

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital

El presente artículo tiene por objeto exponer las principales modificaciones que, previsiblemente, se introducirán en el régimen de las sociedades de capital una vez las Cortes Generales aprueben el proyecto de ley remitido por el Consejo de Ministros el pasado 23 de mayo de 2014 y que traslada las propuestas efectuadas por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo

Amendments to the Spanish Companies Law

This article summarizes the amendments expected to be made to the legal framework on Spanish companies once the Parliament approves the draft bill submitted by the Council of Ministers on 23 May 2014. The draft bill includes the proposals suggested by the Experts' Committee on Corporate Governance Matters.

INTRODUCCIÓN

El día 14 de octubre de 2013 se publicó el *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* elaborado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo) (la «Comisión de Expertos»).

Como se indica en la introducción del referido estudio, la creación de la Comisión de Expertos tenía por objeto la elaboración de un estudio en el que se analizase la situación del buen gobierno de las sociedades en España, así como la redacción de una propuesta consistente en aquellas medidas que permitieran mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las entidades españolas, todo ello con el objetivo de alcanzar el más alto nivel de cumplimiento de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

Para la consecución de este objetivo, la Comisión de Expertos realizó diversas propuestas normativas de reforma de la legislación societaria al efecto de que sirvieran de orientación a las necesarias modificaciones que debían introducirse en 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 (la «LSC») o de las normas que en un futuro la sustituyeran, incorporándose muchas de las recomendaciones actualmente recogidas en el Código Unificado de Buen Gobierno, aprobado por

la Comisión Nacional del Mercado de Valores (la «CNMV») con fecha 22 de mayo de 2006 y revisado en el mes de junio de 2013 (el «CUBG»).

La Comisión de Expertos consideró que numerosos aspectos de la vida societaria deben dejarse dentro del ámbito de autorregulación de las sociedades y, por tanto, no realizaron propuestas de modificación de la LSC, sino que serán objeto, en su caso, de las nuevas recomendaciones de buen gobierno que está previsto se propongan en sustitución de las previstas actualmente en el CUBG.

Siguiendo las propuestas de la Comisión de Expertos, la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera publicó con fecha 16 de diciembre de 2013 el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, que ha estado sometido a audiencia pública hasta el 15 de enero de 2014 y que, con ligeras modificaciones, ha sido aprobado y remitido a las Cortes Generales, como Proyecto de Ley, por el Consejo de Ministros el pasado 23 de mayo (el «Proyecto de Ley»).

De acuerdo con la disposición transitoria única del Proyecto de Ley, las modificaciones que se introduzcan a la LSC entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2015, por lo que la promulgación de la correspondiente ley debería producirse antes de que finalice este año.

A continuación analizaremos los cambios finalmente propuestos en el Proyecto de Ley, y los clasificare-

mos dentro de las siguientes tres categorías para facilitar su exposición: (i) Junta General, (ii) Consejo de Administración y (iii) otras cuestiones relevantes.

JUNTA GENERAL (LA «JG»)

Competencias

En primer lugar, se extiende a todas las sociedades de capital (no únicamente a las sociedades limitadas como se prevé actualmente) la posibilidad de que la JG imparta instrucciones al órgano de administración sobre asuntos de gestión, siempre y cuando los Estatutos Sociales (los «EE. SS.») no limiten esa posibilidad.

En este sentido, hay que destacar que las modificaciones propuestas por la Comisión de Expertos en materia de JG pretenden que este órgano social intervenga de forma efectiva en la actividad social y se logre, de esta forma, una mayor participación de los accionistas en las compañías. En concreto, según la Comisión de Expertos, la facultad de la JG de instruir al órgano de administración sobre asuntos de gestión puede facilitar la disminución de los casos en que se den conflictos de agencia entre accionistas y los ejecutivos de la compañía.

A tal efecto, se introduce una nueva competencia específica de la JG de toda sociedad de capital relativa a la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales —presumiéndose el carácter esencial cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos del último balance aprobado— (art. 160.f) LSC).

En segundo lugar, en relación con las sociedades cotizadas, el Proyecto de Ley incorpora un nuevo artículo 511 *bis* a la LSC en el que se recogen una serie de materias cuyo conocimiento se reserva a la competencia de la JG; en particular, se establecen las siguientes: (i) transferencia de actividades esenciales desarrolladas por la sociedad a entidades dependientes —entendiéndose por actividades o activos operativos esenciales cuando el volumen de la operación supere el 25% del total de activos del balance—; (ii) las operaciones equivalentes a la liquidación; y (iii) la política de remuneraciones de consejeros.

Régimen de funcionamiento

Respecto al régimen de funcionamiento de la JG, resulta necesario comentar las siguientes novedades introducidas por el Proyecto de Ley.

— Derecho de asistencia

En sede de sociedades cotizadas, y en relación con el derecho de asistencia a la JG de sus accionistas, se prevé la inclusión de un nuevo artículo 521 *bis* en la LSC en virtud del cual los EE. SS. no podrán fijar un mínimo de acciones necesarias para poder ejercer dicho derecho de asistencia superior a las 1000.

Como aclara la Comisión de Expertos en su estudio, actualmente le es de aplicación a las sociedades cotizadas el límite previsto en el artículo 179.2 LSC, que prohíbe que se pueda exigir la titularidad de un número de acciones que represente más del uno por mil del capital social para poder asistir a la JG, límite que la Comisión de Expertos considera excesivo para las sociedades cotizadas.

