**TEMA 18:** **LA REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPI­TAL. FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. EL GERENTE**

**LA REPRESENTACIÓN DE 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… y

Externa (la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él… en la forma determinada por los Estatutos, art 233). Supone la posibilidad de vincular a la sociedad frente a terceros.

Tratándose de PJ, puede realizarse mediante un órgano o mediante apoderados voluntarios.

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA**

Cabe destacar:

Como señala la DGRN el nombramiento de representantes voluntarios corresponde a los administradores (está **fuera de la competencia de la JG** -la Junta NO puede otorgar un poder-). Se rige por las reglas de la representación mercantil.

Referir la posibilidad de apoderamiento electrónico conforme al artículo 41 de la Ley de 27 de septiembre de 2013 (sólo en el ámbito “admtvo” a que dicho artículo parece referirse).

2º La DGRN admite la concurrencia en una sola persona de ambos tipos de representación y así:

Permite que dos administradores mancomunados se nombren recíprocamente apoderados solidarios de la misma sociedad con facultades determinadas (RDGRN 12 septiembre 94).

Pero rechaza la posibilidad de que el administrador único se autonombre apoderado (RDGRN 27 febrero 2003).

**RPTON ORGÁNICA** (mediante ORGANO DE ADMON)

Art 233 En la SC la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos.

La atribución del poder de representación se rige por las siguientes reglas:

En caso de administrador único, el PR corresponderá necesariamente a éste.

En caso de varios administradores solidarios, el PR 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.

En la SL pueden ser 2 o más los administradores mancomunados (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)

En caso de consejo de administración, el PR corresponde al propio consejo (mínimo, tres miembros / máximo en la SL, doce; sin numero máximo en la SA), 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.

**FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES**

Conforme al art **9 Directiva 68/151 CEE**, de 9 de marzo de 1968 (en la actualidad Directiva de 16 de septiembre de 2009), inspirado en la Prokuragermánica,

234 **Ámbito del poder de representación**

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

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

La RDGRN 26 de junio de 2015 aplica este artículo 234 LSC “por analogía” al supuesto del art. 160.f LSC.

El art. 234.1 atribuye **contenido legal típico e inderogable** al poder de representación de los administradores. Para evitar malentendidos, ex art **124 RRM**: *“No podrán inscribirse en el RM las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos”*.

**CLÁUSULAS ESTATUTARIAS SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN.** La doctrina distingue si tales cláusulas amplían o limitan tal poder.

AMPLIACIÓN La doctrina las rechaza (supondrían un cambio encubierto del objeto, que imposibilitaría ejercer el derecho de separación reconocido en el art 346).

LIMITACIÓN Admisibles, pero solo con eficacia interna.

La expresión actos “comprendidos en el objeto social” abarca también a los denominados **actos neutros** (polivalentes, vg. fianzas), no a los actos claramente contrarios al objeto social (sólo para estos el administrador carece de facultades).

Se ha planteado la cuestión de cuál ha de ser la postura de notarios/registradores ante actos realizados por los administradores que supongan una posible extralimitación de sus competencias:

- AVILA NAVARRO y GARCÍA-GARCÍA admiten su control en esta materia, al tratarse de actos potencialmente sujetos a impugnación.

- La mayoría estima que esta materia queda fuera del ámbito notarial (a salvo la oportuna advertencia) y registral (control judicial, previa acción de impugnación). A este criterio se aproxima la DGRN, que advierte sobre la dificultad de determinar a priori cuando un acto es contrario o excede al objeto social.

**EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN** 242 y ss

COMPOSICIÓN

Formado por un mínimo de tres miembros (en la SA “tria faciunt collegium” –no se admiten 3 administradores mancomunados-).

Los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo (no superior a 12 en la SL) y el mínimo (correspondiendo en este caso a la JG la determinación de su número concreto).

Dos especialidades SOLO PARA LA SA (no se admiten para la SL, art. 191 RRM)

(243) Sistema de nombramiento proporcional

En la SA las acciones que voluntariamente se agrupen (hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a dividirlo por el número de componentes del consejo), tendrán derecho a designar los que superando fracciones enteras se deduzcan de la correspondiente proporción. Las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.

