

## **TEMA 19. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD**

### **I. FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La junta general de accionistas es por su propia naturaleza un órgano cambiante (en la medida en que las acciones son, por esencia, transmisibles), no permanente (sólo se reúne esporádicamente) y por tanto no idóneo para administrar y controlar la gestión de la empresa. Por ello, la LSC exige que además de la JGA exista un órgano de administración, con el objeto de administrar el patrimonio de la Sociedad y determinar la política empresarial que ésta ha de seguir. Este órgano puede estar constituido por un consejo o por uno o varios administradores individuales. En las sociedades cotizadas, la estructura adoptada es invariablemente la de consejo.

El órgano de administración ejerce pues tres tipos de competencias: gobierno, gestión y representación. El gobierno de la sociedad conlleva funciones de naturaleza estratégica y de control de la gestión ordinaria. Son tareas típicas de gobierno:

- La designación y destitución de los altos directivos, unidos a la sociedad por contratos laborales de alta dirección y que pueden o no ser miembros del consejo.
- La aprobación de los planes estratégicos de la sociedad y de las operaciones más relevantes (p.e. grandes adquisiciones o enajenaciones, fusiones, etc.).
- La valoración periódica de la gestión realizada por los directivos, y el control contable y de legalidad de esta gestión, incluyendo la formulación de las cuentas anuales.

Los directivos, designados por el órgano de gobierno, ejercen las funciones de gestión, administran el patrimonio de la sociedad, toman todas las decisiones que conforman la gestión ordinaria de la empresa, en cumplimiento de los planes estratégicos en vigor. Los directivos, en virtud de los poderes que ostentan por habérselos otorgado el órgano de administración, representan a la sociedad en todos sus actos y contratos con terceros.

Es frecuente que el principal directivo ocupe también la presidencia del consejo (“Presidente ejecutivo”). En estos casos, el consejo tiene que asumir conjuntamente las funciones de gobierno, gestión y representación, lo que plantea al menos dos problemas:

- La función de gobierno incluye la valoración y vigilancia de la actuación de los directivos; en la medida en que estos forman parte del órgano, éste deviene juez y parte; por ello es frecuente crear una o varias comisiones dentro del propio consejo, de la que no forma parte ningún directivo, a las que se les encomiendan éstas tareas; en las sociedades cotizadas españolas, es obligatorio que exista un comité de auditoría (DA 19ª LMV) y se recomienda que exista otra para proponer nombramientos de directivos y sus retribuciones.
- El Consejo no tiene ni la capacidad ni los conocimientos para asumir la gestión día a día de la empresa; este problema se soluciona delegando las facultades de gestión a una comisión del propio consejo integrada por consejeros directivos (“Comisión delegada”) o al propio primer ejecutivo (“presidente ejecutivo con delegación de facultades”).

## (A) LOS PRINCIPIOS DE “BUEN GOBIERNO”.

Uno de los grandes temas de la actualidad jurídica es el del “buen gobierno” de las sociedades - es decir, la estructura jurídica y empresarial que más coadyuve a una gestión generadora de riqueza y al mismo tiempo prudente.

En esta materia, la legislación española ha seguido cauces innovadores. El gobierno creó una Comisión Especial presidida por el Profesor Olivencia, que en 1998 redactó un informe y una serie de recomendaciones sobre el buen gobierno de las sociedades cotizadas (el denominado “Código de Buen Gobierno” o “Código Olivencia”, que contiene 23 recomendaciones). A raíz de los escándalos financieros que estaban ocurriendo en diferentes países (Enron, WorldCom, Vivendi...) el gobierno creó una segunda Comisión (la denominada Comisión Aldama), que presentó sus conclusiones en el año 2002. Sus principales recomendaciones fueron las siguientes:

- Ratificación del principio “cumplir o explicar”: la estructura de gobierno de las sociedades cotizadas debe ser objeto de autorregulación por las propias empresas, a través de Reglamentos del Consejo y de la Junta; el legislador únicamente debe facilitar un código de recomendaciones, y obligar a las empresas a que públicamente justifiquen si cumplen con las recomendaciones o que explique por qué no cumplen.