No obstante, y aun cuando la Comisión de Expertos entiende que la fijación de un umbral máximo de 1000 acciones *no constituye una barrera para el ejercicio del derecho de asistencia*, plantea la incertidumbre relativa a que dicho umbral, al haberse establecido de forma cuantitativa, no tendrá en cuenta el valor nominal y, por tanto, el precio de cotización de las acciones, por lo que el impacto de esta exigencia variará entre las compañías en función del precio de sus acciones.

— Votaciones

En este punto, se incorporan principalmente dos novedades relevantes.

En primer lugar, se incluye un nuevo artículo 197 *bis* en la LSC para prever expresamente la votación separada de ciertas propuestas de acuerdo que se presenten a la JG. En particular, se establece que deberán ser objeto de votación separada el nombramiento, ratificación, reelección o separación de administradores, así como las modificaciones estatutarias en relación con cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.

En segundo lugar, se propone la modificación del régimen actual de los conflictos de interés, extendiendo a las sociedades anónimas el régimen previsto para las limitadas en el actual artículo 190 LSC.

No obstante lo anterior, siguiendo la propuesta de la Comisión de Expertos, el Proyecto de Ley agrupa las situaciones de potencial conflicto de interés en dos grupos:

Por una parte, se establece una prohibición de ejercicio por parte del socio o accionista a su derecho de voto en la JG en los casos más graves de conflicto, previéndose como tales (i) la autorización para la

transmisión de acciones o participaciones sujetas a restricción; (ii) la exclusión de la sociedad; (iii) la liberación de una obligación o la concesión de un derecho; (iv) la facilitación de cualquier tipo de asistencia financiera; y (v) la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad del administrador.

Por otra, al margen de los supuestos referidos en el párrafo anterior, el socio o accionista no se verá privado de su derecho de voto, si bien cuando dicho voto hubiera sido decisivo, en caso de impugnación la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo con el interés social corresponderá a la sociedad y al socio o accionista afectado por el conflicto, exceptuándose en todo caso de esta regla los acuerdos en los que el conflicto se derive de la posición del socio o accionista en la sociedad (esto es, cuando *el conflicto de interés no sea transaccional, sino meramente posicional*, según los términos utilizados por la Comisión de Expertos).

Finalmente, el Proyecto de Ley simplifica la redacción actual del artículo 524 LSC, relativo a la delegación de la representación y ejercicio del voto por parte de entidades intermediarias, mediante la eliminación de las obligaciones de información que actualmente se prevén en el referido artículo.

— Adopción de acuerdos

En relación con las mayorías exigidas para la adopción de los acuerdos en el seno de la JG, el Proyecto de Ley prevé la modificación del actual artículo 201 LSC a los efectos de aclarar que los acuerdos se entenderán aprobados cuando se obtengan más votos a favor que en contra del capital presente o representado, esto es, por mayoría simple de los votos, sin tener en cuenta los votos en blanco y las abstenciones que pudieran existir.

En este sentido, la Comisión de Expertos argumenta que la *mayoría relativa* (que se corresponde con el término *mayoría simple* finalmente utilizado en el Proyecto de Ley) es la que expresa mejor la voluntad del accionariado, ya que «*el accionista que vota en blanco o se abstiene expresa su voluntad de no participar en la decisión, y respecto del derecho de voto su posición debe asimilarse a la del accionista que no asiste a la junta ni se hace representar*».

Con esta propuesta de modificación se pone fin a las dudas existentes referidas a la interpretación que debe darse al término «mayoría ordinaria» previsto actualmente en el artículo 201 LSC.

Asimismo, para aquellos acuerdos de especial trascendencia (*i. e.*, los previstos en el artícu-

lo 194 LSC), se obliga a que, en caso de que el capital presente o representado sea superior al 50% del capital, los votos a favor representen más de la mitad de los accionistas presentes o representados en la JG, exigencia que no se contempla en la actual redacción del artículo 201, en la que únicamente se exige el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la JG cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representan el 25% o más del capital social con derecho a voto pero sin alcanzar el 50%.

Derechos de información de los accionistas

Como se destaca en el estudio de la Comisión de Expertos, la experiencia práctica ha demostrado que, en muchas ocasiones, el ejercicio de este derecho de información durante la JG esconde unos propósitos espurios, usándose de forma abusiva para crear artificialmente una causa de impugnación de los acuerdos sociales.

Por esta razón, la propuesta de la Comisión de Expertos se ha plasmado en el Proyecto de Ley mediante la modificación del artículo 197 LSC, estableciéndose que la vulneración del derecho de información solo faculta al accionista a exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le pudieran haber causado, no considerándose como una causa de impugnación de la JG.

Asimismo, se precisa que los administradores no estarán obligados a facilitar la información solicitada por los accionistas cuando (i) esta se considere innecesaria para la tutela de los derechos del socio, (ii) existan razones objetivas para considerar que la información podría utilizarse con fines extrasociales, o (iii) su publicidad perjudique a la sociedad o sus entidades vinculadas.