El RD 17 Mayo 1991desarrolla este sistema (vg. la agrupación será notificada al Consejo por lo menos cinco días antes de la fecha prevista para la reunión, en primera convocatoria, de la Junta)

¿Puede la Junta General separar al administrador nombrado por la minoría?

La DG 14 Diciembre 2004 estimó que sí (caso de que estar previsto suplente la vacante podría ser provista por cooptación hasta la siguiente JG, en que la minoría podría volver a ejercitar su derecho).

Además, nada impide que la JG altere la estructura del órgano de administración (pasando del Consejo a un Administrador único), lo que d*e facto* supone la eliminación de este derecho de minoría.

(244) Cooptación. En la SA si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general.

La DGRN, dado el carácter especial (y excepcional) de este sistema, aboga por su interpretación estricta: no considera válida la designación de administradores por cooptación cuando

el número de consejeros que quedan con cargo vigente y que realiza la elección no llega a la mitad más uno.

se haya designado un suplente para el caso de renuncia o separación del administrador inicialmente nombrado

**ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO**

(245) La LSC la encomienda a tres clases de regulación:

Legal

El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre.

Estatutaria (obligatoria para la SL, meramente potestativa para la SA)

En la SL los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender en todo caso las reglas de convocatoria y constitución del órgano / el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría.

Autorregulación del propio Consejo (esto último solo para las SA)

En la SA cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros.

(246) CONVOCATORIA

Quien

La reunión del Consejo deberá ser convocada por *“el presidente o el que haga sus veces”.*

La DGRN aclara que la legitimación del Vicepresidente es de carácter subsidiario (limitada a los casos en que el Presidente se hallara impedido de forma efectiva).

Pero si un tercio de sus miembros solicitan su convocatoria al Presidente, señalando el orden del día, y éste no lo convoca en el plazo de un mes, podrán convocarlo ellos.

Forma A diferencia de lo que ocurre con la JG, la LSC no impone requisito formal (orden del día) o temporal alguno. En consecuencia, habrá que estar a los Estatutos y (solo en la SA, cuando los estatutos no dispusieran otra cosa) a la propia autorregulación del Consejo, aunque cabe el consejo “universal”.

(247) CONSTITUCIÓN Quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados (la representación solo puede tener lugar a favor de otro consejero, art 97.1.4º RRM))

(SL) el número de consejeros previsto en los estatutos (mínimo, la mayoría de los vocales).

(SA) la mayoría de los vocales.

(248) ADOPCIÓN DE ACUERDOS

En esta materia la LSC solo establece normas para las SA (en la SL hay que estar a sus Estatutos).

En la SA los acuerdos del consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (se admite la votación por escrito y sin sesión sólo cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento).

Los estatutos pueden reforzar esta mayoría aunque sin llegar a la unanimidad. La DGRN admite el pacto estatutario que concede voto de calidad al Presidente (a diferencia de lo que sucede en la JG).

**LA DELEGACIÓN DE FACULTADES** 249 y 249 bis

***Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario*** y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, ***el consejo de administración podrá designar*** de entre sus miembros a ***uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas***, ***estableciendo el contenido/límites*** y las modalidades de delegación.

¿El ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el art. 234 LSC?

Así lo afirma el art. 149.3 RRM (en contra aparentemente la dicción literal del art. 249 LSC*)*.

La práctica notarial/registral y la RDGRN **26 noviembre 2003** considera que sólo en el caso de consejero delegado con facultades globales (“todas las facultades delegables”) su poder será típico (se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social).

La delegación nunca priva al Consejo de sus facultades, que las mantiene con carácter concurrente.

La **delegación permanente** de alguna facultad del consejo y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos **requiere**n para su validez el voto favorable de las **2/3 partes** de los componentes del consejo **y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el RM**.

Las delegaciones temporales exigen simple acuerdo mayoritario.

La DGRN ha admitido la cláusula estatutaria que exija acuerdo de la JG para decidir sobre una delegación permanente (acuerdo que en todo caso deberá ser ejecutado por el Consejo de Administración).

Claro ejemplo de **inscripción constitutiva** en nuestro ordenamiento. **Si bien**, inscrita la delegación, **sus efectos** en relación a los actos otorgados desde la fecha del nombramiento **se retrotraerán** al momento de su celebración (art. 152 RRM)

Título inscribible de la delegación es la Escritura Pública (art. 149 RRM) y no podrá practicarse en tanto no conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos.