- Ámbito de la legislación: la legislación debe centrarse en exigir que las empresas informen sobre sus prácticas de buen gobierno y a exigir responsabilidad a los administradores en los casos en que actúen negligente o deslealmente. El gobierno hizo suyas las propuestas de la Comisión Aldama, y en consecuencia (i) promulgó una ley, conocida como Ley de Transparencia - Ley 26/2003 de 17 de julio – que reformó la LSA y LMV, ampliando la responsabilidad de los administradores en todas las SA (art. 127 ter LSA) y obligando a que toda SA cotizada publique anualmente un Informe de Gobierno Corporativo (art. 116 LMV), y (ii) encargó a la CNMV que pusiera al día el “Código de Buen Gobierno” para las sociedades cotizadas, en el que se recojan una serie de prácticas y recomendaciones. Las sociedades cotizadas no tienen necesariamente que seguir este Código, pero si no lo hacen deben justificarlo en su Informe anual de Gobierno Corporativo [regulado en el art. 116 LMV].

El Código de recomendaciones de la CNMV fue promulgado a mediados del año 2005, siendo el Presidente de la Comisión entonces D. Manuel Conthe, y de ahí que este código haya pasado al acervo popular como “Código Conthe”. Es necesario señalar que desde el inicio el texto propuesto por la CNMV no ha estado exento de críticas, especialmente por su carácter intervencionista y enfoque político (políticamente correcto) del gobierno corporativo más que económico o jurídico. En el año 2013 se realizó una “actualización”, y el actualmente vigente, se presentó en 2014, conocido –en atención a la entonces presidenta de la CNMV- como *Código Rodríguez*, y el actualmente vigente es de Junio de 2020.

Así mismo, y como hemos anticipado, esta materia experimentó una profunda reforma con la aprobación de la Ley 31/2014, de reforma de la LSC, para la mejora del Gobierno Corporativo, que incide en prácticamente todos los puntos de este tema.

## **(B) LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LSC.**

Centrándonos en la normativa legal, la LSC se decanta claramente por el sistema monista: en nuestro derecho no cabe, ni aún por vía estatutaria, una estructura dualista de tipo germánico. Es más, la ley no exige que exista consejo de administración, permitiendo que la administración se encomiende a uno o varios administradores.

La LSC dedica su Título VI (“La administración de la sociedad”) a esta cuestión, empezando por los administradores en general (arts. 212 y ss. LSC) y dedicando el Capítulo VI (arts. 242 y ss. LSC) al consejo de administración. El RRM por su parte regula en el art. 124 las formas que puede adoptar el órgano de administración y en los arts. 138 a 152 establece diferentes reglas para la inscripción en el RM de los acuerdos sociales relativos a los administradores.

De acuerdo con el art. 124 RRM los estatutos de la S.A. deben definir la estructura del órgano de administración, decantándose por una de las siguientes fórmulas:

- (a) Administrador único.
- (b) Varios administradores (es decir, dos, tres o más - no hay límite) que actúen individualmente (administradores solidarios).
- (c) Dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados).
- (d) Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros).

El artículo 124 RRM tiene el carácter de norma imperativa y constituye un “*numerus clausus*”. El órgano de administración de la S.A. debe configurarse necesariamente bajo alguna de las fórmulas contenidas en dicho artículo.

1) Función de gobierno: sea cual sea la estructura elegida, el órgano de administración debe asumir las funciones de gobierno, gestión y representación. La ley española no menciona explícitamente las funciones de gobierno, centrándose únicamente en las de gestión y representación. Eso no quiere decir que los administradores no deban desempeñar funciones de gobierno: éstas surgen implícitamente del deber de diligencia que establece el art. 225 LSC (verlo).