Por su parte, y en relación con las sociedades cotizadas, se modifica el artículo 518 («*Información general previa a la junta*») para exigir que, desde la publicación del anuncio de convocatoria, se encuentren publicados en la página web de la compañía (i) los textos completos de las propuestas de acuerdo sobre todos los puntos del orden del día y (ii) en los casos de nombramientos, reelecciones o ratificaciones de consejeros, su identidad, *curriculum vitae*, su calificación y el informe o propuesta, según corresponda, de la comisión de nombramientos. En este sentido, hay que destacar que,

conforme a la redacción vigente de este artículo, las sociedades tienen la opción de no presentar propuestas concretas respecto de alguno de los puntos del orden del día desde la fecha inicial de la convocatoria, poniendo a disposición de los accionistas un informe en el que se comenten dichos puntos.

Finalmente, también para las entidades cotizadas, se modifica el artículo 520 LSC a los efectos de (i) extender el plazo durante el cual los accionistas pueden ejercer su derecho de información hasta el quinto día anterior al previsto para la celebración de la JG (actualmente se fija en el séptimo día anterior), y (ii) prever la obligación de publicar en la página web de la compañía las solicitudes válidas de informaciones, aclaraciones o preguntas realizadas y contestadas por escrito.

Derechos de los accionistas minoritarios

La Comisión de Expertos ha considerado conveniente mantener el umbral del 5% del capital social para el ejercicio de estos derechos (p. ej., convocar a la JG y completar el orden del día con nuevos puntos o con nuevas propuestas relativas a puntos ya incluidos) en las sociedades de capital no cotizadas; sin embargo, entiende que para aquellas compañías cuyas acciones estén admitidas a cotización dicho umbral debe reducirse hasta el 3%.

Esta reducción del porcentaje exigido se justifica sobre la base de dos circunstancias: (i) dada la dispersión de la propiedad del capital en las sociedades cotizadas, es necesaria la reducción del umbral para facilitar el ejercicio de los derechos de la minoría por los accionistas y (ii) con el fin de lograr una mayor coherencia con la normativa del mercado de valores, en la que se califica como participación significativa —y, por ende, implica que su titular deba cumplir con una serie de obligaciones en materia de transparencia (i. e., comunicación a la CNMV de la adquisición de acciones de la compañía)— aquella que alcance un 3% del capital social.

Por lo anterior, la Comisión de Expertos propuso, entre otras modificaciones, la inclusión de un nuevo apartado 3 al artículo 495 LSC con el siguiente tenor literal: *«El porcentaje mínimo del cinco por ciento que determinadas disposiciones aplicables a las sociedades anónimas exigen para el ejercicio de ciertos derechos de los accionistas reconocidos en esta ley, será del tres por ciento en las sociedades cotizadas»*, propuesta que finalmente se ha trasladado al Proyecto de Ley como apartado 2.a).

Aunque excede del objeto del presente estudio, debe indicarse que el artículo 231-23 de la Propuesta de Código Mercantil incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento una definición para el término *minoría*, definición que varía en función del capital social de la compañía y que para sociedades con un capital igual o inferior a un millón de euros se sitúa en el 5% del capital social, porcentaje que va decreciendo conforme aumenta el tamaño de las sociedades y que para las cotizadas podría situarse en el 1%.

La Comisión de Expertos expresó su opinión en relación con el referido artículo 231-23 de la Propuesta de Código Mercantil y, especialmente, sobre el umbral variable en función del capital social de la compañía.

En particular, la Comisión de Expertos destaca que, por razones de simplicidad, es preferible que el umbral que determina la posibilidad de ejercitar los derechos de minoría se siga estableciendo en función de un porcentaje fijo del capital, argumentando que el uso de un porcentaje variable no supone ninguna ventaja que compense la mayor complejidad que lleva aparejada y, además, conlleva un menoscabo para la seguridad jurídica en dicha materia.

Impugnación de acuerdos sociales

La Comisión de Expertos destacó en su estudio la importancia de la cuestión y los objetivos de la reforma, explicando que las propuestas efectuadas tienen por objeto la incorporación de medidas que permitan ampliar la tutela del interés social y la protección de los derechos de las minorías.

A tal efecto, desaparece la distinción entre acuerdos nulos y anulables de forma que se unifican todos los supuestos de impugnación en un único régimen general y se establece como plazo de caducidad de la acción de impugnación un año (reduciéndose a tres meses para las sociedades cotizadas), salvo en los casos de acuerdos contrarios al orden público, en los que no se fija ningún plazo de caducidad ni de prescripción.

En este sentido, se modifica el régimen del cómputo del plazo de caducidad para ejercitar la acción de impugnación. En concreto, se establecen los siguientes plazos: (i) si el acuerdo hubiese sido adoptado en la JG o en una reunión del Consejo, desde la fecha de adopción del acuerdo; (ii) si el acuerdo se hubiera adoptado por escrito, desde la

fecha de recepción de la copia del acta; y (iii) si el acuerdo se hubiera inscrito, desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.

Por otra parte, además de los acuerdos contrarios a la ley, los EE. SS. o aquellos que lesionen el interés social, se incorpora como nueva causa de impugnación aquellos acuerdos que se reputen contrarios al reglamento de la JG. Asimismo, debe destacarse que se amplía el concepto de acuerdos que *lesionen el interés social*, precisando que también se produce tal lesión cuando el acuerdo se haya impuesto *de manera abusiva por la mayoría*, aun cuando su aprobación no cause ningún daño al patrimonio social.