En cambio, la aceptación de la delegación y la renuncia de los delegados puede tambien inscribirse mediante simple escrito con firma notarialmente legitimada.

Cuando un miembro del consejo sea nombrado consejero delegado O SE LE ATRIBUYAN **FUNCIONES EJECUTIVAS** EN VIRTUD DE OTRO TÍTULO será necesario que se celebre un **contrato** entre este y la sociedad a aprobar por el consejo de administración con el voto favorable de las **2/3** partes de sus miembros.

El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación

El contrato, que deberá incorporarse como anejo al acta,

incluirá detalle de retribuciones (vg. eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones ejecutivas); no pudiendo percibirse retribución alguna en él no prevista por el desempeño de tales funciones ejecutivas.

deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada en su caso por la JG

(249 bis) Listado de **facultades indelegables** por el Consejo, como

su propia organización y funcionamiento

la formulación de cuentas anuales

el nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad

la convocatoria de la JG

Las facultades que la JG le hubiera delegado (salvo expresamente autorización por ella para subdelegarlas).

**EL GERENTE**

**℘ En la LSC**:

. Art 181 (los estatutos pueden autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas interesadas en la buena marcha de los asuntos sociales)

. Art 282 (cierre registral por incumplimiento por el órgano de administración de la obligación del depósito de cuentas: Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, *gerentes, directores generales* o liquidadores…)

. También hay alguna referencia a los directores-generales/“directores” -asimilados a administradores- en el sistema dual de admon

. Los arts. 246.3 (administrador de hecho), 246.4 (personal de alta dirección) y 249 LSC (Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o *se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título*…).

Esta figura tiene una **consideración distinta según que esté prevista** (presupuesta su admisión, sería un órgano colegiado de administración, bajo el nombre de Director-Gerente o Director General, aplicándosele las disposiciones relativas a los administradores, STS 10 X 1998) **o no** (simple apoderado) **en los Estatutos** de la sociedad.

**℘ En el Cco.**

Al tratar del factor (verdadero alter ego del empresario, apoderado general de la empresa), define a

Art 283 Cco El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario *(tendrá el concepto legal de factor)*

Aunque más bien pensado para el gerente de un empresario PF, el artículo resulta aplicable también al gerente de un empresario de una SC (nominado también como director-general / director-gerente / alto ejecutivo) como reconoce la jurisprudencia, ante la insuficiencia de su regulación en la LSC, a saber:

\* Podría llegar a ostentar la consideración de **ADMINISTRADOR DE HECHO** (si desempeña funciones propias de administrador).

**236**.3 LSC La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho, teniendo tal consideración 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.

\* El art. **249.3** LSC admite que el cargo de gerente recaiga en un miembro del consejo de administración al que *“se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título”* (distinto al de consejero-delegado).

Y el art. **249.4** LSC añade:

No existiendo consejeros delegados permanentes, todas las disposiciones sobre deberes/responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona con facultades de más alta dirección de la sociedad (sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella).

En esos “otros títulos” y “facultades de más alta dirección” cabe incluir la relación laboral de alta dirección, que es de carácter especial del art. 2 ET (desarrollada por el RD 1382/ 1985)

De la contraposición que hace el Cco entre el gerente (factor, apoderado general) y los apoderados singulares (“dependientes”) deduce SANCHEZ CALERO que estamos ante un poder:

TIPICO (como en el caso del factor notorio, art 286), que abarca funciones de administración y contratación en nombre de la empresa dentro de la actividad que constituye su objeto

Si se le imponen limitaciones que lo impidan, no tendría ya la consideración de factor o gerente.

Que el art. 286 Cco diga que el poder podrá contener *“más o menos facultades” hace* referencia a más o menos facultades por encima de las imprescindibles para realizar su cometido.

INDEROGABLE (frente a tercero de buena fe).

Como tal poder (general) de una sociedad habrá de inscribirse en el RM (art 94.5 RRM) y a tal fin otorgarse en escritura pública (art. 5 RRM).

Destacar que el poder general otorgado al gerente no puede contener la facultad de autocontratación (conflicto de intereses, RDGRN 28 abril 2015): dado que los administradores carecen de esa facultad no pueden conferirla; solo la Junta General puede autorizar el otorgamiento de un poder general conteniendo dicha facultad.