo), así como la posible designación de suplentes corresponde a la Junta General**.**

**Su nombramiento surte efecto desde el momento de su aceptación**. Tras su aceptación, debe ser presentado a inscripción (OBLIGATORIA -NO CONSTITUTIVA-):

en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

Para la inscripción **NO ES PRECISA ESCRITURA PUBLICA** bastando certificación del acta de la Junta General (en su caso, del Consejo de Administración –cooptación-) y escrito de aceptación con las firmas legitimadas notarialmente (142 RRM). A diferencia de lo que ocurre con:

el nombramiento de un APODERADO cuya designación SI requiere de EP -y no aceptación- y

(parcialmente) con el CONSEJERO DELEGADO –que requiere de EP para su nombramiento y de legitimación de firma para su aceptación-

**RETRIBUCION**  217 y ss

El cargo de administrador es **gratuito**, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración, que podrá consistir (entre otros) en uno o varios de los siguientes:

una asignación fija

dietas de asistencia

participación en beneficios

En la SL, nunca superior al 10% de los beneficios repartibles entre los socios.

En la SA, solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido)

retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia

remuneración en acciones o vinculada a su evolución

Stock options - Su *aplicación* requerirá un acuerdo de la junta, 219)

indemnizaciones por cese siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador

sistemas de ahorro o previsión

El **importe máximo** de la remuneración **anual del conjunto** de los administradores *en su condición de tales* **deberá ser aprobado por la junta** general.

220 En la SL el establecimiento/modificación de prestación de servicios u obra entre la sociedad y uno o varios administradores requiere acuerdo de la JG.

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción **razonable** con la importancia de la sociedad, la situación económica y los estándares de mercado de empresas comparables.

En la SL en régimen de formación sucesiva existe una especial limitación de la retribución de los administradores (art. 4 bis de la LSC): NO podrá exceder del 20% del patrimonio neto, sin perjuicio de las percepciones que le puedan corresponder como trabajadores por cuenta ajena o por servicios profesionales.

DURACIÓN 221 y ss

Para los administradores de una SA su duración **MÁXIMA** es de seis años, debiendo ser esa duración igual para todos ellos

Para los de las SL en cambio su cargo su duración es indefinida, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado.

En cualquier caso los administradores podrán ser reelegidos, una o varias veces, por plazos de igual duración a la señalada en los estatutos

(222) Su nombramiento **CADUCARÁ** cuando vencido el plazo

se haya celebrado junta general o

haya transcurrido el plazo legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior.

NO ANTES (vencido el plazo para el que fueron designados)

**(223)** Los administradores podrán ser **SEPARADOS** de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día.

**En la SL** *(por tanto no en la SA, STS 30 diciembre 1992),* los estatutos podrán exigir una mayoría reforzada no superior a 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

(224) DOS supuestos especiales de cese para los administradores SA:

. Los **incursos en cualquiera de las prohibiciones legales** (a solicitud de cualquier accionista deberán ser inmediatamente destituidos, sin perjuicio además de su responsabilidad por conducta desleal).

. Los que tengan **intereses opuestos** a los de la sociedad (a solicitud de cualquier accionista por acuerdo de la junta general –parece que por mayoría, NO acuerdo obligado-).

RENUNCIA y cese POR FALLECIMIENTO (art 147 RRM). La renuncia debe constar por escrito notificado fehacientemente a la sociedad y con la firma legitimada notarialmente.

Si dimiten todos es precisa la convocatoria de JG para nombramiento de nuevos, para evitar así la paralización de la sociedad (RDGRN 22-6-94).

El cese por fallecimiento o declaración de fallecimiento requiere para su inscripción aportar la correspondiente certificación del Registro Civil.

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

DEBERES 225 y ss

Los administradores deberán desempeñar su cargo con la **diligencia de un ordenado empresario**, lo que implica actuar de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Recae sobre ellos un especial **deber de lealtad**, lo que le obliga –entre otros- a:

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 (salvo que le afecten en su condición de administrador ales como su designación o revocación)

Evitar situaciones de conflicto de interés. Por ejemplo, realizar transacciones con la sociedad (excepto operaciones ordinarias de escasa relevancia hechas en condiciones estándar).