Finalmente, se propone la incorporación en el artículo 204 LSC («Acuerdos impugnables») de medidas que restrinjan un posible ejercicio abusivo del derecho de impugnación. En concreto, en el Proyecto de Ley, siguiendo la propuesta realizada por la Comisión de Expertos, se modifica el artículo referido y el artículo 206 LSC («Legitimación para impugnar») a los efectos de:

(i) *Limitar el ámbito de sujetos legitimados para ejercer la acción de impugnación.* A diferencia del régimen vigente, en el que se encuentran legitimados —además de los administradores y terceros que acrediten un interés legítimo— todos los socios, con la modificación propuesta se exige que los socios sean titulares de, al menos, un 1% del capital social (del 0,1% en el caso de sociedades cotizadas) y que hayan adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo. No obstante, en relación con aquellos acuerdos contrarios al orden público, cualquier socio o tercero se encontrará legitimado para interponer la acción de impugnación.

(ii) *Delimitación del ámbito de inimpugnabilidad.* Se establecen los siguientes supuestos en los que no procederá la impugnación de acuerdos, a saber: (a) por infracción de los requisitos procedimentales previstos en la normativa interna de la sociedad en relación con la convocatoria, constitución o adopción acuerdos (salvo que fuera relativa a la forma y plazo previo de convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano, a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos o cualquier otra que tenga carácter relevante); (b) si se proporciona información incorrecta o insuficiente en el marco del ejercicio del derecho de información por el accionista (salvo si fuera esencial para el ejercicio del derecho de voto); (c) en caso de que

participen en la reunión personas no legitimadas (salvo que esta participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano); y (d) por la invalidez del voto o por el cómputo erróneo (salvo que hubiera sido determinante para el logro de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo).

(iii) *Revocación o subsanación del acuerdo con anterioridad o posterioridad a la interposición de la demanda de impugnación.* De esta forma, como destaca la Comisión de Expertos, se evita la interposición de impugnaciones que carecen de justificación —porque el acuerdo ha sido dejado sin efecto o sustituido por otro válidamente adoptado— y se da por concluida la polémica jurisprudencial que había surgido en torno al momento en que la revocación o subsanación puede realizarse, aclarando que podrá realizarse tanto antes como después de que la demanda de impugnación haya sido interpuesta.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN (EL «CdA»)

Estatuto jurídico de los administradores (deberes y régimen de responsabilidad)

El Proyecto de Ley modifica los artículos relativos a los deberes y régimen de responsabilidad de los administradores al objeto de, como indica la Comisión de Expertos, *actualizar y reforzar su régimen jurídico.*

En particular, respecto a los deberes de los administradores, estos se agrupan en tres tipos: (i) deber general de diligencia; (ii) deber de lealtad; y (iii) deber de evitar situaciones de conflicto de interés, este último previsto como una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

— Deber de diligencia

Las principales novedades del régimen de este deber de los administradores se circunscriben a que debe ser aplicado en atención a las funciones de cada administrador. Asimismo, se especifica que los administradores tendrán la dedicación adecuada y adoptarán las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.

Además, se incorpora un nuevo artículo 226 —modificándose la numeración de los siguientes— que, con el título de «*Protección de la discrecionalidad empresarial*», fija el estándar de diligencia exigible a los administradores en la toma de decisiones estra-

tégicas y de negocio. En concreto, se entenderá que dicho estándar ha sido cumplido cuando el administrador (i) actúe de buena fe, (ii) sin interés personal, (iii) con información suficiente y (iv) mediante un procedimiento de decisión adecuado.

— *Deber de lealtad*

En este caso, se incorpora como novedad una enumeración de las obligaciones básicas derivadas de este deber y se precisa que su infracción conlleva la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que hubiera obtenido el administrador incumplidor.

Hay que destacar que el régimen previsto para este deber —así como para el deber de evitar situaciones de conflicto de interés— es de carácter imperativo y, por ende, no cabe su limitación por vía estatutaria, salvo la posibilidad de dispensar en algunos casos las prohibiciones relativas al deber de evitar situaciones de conflicto de interés, bien sea mediante acuerdo de la JG (en aquellos casos en los que implique la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de un tercero, afecte a una operación con un valor superior al 10% de los activos sociales y, en relación con las sociedades limitadas, también para la prestación de cualquier clase de garantía) o del CdA —en los demás supuestos— siempre que se garantice la independencia de los administradores que conceden la dispensa.

En todo caso, será necesario que se asegure la inocuidad de la operación para el patrimonio social o que su realización se efectúe en condiciones de mercado y con transparencia.

Respecto a la dispensa relativa a la obligación de no competencia, solo podrá ser dispensada si no hay un daño esperado para la sociedad o, si estuviera previsto, este se compense por los beneficios que se prevén obtener.

Finalmente, resulta relevante mencionar que, en la propuesta de modificación del artículo 228 LSC, se precisa que no se considerará como situaciones de conflicto que implican la obligación del administrador de abstenerse de emitir su voto las decisiones que afecten a su propia posición como administrador (esto es, su designación o revocación para cargos en el órgano de administración), excluyéndose, por tanto, los conflictos meramente posicionales —no transaccionales— de la obligación de abstención del administrador.

— *Deber de evitar situaciones de conflicto de interés*

Como se ha indicado, se trata de una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad que, por su relevancia, ha merecido su previsión en un artículo separado (como se contempla actualmente) y se ha recogido una lista de las obligaciones de abstención que aplican al administrador en virtud de este deber.