2) Función de representación: la representación de la S.A., en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores (arts. 209 y 223 LSC). La atribución de la representación de la SA a los administradores tiene las siguientes características:

(i) Es una atribución de origen legal (la LSC) no voluntario ni contractual (como, p. ej. un apoderamiento), que no puede ser modificada ni por los estatutos ni por acuerdo de la junta. La atribución legal de la representación de la S.A. a los administradores es, no obstante, compatible con apoderamientos de carácter especial o general concedidos por los propios administradores en favor de otras personas (p. ej. en favor de los directores generales). En la práctica, esta es la solución unánimemente seguida: los administradores ejercen la representación de la S.A., pero para facilitar la gestión empresarial, otorgan poderes en favor de empleados y directivos.

(ii) Es una atribución exclusiva: sólo al órgano de administración corresponde la representación de la S.A. La JGA no tiene facultades de representación ni siquiera en el ámbito propio de sus competencias (de ahí que, p. ej., la JGA no puede nombrar apoderados (RDGRN 28.02.91)).

3) Funciones de gestión: la Ley encomienda la gestión ordinaria de la empresa a los administradores, al disponer que el ámbito de la representación se extienda necesariamente a todos los actos comprendidos en el objeto social [ver art. 117.2 RRM]. El objeto social comprende no sólo aquellas materias expresamente incluidas en él, sino que también se extiende a aquellos actos considerados neutros, auxiliares o necesarios (esto es, aquéllos que indirectamente coadyuvan a la consecución del objeto social; p. ej. la concesión de préstamos para financiar las actividades de la S.A.). Los actos no incluidos dentro del objeto social o respecto de los cuales no pueda predicarse su carácter neutral, no podrán llevarse a cabo por los administradores sin el previo acuerdo de la junta o una expresa atribución estatutaria.

Nótese que es posible limitar (en los estatutos o por acuerdo de la JGA) las facultades representativas de los administradores e incluso inscribir dichas limitaciones en el RM [art. 234 LSC] (p. ej. exigiendo el previo acuerdo de la junta para que los administradores puedan válidamente concertar determinadas operaciones que por su cuantía se consideran de especial trascendencia para la S.A.).

¿Quid si los administradores no respetan dichas limitaciones? Las limitaciones al ámbito de la representación atribuido a los administradores son ineficaces frente a terceros [art. 234.1 LSC *in fine*] y, por tanto, son válidos los actos realizados por los administradores contraviniendo dichas limitaciones (siempre que el tercero haya obrado de buena fe y sin culpa grave - art. 234.2 LSC). Sin embargo, desde el punto de vista interno, la contravención de las limitaciones puede dar lugar, en su caso, a la impugnación del correspondiente acuerdo del órgano de administración o al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

## II. LOS ADMINISTRADORES.

Nombramiento: debemos distinguir entre administradores fundacionales y posteriores. Los administradores fundacionales son elegidos por los fundadores en el acto constitutivo (o por la junta constituyente en caso de fundación sucesiva). Los administradores posteriores deben ser elegidos por la JGA [arts. 211 y 214 LSC]; siendo esta facultad no delegable (RDGRN 5.11.56) (sin embargo, en el caso del consejo de administración las vacantes se pueden cooptar provisionalmente). Si los estatutos no fijan el número de administradores - supuesto de administradores solidarios o de consejo - la facultad de fijarlo también corresponde a la JGA.

Para que el nombramiento sea válido es imprescindible que el administrador lo acepte [art. 215.1 LSC] bien en la propia junta, bien en un momento posterior. La fecha de aceptación no puede, por tanto, ser anterior a la del nombramiento (art. 141.2 RRM).

El administrador nombrado que ha aceptado su cargo debe ser inscrito en el RM en un plazo de 10 días. Pero la inscripción no tiene carácter constitutivo, surtiendo el

nombramiento efectos plenos frente a la sociedad desde su aceptación [art. 214.3 LSC]. No obstante, los efectos frente a terceros del nombramiento y aceptación del administrador quedan, como es lógico, supeditados a la inscripción en el RM (principio de publicidad material del RM).