Sólo en casos singulares la sociedad (una veces el resto de los administradores y otras necesariamente la junta) puede dispensar *una* operación concreta (o la obligación de no competir con la sociedad) a una de sus personas vinculadas (vg cónyuge o persona con análoga relación de afectividad) las prohibiciones dimanantes del deber de lealtad.

RESPONSABILIDAD 236 y ss

**Los administradores responderán frente a la sociedad**, frente a los **socios** y frente a los **acreedores** sociales, del daño que causen **por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos** o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo**, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa**.

. La culpabilidad se presume cuando el acto es contrario a la ley/estatutos.

. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la JG.

La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a:

Los administradores de hecho a saber la persona:

Que en la realidad del tráfico desempeña **sin título /** **título nulo o extinguido /** o con **otro título**, las funciones propias de administrador

Aquella **bajo cuyas instrucciones actúen** los administradores de la sociedad.

A la persona que tenga atribuidas facultades de alta dirección (directores generales, gerentes) si no existen consejeros delegados permanentes

A la persona física designada para ejercer el cargo por el administrador PJ (en este último caso será solidaria la responsabilidad de ambos).

(237) Su responsabilidad es **SOLIDARIA**, salvo los que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución prueben que

desconocían su existencia o

hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o al menos se opusieren expresamente a aquél.

Para hacer efectiva dicha responsabilidad podrá ejercitarse la **ACCIÓN SOCIAL Y LA INDIVIDUAL**, prescribiendo ambas a los 4 años.

\* La ACCION SOCIAL requiere un perjuicio a la sociedad, y corresponde a ésta previo acuerdo de la junta (a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día). El acuerdo de promover la acción o de transigir determina la destitución de los administradores afectados.

Subsidiariamente (en defecto de convocatoria/celebración/acuerdo de la JG, o pasado un 1 mes desde su adopción sin entablar demanda), el(los) socio(s) que posea(n) individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la JG.

**Por excepción**, dicho socio o socios podrán ejercitar **directamente** (sin necesidad de someterla previamente la decisión a la junta general) la acción social de responsabilidad **con fundamento en la infracción del deber de lealtad**.

De manera doblemente subsidiaria (cuando no haya sido ejercitada por la sociedad ni sus socios), los acreedores de la sociedad, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

\* Sin perjuicio de la acción social, los socios o terceros cuyos intereses se hayan lesionado directamente podrá ejercitar ACCIÓN INDIVIDUAL de indemnización

OTROS SUPUESTOS

**Art 367 LSC** (no convocatoria de la JG en caso de haber incurrido en causa de disolución)

Responsabilidad concursal de los administradores (concurso culpable).

El CP de 1995 recoge en los arts. 290 y ss (“De los delitos societarios”) una serie de conductas imputables a los administradores.

**ADQUISICIÓN, ENAJENACIÓN, Y APORTACIÓN DE ACTIVOS ESEN­CIALES**

Con la entrada en vigor de la Ley para la mejora del gobierno corporativo de 3-Diciembre-2014 ha dejado de ser competencia de los administradores (ha pasado a ser competencia de la JG) la *adquisición/enajenación/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*

Doctrina de la RDGRN 26 de junio de 2015:

El contenido del art 234.2 LSC resulta aplicable “por analogía” al supuesto del art. 160.f LSC (la sociedad, en caso de incumplimiento del citado art. 160-f, queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave).

No es necesario (no es defecto que impida la inscripción) que el administrador manifieste expresamente que el activo objeto del negocio no es esencial.

Pero sí conveniente: tal manifestación mejora la posición de la contraparte (a efectos de valorar su buena fe y no culpa grave).

El registrador podrá cali­ficar el carácter esencial del activo en casos manifiestos (vg activo notoriamente imprescindi­ble para el desarrollo del objeto social resultante del propio título o de los asientos registrales).