En particular, el administrador tendrá obligación de abstenerse de (i) realizar transacciones con la sociedad —salvo que sean ordinarias, en condiciones estándar para todos los clientes y de escasa relevancia (aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados)—; (ii) utilizar el nombre de la sociedad o su condición de administrador; (iii) hacer uso de activos sociales y de información confidencial; (iv) aprovecharse de oportunidades de negocio; (v) obtener ventajas o remuneraciones de terceros (salvo que sean de mera cortesía); y (vi) desarrollar actividades que impliquen una competencia efectiva con la sociedad o sitúen al administrador en una situación de conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Asimismo, las obligaciones anteriores del administrador también serán extensibles a las personas vinculadas a él. Conforme al artículo 231 LSC, tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores personas físicas (i) el cónyuge o las personas con análoga relación de afectividad; (ii) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador; (iii) los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador; y (iv) las sociedades que el administrador, por sí o por persona interpuesta, controle de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio. Por su parte, respecto de los administradores personas jurídicas, se entiende por personas vinculadas (i) los socios que se encuentren, respecto del administrador, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio; (ii) los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador; (iii) las sociedades que forman parte del mismo grupo y sus socios; y (iv) las personas que respecto del representante del administrador tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores.

Finalmente, se mantienen las obligaciones consistentes en el deber de comunicación por parte de los administradores que se encuentren en una situa-

ción de conflicto, directo o indirecto, con el interés de la sociedad a los demás administradores, así como la inclusión de dichos conflictos en la memoria de la compañía.

— *Régimen de responsabilidad*

Como destaca la Comisión de Expertos, se observa una alta correlación entre el régimen de responsabilidad de los administradores y la confianza depositada en los mercados de capitales. A los efectos de lograr ese objetivo, el Proyecto de Ley, siguiendo las propuestas de la Comisión de Expertos, incorpora las siguientes novedades en el régimen de responsabilidad de los administradores.

Principalmente, se realiza una extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores a las personas asimiladas —*i. e.*, los administradores de hecho (a quienes ya se les puede exigir responsabilidad actualmente, pero se aclara qué debe entenderse como tal), las personas con facultades de más alta dirección y las personas físicas representantes de los administradores personas jurídicas—.

Asimismo, se precisa que será necesario que el incumplimiento de los deberes del administrador se haya producido de forma dolosa o culpable, presumiéndose la intervención de culpa cuando el acto sea contrario a la ley o a los EE.SS., salvo prueba en contrario.

Por su parte, respecto a la legitimación para entablar la acción social de responsabilidad, se exige que el socio o socios sean titulares de una participación que les permita solicitar la convocatoria de una JG; esto significa que el porcentaje de titularidad exigido varía entre las sociedades de capital general (esto es, un 5%) y las sociedades anónimas cotizadas (un 3%).

En relación con el punto de la legitimación, se introduce como novedad la posibilidad de ejercer este derecho de forma directa (es decir, sin someterlo previamente a la aprobación de la JG), siempre y cuando la acción social de responsabilidad se fundamente en la infracción del deber de lealtad de los administradores.

En todo caso, cuando uno o varios socios hubiesen planteado una acción social de responsabilidad y la demanda hubiera sido total o parcialmente estimada, la sociedad deberá reembolsar los gastos incurridos por el socio o socios, siempre que estos hubieran sido necesarios y no se hubiera obtenido su reembolso íntegro o el ofrecimiento de reembolso hubiera sido incondicional.

Asimismo, se aclara que las acciones, tanto sociales como individuales, de responsabilidad prescribirán en un plazo de cuatro años *a contar desde el día en que hubiera[n] podido ejercitarse*.

Por último, se precisa que, aun cuando se haya planteado una acción social de responsabilidad, se podrá igualmente ejercer las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de actos y contratos celebrados por los administradores mediando un incumplimiento de su deber de lealtad.

Remuneración de administradores

Este punto resulta de especial interés por su relevancia práctica. Para comentar las novedades que introduce el Proyecto de Ley, diferenciaremos entre las normas aplicables a la generalidad de las sociedades de capital de aquellas de aplicación exclusiva a las sociedades cotizadas.

— *Régimen general*

Conforme a lo previsto actualmente en la LSC, se mantiene el principio de gratuidad del cargo de administrador salvo que los EE. SS. establezcan lo contrario. En ese caso, se exige que se prevea el sistema de remuneración con los diferentes conceptos retributivos que podrán percibir los administradores (*i. e.*, asignación fija, dietas de asistencia, remuneración en acciones, indemnizaciones, etc.).

Asimismo, se exige que la JG fije el importe máximo de la remuneración anual conjunta de los administradores, asumiéndose que permanece vigente mientras no se apruebe su modificación. Además, la distribución de dicho importe máximo entre los administradores o miembros del CdA será facultad de estos, quienes deberán tener en cuenta las funciones y responsabilidades de cada uno.

La modificación propuesta por el Proyecto de Ley también conlleva la exigencia de que la remuneración acordada sea razonable y adecuada al mercado, promueva la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la compañía, así como que incorpore las cautelas que sean necesarias frente a la asunción de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Hay que destacar que también se ha aclarado el régimen retributivo de aquellos consejeros que, a su vez, desempeñen funciones ejecutivas (*vid. Infra* sobre la modificación propuesta del artículo 249 LSC).

Finalmente, respecto de la remuneración mediante la participación en beneficios, se establece que los EE. SS. deberán fijar la participación o el porcentaje máximo de esta (actualmente solo se recoge esta obligación para las sociedades limitadas) y, en caso de establecerse un máximo, será la JG la que determine el porcentaje concreto. Por su parte, en lo concerniente a la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, se prevé como novedad la necesidad de que el acuerdo de la JG establezca el número máximo de acciones que podrán ser asignadas anualmente, su precio de ejercicio, el valor de referencia de las acciones y el plazo de duración del plan.