Capacidad, prohibiciones e incompatibilidades: cualquier persona física o jurídica puede, por regla general, ser administrador de una S.A. En el caso de que el administrador sea una persona jurídica es imprescindible que designe a una persona física para que ejerza las funciones propias del cargo [art. 143 RRM]. Salvo que los estatutos establezcan lo contrario, no es necesario ser accionista para poder ser administrador de una SA [art. 212.2 LSC].

Duración: el cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). El artículo 221 LSC establece que los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder los seis años. Podrán no obstante ser reelegidos una o más veces (incluso indefinidamente), por períodos de igual duración máxima.

Cese: el administrador puede ser cesado libremente (principio de libre revocabilidad). El artículo 223 LSC establece que la separación puede ser acordada en cualquier momento por la JGA. Del principio de libre revocabilidad y de dicho artículo se derivan las siguientes consecuencias:

- El cese del administrador no tiene por qué responder a una justa causa (revocación “*ad nutum*”) (STS. 23.2.67), ni devengar indemnización alguna en favor del administrador cesado.
- El cese del administrador puede ser acordado en cualquier momento por la junta sin que deba constar por tanto en el orden del día.
- Los estatutos de la S.A. no pueden someter a ninguna condición el cese de los administradores (por ej. estableciendo que sólo se puede cesar a los administradores que lleven un período mínimo de tiempo en el cargo) (STS 31.3.57).
- Los estatutos de la S.A. tampoco pueden exigir quórum de asistencia o mayorías reforzadas a la junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores (RDGRN 23.07.92).

La revocación de los administradores por la junta es válida desde que se adopta el correspondiente acuerdo, aún cuando, como el nombramiento, sólo surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el RM.

Retribución: el cargo de administradores es, en principio, gratuito. No obstante, los estatutos pueden fijar una remuneración para los administradores [art. 217 LSC]. La retribución prevista en los estatutos puede ser de cualquier tipo (sueldo, dieta por cada reunión, participación en ventas, etc.) y por regla general no está sujeta a limitación. La LSC únicamente establece limitaciones para:

- (a) el supuesto de que la retribución de los administradores consista en una participación en beneficios;

(b) el supuesto de que la retribución consista en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones. Este tipo de retribución (“*stock options*”) deberá preverse expresamente en los estatutos y su aplicación requerirá un acuerdo de la JGA. Dicho acuerdo deberá expresar el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución (art. 219 LSC, introducido –en la entonces vigente LSA- por la Ley 55/1999, con la finalidad de poner coto a ciertos excesos en sociedades cotizadas españolas).

### **III. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.**

#### **(A) COMPOSICIÓN.**

El consejo de administración es la forma más común de administración de la S.A. La gran ventaja del consejo radica en ser un órgano en el que pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes. Por otro lado, a través de la delegación de facultades en una o varias personas (consejeros delegados o comisiones ejecutivas) se puede lograr que uno o varios consejeros ostenten facultades de representación muy amplias, agilizando así el funcionamiento de la S.A.

Siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas es obligatorio que se establezca un consejo [art. 242 LSC].

(a) Representación proporcional de las minorías (art. 243 LSC): Es una de las especialidades de nuestro Derecho, que fue introducida por el Gobierno en la redacción final de la LSA de 1951 (lo que no deja de chocar, dado el carácter democrático de la norma y autocrático del Gobierno), y ahora incorpora la Ley de Sociedades de Capital.

(b) Posibilidad de cooptación (es decir, elección por el propio consejo) de las vacantes que se produzcan hasta la siguiente junta, pero sólo entre accionistas [art. 244 LSC]. (Nadie comprende por qué en la cooptación se exige la calidad de accionista, pero no así en la designación). En estos casos, el consejero elegido por cooptación tiene que ser ratificado por la primera junta general que se celebre.

La composición del Consejo es una cuestión de inmensa trascendencia en las sociedades cotizadas. En la práctica ocurre que los accionistas minoritarios no ejercitan el derecho de representación, ni participan para nada en la vida social y que la administración queda en mano de los llamados “consejeros internos”, es decir, consejeros que al mismo tiempo son directivos de la sociedad, y de “consejeros dominicales”, elegidos por los accionistas de control (cuyos intereses pueden no coincidir con los de los accionistas minoritarios). Para intentar paliar esta situación, el “Código de Buen Gobierno” recomienda a las sociedades cotizadas:

- que se integre en el Consejo un número “razonable” de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional, desvinculadas del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos (Recomendación 2ª);
- que en la composición del Consejo los consejeros dominicales e independientes constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos, y que la proporción entre dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto (Recomendación 3ª).

## **(B) CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO. FACULTADES Y DEBERES DEL CONSEJO.**

En esta materia rigen en principio las previsiones estatutarias y en lo no previsto por los estatutos el consejo puede darse la regulación que estime conveniente [art. 245.2 LSC]. Las sociedades cotizadas, además, deben aprobar un reglamento de régimen interno del consejo [art. 115 LMV] (principio de autorregulación del consejo). La LSC se limita a fijar determinados requisitos:

- El CdA debe designar necesariamente de entre sus miembros a su presidente [art. 245.2 LSC] y a un secretario [art. 250 LSC], que puede ser o no ser consejero. En la práctica es muy frecuente que también se designe uno o varios vicepresidentes y vicesecretarios.
- La convocatoria del CdA debe ser realizada por el presidente o vicepresidente [art. 248 LSC]. Cabe la celebración de consejo sin convocatoria por aplicación analógica del art. 178 LSC.
- El quórum exigido para la válida constitución del CdA es de la mitad más uno de sus componentes [art. 247.2 LSC]. Estatutariamente se puede elevar el quórum de asistencia.
- Las decisiones se toman por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión [art. 248.1 LSC].
- Procedimiento escrito [art. 248.2 LSC]: la ley permite que los acuerdos se adopten por escrito sin celebrar sesión siempre que ningún consejero se oponga a ello.
- Las discusiones y acuerdos del consejo se deben reflejar en un acta, redactada por el secretario y firmada por este con el Vº Bº del presidente [art. 250 LSC]. El acta se debe aprobar por el propio consejo bien al finalizar la sesión, o bien en la siguiente (lo que en la práctica es lo más frecuente). El sistema de aprobación por interventores, previsto para el acta de la junta, no es aplicable. Estas actas se deben incluir en el libro de actas que puede ser el mismo que contiene las actas de la junta u otro diferente [art. 106 RRM].

La constancia cara a terceros de los acuerdos adoptados se consigue mediante certificaciones en las que se transcribe parcial o totalmente el contenido de las actas. En algunos casos, las certificaciones se elevan a escritura pública para que tenga este rango documental y puedan, por ejemplo, tener acceso al RM los acuerdos de consejo. El procedimiento para expedir certificaciones y elevar a público los acuerdos es idéntico al previsto para las juntas [arts. 107 y ss. RRM].

### **(C) DELEGACIÓN DE FACULTADES. CONSEJEROS DELEGADOS Y COMISIONES EJECUTIVAS**

En la práctica es muy frecuente que el CdA delegue sus facultades [art. 249 LSC] en una o varias personas (p.ej. en el presidente, o en un consejero, al que se suele denominar consejero-delegado) o en una comisión ejecutiva; tal delegación así como la elección de los miembros que hayan de ocupar los cargos en la comisión, exige para su validez:

(i) el voto favorable de las 2/3 partes de los componentes del consejo cuando la delegación tenga carácter permanente y

(ii) la inscripción del acuerdo de delegación en el RM (nótese que en este caso, y excepcionalmente, la inscripción es constitutiva).

La revocación, en cambio, sólo necesita mayoría de los concurrentes.

La delegación se suele hacer utilizando la fórmula que se delegan a todos las facultades “salvo las indelegables” (¡por fin! clarificadas en el nuevo art. 249bis LSC). Entre éstas se encuentran (i) la formulación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social y (ii) las facultades conferidas por la JGA al Consejo (p.ej. la ejecución de un acuerdo de ampliación de capital), salvo que expresamente se hubiese autorizado la delegación.