— Régimen para las sociedades cotizadas

En sede de cotizadas, se establece por primera vez que, salvo disposición contraria de los EE.SS., el cargo de consejero debe ser *necesariamente retribuido*, el cual deberá ser conforme con la política de remuneraciones de la sociedad vigente en cada momento.

Esta política de remuneraciones, que deberá contemplar obligatoriamente la remuneración anual máxima de los consejeros por su condición de tales, deberá someterse a la aprobación de la JG, como punto separado del orden del día y con carácter vinculante, al menos cada tres años.

Hay que destacar que la disposición transitoria única del Proyecto de Ley establece un régimen específico relativo a la aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros (artículo 529 *novodecies* LSC) por la primera junta general que se celebre a partir del 1 de enero de 2015.

En concreto, si la junta general aprueba, con carácter consultivo, el informe sobre remuneraciones de consejeros, se entenderá que la política contenida en ese informe ha quedado también aprobada y que, por tanto, lo previsto en el artículo 529 *novodecies* LSC es de aplicación a partir de ese momento.

Sin embargo, si la junta general no aprueba el referido informe, la política de remuneraciones deberá someterse a la junta general, para su aprobación vinculante, antes de que concluya el ejercicio siguiente.

Respecto a la propuesta presentada por el CdA a la JG, esta deberá ser motivada y acompañada de un informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones (la «CNyR»), poniendo a disposición de los accionistas esta documentación desde la convocatoria de la JG.

Toda modificación o sustitución de la política de remuneraciones requerirá del acuerdo previo de la JG y, además, en caso de que no se aprobara, con carácter consultivo, el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros, se requerirá que la política de remuneraciones para el ejercicio siguiente sea aprobada por la JG con carácter previo a su aplicación (aunque no hubiera transcurrido el plazo de tres años referido).

Por su parte, corresponderá al CdA la fijación de la retribución concreta de cada consejero en su condición de tal, teniendo en cuenta «*las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes*».

Finalmente, hay que destacar la incorporación de un nuevo artículo específico en el que se regula la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas. En concreto, esta remuneración, que vendrá prevista en el correspondiente contrato firmado con el consejero y aprobado por el CdA, deberá ajustarse a la política de remuneraciones aprobada por la JG, en la que se recogerá cuál será la retribución fija anual y su variación durante la vigencia de la política, los parámetros para la fijación de los componentes variables y los principales términos y condiciones del contrato (p. ej., duración, indemnizaciones, pactos de exclusividad, no concurrencia postcontractual y permanencia o fidelización).

En todo caso, corresponderá al CdA la fijación de la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos de sus contratos, siempre y cuando sean conformes con la política de remuneraciones aprobada por la JG.

CdA: COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

General

En primer lugar, el Proyecto de Ley aclara que toda sociedad cotizada deberá ser administrada por un CdA, obligación que actualmente no viene prevista expresamente en ninguna norma, mediante la inclusión de un nuevo artículo 529 *bis*. Asimismo, en este artículo se prevé la obligación del CdA de que vele por que los procedimientos de selección favorezcan la diversidad de género y no adolezcan de sesgos implícitos, en particular, para la selección de consejeras.

Hay que destacar que la Comisión de Expertos ha considerado necesaria la introducción de esta obli-

gación dentro de la regulación del CdA por su importancia para el efectivo funcionamiento del órgano; en cambio, no ha estimado oportuno regular los aspectos relativos al tamaño, estructura funcional y proporción de consejeros que, en su opinión, deben ser objeto de autorregulación por la propia sociedad. No obstante, sí se fija la obligación de que el CdA de las compañías —cotizadas o no— se reúna, al menos, una vez al trimestre, obligación que ya se preveía para los CdA de las sociedades cotizadas al tener que aprobar la información financiera trimestral que se remite a la CNMV.

En segundo lugar, siguiendo la propuesta de la Comisión de Expertos, el Proyecto de Ley modifica la actual redacción del artículo 249 LSC («Delegación de facultades del Consejo de Administración») de forma que la delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas deberá cumplir los siguientes requisitos:

- (i) Obtener el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del CdA, sin que surta ningún efecto hasta su inscripción en el Registro Mercantil.
- (ii) En caso de nombramiento de un consejero delegado o que se atribuya a uno de los consejeros funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario suscribir un contrato que sea aprobado previamente por el CdA con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del CdA.
- (iii) Deberá incorporarse el contrato firmado como anexo al acta.
- (iv) Respecto al contenido del contrato, en este se deberán prever los conceptos retributivos a percibir por funciones ejecutivas, indemnizaciones, abono de primas de seguro y contribuciones a sistemas de ahorro. En concreto, se establece la imposibilidad de que el consejero perciba cantidades o conceptos no previstos en el contrato.
- (v) Finalmente, el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones que hubiera aprobado la JG.

Asimismo, el Proyecto de Ley incorpora un nuevo artículo 249 *bis* con una lista de facultades que el CdA no podrá delegar en ningún caso, especificando en el nuevo artículo 529 *ter* las funciones indelegables de los CdA de las sociedades cotizadas, si bien en este caso se permite que, por razones de urgencia, dichas decisiones sean adoptadas por los

órganos o personas con facultades delegadas y se comuniquen en la primera reunión del CdA tras su adopción.