Distinto a la delegación son los apoderamientos que puede conceder el CdA. Las principales diferencias entre ambas figuras son:

- El apoderamiento puede recaer sobre cualquier persona, mientras que la delegación debe recaer sobre uno o varios consejeros.

- Los apoderados no tienen carácter de órgano que sustituye al consejo ni tampoco son los representantes legales de la sociedad, mientras que los delegados sí lo son.

- Los apoderados tienen sus facultades limitadas por el ámbito de su poder. Los delegados poseen frente a terceros las mismas facultades que los Consejeros.

- El régimen de responsabilidad es diferente, ya que los delegados, al ser consejeros, están sujetos a la responsabilidad del art. 233 LSC, artículo que no es aplicable a los apoderados.

Las entidades emisoras de valores en bolsa deben obligatoriamente crear un Comité de Auditoría, designado por el Consejo, con una mayoría de consejeros externos, presidido por un consejero no ejecutivo, y cuya misión consiste al menos en supervisar el proceso de información financiera, los sistemas de control interno y proponer el nombramiento de los auditores de cuenta (DA 18ª LMV). La finalidad de este comité delegado del Consejo radica pues en garantizar la veracidad de la contabilidad, de las cuentas anuales y de la información financiera de las sociedades cotizadas o que emitan obligaciones u otros títulos en la bolsa.

### **(D) LOS ACUERDOS DEL CONSEJO. REGIMEN DE IMPUGNACIÓN.**

Los acuerdos del CdA que sean nulos o anulables pueden ser impugnados por los restantes administradores o por accionistas que representen más del 1% del capital social (la regulación anterior preveía un mínimo del 5%). Las causas de impugnación y la tramitación son idénticas a las establecidas para la impugnación de acuerdos de la JGA [art. 251 LSC]. Inexplicablemente, antes sólo los acuerdos del CdA podían ser impugnados, no los de los



administradores solidarios o mancomunados; ahora se extiende la facultad a cualquier órgano colegiado de administración, como es razonable.

La acción de impugnación tiene un plazo de caducidad de 30 días desde la adopción del acuerdo en el caso de que sea promovida por los administradores, y de treinta días desde que se tenga conocimiento del mismo, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción, en el caso de que fuese promovido por accionistas que representen el 1% o más del capital social.

#### **IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.**

Bajo la LSA de 1951 los administradores sólo respondían en caso de dolo o culpa grave; gozando pues injustificadamente de una situación de absoluto privilegio (compárese dicho régimen de responsabilidad con el régimen general del C.c. [art. 1.101]). El sistema de responsabilidad se endureció en la reforma de 1989, al suprimirse el requisito de que mediara culpa grave. La Ley de Transparencia del año 2003 y la ya citada Ley 31/2014 han vuelto a reforzar y ampliar la responsabilidad de los administradores.

En la actualidad esta materia está regulada en el Capítulo V (“La responsabilidad de los administradores”), arts. 236 a 241, del Título VII de la Ley de Sociedades de Capital.

Bajo este régimen, los administradores deben actuar con:

(a) Diligencia: la ley exige un estándar tradicional, el del “ordenado empresario” [art. 225 LSC]; este estándar implica que los administradores se informen diligentemente sobre la marcha social, nombren y destituyan a los directivos, supervisen su actividad y adopten decisiones razonables, que no sean contrarias ni a la ley ni a los estatutos.

Una de las grandes novedades de la Ley 31/2014 es el art. 226 LSC, que protege la discrecionalidad empresarial (importando la conocida *business judgement rule* anglosajona), cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

(b) Lealtad: 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; por tanto, deben adoptar las decisiones sociales en interés de la propia sociedad, no en interés de los accionistas que les hayan designado, ni en interés propio [art. 227 LSC]. Las obligaciones básicas derivadas de este deber de lealtad se detallan a continuación [art. 228 LSC], incluyéndose entre ellas el deber de secreto [art. 228.b) LSC], que hasta ahora se configuraba como uno de los grandes deberes de los administradores.