Además, respecto a la impugnación de los acuerdos adoptados por el CdA, por una parte se reduce al 1% el porcentaje que deberán representar los socios que pretendan impugnar un acuerdo del CdA (actualmente se exige un 5%); por otra, se aclara que también se podrán tramitar impugnaciones en caso de infracción del reglamento del CdA.

Finalmente, dentro de este cajón de sastre de nuevas previsiones a incorporar en la LSC con la aprobación del Proyecto de Ley, destaca, en sede de cotizadas, (i) la nueva limitación relativa a que los consejeros no ejecutivos que no puedan asistir a una reunión del CdA solo podrán delegar su representación en otro no ejecutivo; y (ii) la obligación de que los consejeros reciban, previamente y con la suficiente antelación, la información necesaria para la deliberación y adopción de los acuerdos relativos a los asuntos que se vayan a tratar en la reunión correspondiente del órgano.

Presidente del CdA

El Proyecto de Ley regula la figura del presidente del CdA de las sociedades cotizadas, plasmando en la LSC las recomendaciones recogidas en el CUBG.

En particular, se establece que su nombramiento deberá efectuarse previo informe de la CNYR, debiendo seguirse el mismo procedimiento para el nombramiento, en su caso, de los vicepresidentes.

Respecto a su posición en la sociedad, el presidente se constituye como el máximo responsable del eficaz funcionamiento del CdA, otorgándole unas facultades específicas además de las previstas en la ley, los EE. SS. o el reglamento del CdA.

Merece la pena destacar la previsión relativa a la posibilidad de que el presidente del CdA sea un consejero ejecutivo de la compañía, salvo que los EE. SS. dispusieran lo contrario. Para ello, el Proyecto de Ley exige que su nombramiento sea acordado con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del CdA. Asimismo, en este caso, el CdA deberá necesariamente nombrar a un consejero coordinador, designado de entre los consejeros independientes y con la abstención en la votación de los ejecutivos, a los efectos de constituir un contrapeso dentro de la organización interna de la sociedad.

Secretario del CdA

Al igual que para el nombramiento del presidente, el Proyecto de Ley incorpora la obligación del informe previo de la CNyR para acordar la designación del secretario, así como de los vicesecretarios que, en su caso, se pretendan nombrar, debiendo seguirse este mismo procedimiento en el caso de que se proponga su separación del cargo.

Como viene siendo habitual en la normativa interna de las sociedades cotizadas, no se exige que concurra la condición de consejero en quien sea designado secretario o vicesecretario del CdA.

Finalmente, el nuevo artículo 529 *octies* LSC recoge unas facultades específicas que deben ser desempeñadas por el secretario del CdA, incluyéndose (i) la conservación de la documentación del CdA y de los libros de actas, donde deberá reflejarse el desarrollo de las sesiones; (ii) velar por que el CdA cumpla con la normativa aplicable; y (iii) asistir al presidente a los efectos de que los consejeros reciban con la antelación suficiente la información necesaria para el desempeño de sus cargos.

Evaluación del CdA y de sus comisiones

El nuevo artículo 529 *nonies* establece la obligación de que el CdA realice, con carácter anual, una evaluación de su funcionamiento y el de sus comisiones, para que, en su caso, se proponga un plan de acción a los efectos de corregir las deficiencias que pudieran haberse detectado.

Asimismo, se exige que el resultado de la evaluación efectuada se recoja expresamente en el acta o se incorpore a esta como anexo.

Nombramiento y reelección de consejeros

(i) *General*. Como señala la Comisión de Expertos, se ha considerado necesario regular los procedimientos para el nombramiento o reelección de consejeros, garantizando que los accionistas dispongan de la información necesaria para emitir su voto y que la CNyR intervenga en dichos procedimientos.

(ii) *Procedimiento (informes justificativos)*. Los consejeros independientes serán designados a propuesta de la CNyR, mientras que el resto de consejeros se nombrarán previo informe de esta comisión; este procedimiento será igualmente

aplicable a la designación de las personas físicas que vayan a actuar como representantes de los consejeros personas jurídicas. Asimismo, estos informes justificativos deberán adjuntarse a las actas del correspondiente órgano social que acuerde el nombramiento.

(iii) *Cooptación y suplentes*. En sede de cotizadas, se introducen, por una parte, unas modificaciones en el procedimiento de nombramiento de consejeros por el sistema de cooptación. En concreto, se elimina la necesidad de que el consejero así designado sea accionista de la sociedad y se aclara que en caso de que se produzca una vacante desde la convocatoria de una JG y antes de su celebración, la sociedad podrá designar un consejero por este sistema cuyo cargo estará vigente hasta la celebración de la siguiente JG. Por otra, se elimina la posibilidad de designar suplentes a los efectos de que, como ha apuntado la Comisión de Expertos, «*sea, en el momento de su nombramiento efectivo, cuando se valore su aptitud y adecuación para el cargo*».

(iv) *Duración del cargo en sociedades cotizadas*. Se establece una limitación para la duración del cargo de consejero de una sociedad cotizada diferente al previsto en el régimen general (seis años). En concreto, se fija este límite en cuatro años, ya que la Comisión de Expertos argumenta que en este tipo de sociedades el plazo no debe ser superior.

No obstante, en la disposición transitoria única del Proyecto de Ley se prevé que los consejeros que hayan sido nombrados antes del 1 de enero de 2014, por un periodo superior a cuatro años, podrán completar, en todo caso, su mandato.

(v) *Categorías de consejeros*. Finalmente, se incluye un nuevo artículo 529 *duodecies* con las definiciones de consejero ejecutivo y dominical previstas actualmente en el CUBG, así como la de independiente recogida en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo —con la excepción de la letra e), en la que se exige que el consejero no tenga ninguna relación de negocios con la sociedad o con cualquier sociedad de su grupo, a diferencia de la Orden en la que se prevé que dicha relación de negocios debe ser *importante* para no poder calificar al consejero como independiente—, previéndose la posibilidad de que los EE. SS. o el Reglamento del CdA establezcan unos supuestos más estrictos para poder calificar a un consejero como independiente. Asimismo, se incorpora la obligación

de que en el acuerdo de la JG o del CdA, según corresponda, se indique la calificación del consejero designado a los efectos de inscribir dicho nombramiento en el Registro Mercantil.

COMISIONES DEL CdA

El Proyecto de Ley introduce la obligatoriedad para las sociedades cotizadas de contar con una Comisión de Auditoría —tal y como ya viene exigiendo la disposición adicional 18.^a de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (la «LMV») para toda sociedad que emita valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial— y una CNYR (o dos separadas), exigiéndose expresamente que las actas de estas comisiones sean puestas a disposición de todos los miembros del CdA.

Comisión de Auditoría

El nuevo artículo 529 *quaterdecies* modificará la regulación de la Comisión de Auditoría actualmente prevista en la LMV. En particular, la Comisión de Auditoría estará compuesta (i) exclusivamente por consejeros no ejecutivos (ahora solo se exige que sean *al menos en su mayoría*), (ii) con, al menos, dos independientes (actualmente solo se requiere que haya un independiente) y que uno de ellos sea designado por sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad y/o auditoría (este segundo requisito ya viene contemplado en la LMV), (iii) siendo el presidente designado de entre los independientes (hoy se exige que sea entre los no ejecutivos) y (iv) debiendo sustituirle cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un año desde su cese.

Además, se incorporan unas competencias mínimas que tendrá la Comisión de Auditoría similares a las hoy previstas en la LMV.

Comisión de Nombramientos y Retribuciones

La obligación que se introduce para las sociedades cotizadas de una CNYR, o dos separadas, supone una novedad en nuestra normativa societaria ya que, hasta la fecha, se trataba de una mera recomendación de gobierno corporativo que, en la práctica, es cumplida por la generalidad de emisores españoles.

En concreto, el Proyecto de Ley prevé la incorporación de un nuevo artículo 529 *quindécies* en el que se regula esta comisión en términos muy similares a los aplicables a la Comisión de Auditoría: (i) compuesta exclusivamente por no ejecutivos y (ii) con, al menos, dos independientes, de entre los que se designará a su presidente.

Asimismo, se incluye una enumeración de funciones mínimas que deberá desempeñar esta comisión, entre las que debe destacarse, por una parte, la relativa al establecimiento de un objetivo de representación para el sexo con menos presencia en el CdA y la elaboración de orientaciones para alcanzarlo y, por otra, la referida a la organización de la sucesión del presidente del CdA y del primer ejecutivo de la compañía, debiendo formular a tal efecto las propuestas que se estimen necesarias para que esa sucesión se realice de forma ordenada y planificada.

OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

Finalmente, deben mencionarse diversas modificaciones que se proponen introducir en la LSC y que resultan de especial interés:

(i) Se incorpora la regulación del Informe Anual de Gobierno Corporativo y del Informe de Remuneraciones de Consejeros que actualmente se encuentra recogida en la LMV.

(ii) Se fijan los requisitos que deberán cumplir las asociaciones de accionistas, entre los que destaca la necesidad de que estén compuestas por, al menos, 100 personas y sin que puedan formar parte de ellas los accionistas que tengan una participación superior al 0,5% del capital con derecho a voto.

(iii) Respecto al contenido del informe de gestión, se introduce la obligación de indicar en él el periodo medio de pago a proveedores, salvo que la compañía presente una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. En caso de que dicho periodo sea superior al previsto en la normativa sobre morosidad, la sociedad vendrá obligada a indicar las medidas a adoptar en el siguiente ejercicio para reducir ese periodo hasta el máximo legal. Asimismo, las sociedades cotizadas estarán obligadas a publicar en su página web el periodo medio de pago a sus proveedores.

(iv) En sede de cotizadas, se reconoce el derecho de las sociedades, las asociaciones de accionistas que representen, al menos, el 1% del ca-

pital social y los accionistas que, individual o conjuntamente, tengan una participación del 3% o más del capital de obtener en cualquier momento la identidad de los accionistas (incluyendo sus direcciones y medios de contacto), en los dos últimos casos a los efectos de facilitar la comunicación con otros accionistas en relación con el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses.

(v) Se incorpora una nueva disposición adicional novena a la LSC para extender el régimen

previsto en materia de comisiones del CdA y de la Comisión de Auditoría a todas las sociedades que emitan valores, distintos de las acciones, que sean admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales.

(vi) Por último, se fija la entrada en vigor de la mayoría de las modificaciones propuestas a partir del 1 de enero de 2015 y se exige su aprobación por la primera JG que se celebre tras esa fecha.

IGNACIO ZARZALEJOS TOLEDANO*

* Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).