Así mismo, la Ley 31/2014 introduce un detallado régimen [art. 229 LSC] que obliga a los administradores a que comuniquen cualquier situación de conflicto entre su propio interés y el de la sociedad (p.e. que el administrador es socio de una sociedad que vende bienes a la S.A.). La sociedad tiene que informar de la existencia de este conflicto (en el Informe de Gobierno Corporativo, si cotiza, y en la memoria), y el administrador se tiene que

abstener de intervenir en las decisiones conflictivas. Así, por ejemplo, se prohíbe que el administrador revoque su condición de tal para realizar operaciones por cuenta propia o que se aproveche de oportunidades de negocio de las que haya tenido conocimiento a través de la S.A.

¿Quid si los administradores incumplen alguno de los deberes que la ley les impone? En este caso, la LSC prevé que los administradores responden del daño causado:

- frente a la propia sociedad, los accionistas y los acreedores;
- solidariamente [art. 237 LSC] entre sí (exceptuando aquellos administradores que se hubieran opuesto al acuerdo lesivo o desconocían su existencia);
- sin limitación cuantitativa alguna;
- incluso en el caso de que la junta hubiera autorizado o ratificado su actuación (ya que la junta es siempre irresponsable y por lo tanto su autorización o ratificación es irrelevante).

El régimen de responsabilidad de los administradores es de orden público y por tanto son nulos los pactos estatutarios que lo alteren o modifiquen, estableciéndose expresamente [art. 230 LSC] su carácter imperativo.

La responsabilidad de los administradores se tiene que reclamar a través de la correspondiente acción judicial. La LSC prevé dos supuestos totalmente diferentes: la acción individual y la acción social de responsabilidad.

(a) Acción individual: cualquier accionista o acreedor de la SA que haya sufrido daños puede iniciar sin más una acción ordinaria de reclamación de responsabilidad para exigir a los administradores que les indemnicen por los daños y perjuicios que les hayan sido causados directamente a ellos [art. 241 LSC].

(b) Acción social: su ratio es la indemnización a la propia S.A. (no a sus accionistas o terceros) por los daños y perjuicios que le puedan haber causado los administradores. Está regulada en el art. 238 LSC, y es sin duda la que tiene mayor trascendencia, porque la situación normal es que la negligencia o deslealtad de los administradores a quien dañe directamente es a la propia sociedad (y sólo indirectamente a los accionistas).

¿Cómo se ejercita la acción social de responsabilidad?

(i) Ejercicio de la acción social de responsabilidad por la propia sociedad: la acción social de responsabilidad por la propia sociedad requiere el previo acuerdo de la junta que puede tomarse en cualquier momento sin necesidad de que conste en el orden del día. Los estatutos de la SA no pueden establecer mayorías reforzadas para la adopción del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad (ni, según la doctrina mayoritaria, quórum reforzados de asistencia).

(ii) Ejercicio de la acción social de responsabilidad por los accionistas: los accionistas pueden en cualquier momento solicitar la convocatoria de la junta para entablar la acción de responsabilidad. Los accionistas que representen al menos un el 5% del capital social podrán

iniciar la acción de responsabilidad cuando los administradores no hubiesen convocado la junta a tal fin, cuando la sociedad no la iniciase dentro del mes siguiente a la fecha en la que se adoptó el correspondiente acuerdo por la junta o bien cuando éste hubiese sido contrario a exigir la responsabilidad.

(iii) Ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores: los acreedores sociales podrán iniciar la acción social de responsabilidad cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. (Nótese las similitudes entre los presupuestos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores y los de la acción subrogatoria contemplada en el art. 1.111 C.c.).

Además de la acción social de responsabilidad, la LSC tipifica otra serie de infracciones y sanciones que pueden imponerse a los administradores (p.ej., las relativas a la violación de las prohibiciones que afectan a la adquisición de acciones propias) así como otros supuestos de responsabilidad.

Por último, nos remitimos aquí a lo ya expuesto en un tema anterior, sobre las recientes reformas -en materia penal- sobre la responsabilidad de la empresa, los nuevos delitos societarios, y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*).

## V. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LA S.L.

(a) Estructura: El órgano de administración puede adoptar varias formas [art. 242 LSC, en parte también aplicable a la S.A., como ya hemos visto]:

(i) administrador único;

(ii) varios administradores solidarios;

(iii) varios (dos o más) administradores mancomunados, que daban actuar conjuntamente al menos dos de ellos, en el régimen que se establezca en los estatutos (en contraste, el régimen de S.A. sólo admite dos administradores mancomunados; si son más de dos deben actuar colegiadamente formando un Consejo de Administración y funcionando como tal); y

(iv) Consejo de Administración, que tendrá un mínimo de tres miembros y un máximo de 12 (límite máximo inexistente en la S.A.) [art. 242.2 LSC] y que podrá delegar sus facultades en una Comisión Ejecutiva o en uno o varios Consejeros Delegados (o en una Comisión Ejecutiva y en uno o varios Consejeros Delegados). En materia de delegación de facultades el régimen es el mismo que el de la S.A. [art. 249 LSC].

Los estatutos podrán prever distintas modalidades de órganos de administración alternativos (imposible en la S.A. como ha declarado la DGRN), dejando a la Junta General la decisión de pasar de uno a otro sistema sin necesidad de modificar los estatutos. Bastará un acuerdo de la Junta General, con la mayoría ordinaria (salvo que los propios estatutos hayan fijado, claro está, otra) y que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil.

(b) Nombramiento: Corresponde exclusivamente a la Junta General [art. 211 y 214.1 y 2 LSC]. No se permite en la S.L. el nombramiento por cooptación, ni se reconoce el derecho de representación proporcional. Por si hubiera dudas, ha venido a establecerlo expresamente el artículo 191 RRM.

Se pueden nombrar administradores suplentes, salvo que los estatutos excluyan esta posibilidad [art. 216 LSC] -como también en las S.A. según ha venido a reconocer expresamente el artículo 147 RRM. Con esa fórmula se palia de alguna manera el efecto perturbador de las vacantes que puedan producirse. Si se ha nombrado un suplente, puede aceptar el cargo y pasar a desempeñarlo sin tener que convocar una Junta de socios para cubrir el hueco.

(c) Duración: El nombramiento de administradores de una S.L. puede hacerse por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado –ojo, que este régimen sí presenta diferencias con respecto a la S.A.- [art. 221.1 LSC].

(d) Prohibición de competencia: Los administradores no pueden dedicarse al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la Junta General [arts. 230.1 y 2]. El acuerdo de autorización es de aquéllos que requieren el voto a favor de al menos la mitad del total de votos correspondientes a todo el capital social.

(e) Remuneración: El cargo es gratuito, salvo previsión contraria de los estatutos. De ser así, desde debe ser fijada para cada ejercicio por la Junta General [art. 217 LSC]. En la práctica es muy frecuente que la S.L. celebre un contrato laboral o de servicios con el administrador, para remunerarle por sus servicios como directivo. Este tipo de contrato es plenamente legal, pero exige acuerdo de la Junta [art. 220 LSC].

La LSC no establece ninguna limitación general para la remuneración de los administradores en las sociedades limitadas, únicamente si ésta se fija en base a una participación en beneficios (posibilidad poco frecuente en la práctica), no puede superar el 10% de los beneficios repartibles [art. 218.1 LSC].

(f) Separación: Se puede acordar en cualquier momento por la Junta General, aunque no conste en su orden del día (principio de revocabilidad *ad nutum*). Los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría superior a 2/3 de los votos existentes, correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social [art. 223 LSC]. Adviértase que es una limitación “inversa”: se fija el máximo que los estatutos pueden exigir para ese acuerdo. Se intenta así evitar que los administradores se “blinden”.

---

Para finalizar este tema es necesario hacer referencia a la propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Bruselas, 23 de febrero de 2022), que de aprobarse finalmente, obligará a una profunda reforma de los deberes de los administradores societarios.