

## **Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo:**

### **Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas**

La Ley 31/2014 tiene por objetivo mejorar el gobierno corporativo de las sociedades de capital mediante la introducción de nuevas reglas con un impacto práctico inmediato en todo tipo de sociedades de capital. Las principales novedades introducidas por la Ley 31/2014 afectan a los órganos de gobierno de las sociedades. Las modificaciones relativas a la junta general están orientadas a revitalizar el funcionamiento de este órgano, buscando una intervención más efectiva en la actividad social y fomentando una mayor participación de los socios o accionistas. La modificación de los preceptos relativos a los administradores constituye quizá la parte medular de la reforma. Entre otros, afecta al deber de diligencia, cuyo tratamiento es suavizado para facilitar la toma de decisiones empresariales en entornos de riesgo e incertidumbre); y al deber de lealtad, cuyo tratamiento obedece, en cambio, a una política de mayor severidad.

*Buen Gobierno, Junta General, Administrador, Deber de diligencia, Deber de lealtad*

The purpose of Spanish Law 31/2014 is to improve the corporate governance of incorporated companies by introducing new rules that will have immediate practical implications. The main innovations introduced by Law 31/2014 concern the governing bodies of companies. The amendments related to the general meeting are aimed at revitalizing its role to make its intervention in the company's activities more effective, and at promoting greater shareholder participation. The majority of the amendments are made to the provisions on directors, such as their diligence and loyalty duties. While the diligence duty is relaxed in order to facilitate the decision-making process in situations of risk or uncertainty, the loyalty duty will now be applied more stringently.

*Corporate governance, general meeting, director, diligence duty, loyalty duty*

## 1. INTRODUCCIÓN

El 24 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley 31/2014, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo (“**Ley 31/2014**”). La reforma tenía como objetivo principal mejorar el gobierno corporativo de las sociedades de capital mediante la introducción de nuevas reglas con un impacto práctico en todo tipo de sociedades de capital. En el presente artículo nos referiremos a las modificaciones que afectan a las sociedades no cotizadas.

El antecedente directo de la Ley 31/2014 se encuentra en los trabajos de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013. Esta Comisión se creó con el objetivo principal de proponer las iniciativas y reformas normativas que se consideraran adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, con la intención de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas. Tras varios meses de intenso trabajo, el 14 de octubre de 2013 vio la luz el “*Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*” confeccionado por esta Comisión de Expertos. Las recomendaciones de la Comisión en el citado estudio fueron respetadas en su práctica totalidad por el legislador, dando así lugar a la Ley 31/2014.

Las principales novedades introducidas por la Ley 31/2014 en la Ley de Sociedades de Capital (“**LSC**”) afectan a los órganos de gobierno de las sociedades:

- (i) a la junta general, buscando una intervención más efectiva en la actividad social y una mayor participación de los socios o accionistas; y
- (ii) al órgano de administración y, en particular, al consejo de administración.

## 2. JUNTA GENERAL

Las modificaciones relativas a la junta general pretenden revitalizar el funcionamiento de este órgano, reforzando su papel y fomentando una mayor participación accionarial. Al servicio de ese objetivo, se ha realizado una revisión de las competencias de la junta general, de la delimitación de sus funciones con las del órgano de administración, de su régimen de funcionamiento (principalmente, estableciendo la regla de votación separada, aclaración del régimen de mayorías, extendiendo a la sociedad anónima el régimen de conflicto de interés del

socio y modificando algunos aspectos del derecho de información), y, finalmente, de la impugnación de sus acuerdos.

## **2.1. Competencias de la junta general de accionistas**

### *2.1.1. Competencias de la junta en asuntos de gestión*

La Ley 31/2014, mediante la modificación del artículo 161 LSC, abre a la junta general de las sociedades anónimas la posibilidad de impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización decisiones o acuerdos sobre determinadas materias de gestión, salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, esta posibilidad estaba limitada a las sociedades de responsabilidad limitada.

En la práctica, esta modificación supone para la gran mayoría de las sociedades anónimas que, si se quiere vedar la posibilidad de que la junta general intervenga en asuntos de gestión, deberán modificar sus estatutos en este punto.

### *2.1.2. Competencias adicionales de la junta*

La nueva redacción del artículo 160 LSC amplía las competencias de la junta general, en el sentido de que se exige su aprobación para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se trata, en definitiva, de operaciones que por su relevancia patrimonial podrían tener efectos similares a las operaciones de modificación estructural. Aunque la norma no lo mencione expresamente, habría que entender que otras operaciones relativas a activos esenciales y con un efecto parejo, como podrían ser en determinadas circunstancias una cesión de derechos (un contrato de licencia de derechos de propiedad industrial esenciales para las operaciones de la sociedad) o un arrendamiento de industria, también están sometidas a la aprobación de la junta general.

Con la finalidad de dotar a la norma de seguridad jurídica y atendiendo al criterio seguido en otras legislaciones comparables, se incluye una presunción *iuris tantum* sobre el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Ello no implica que no existan supuestos en los que se predique la esencialidad del activo a pesar de que el valor de la operación no alcance dicho umbral. También podrían darse supuestos en los que, a pesar de exceder el veinticinco por

# URÍA MENÉNDEZ

ciento del valor, se entienda que el activo no es esencial. Sin embargo, anticipamos que en la práctica registral estos últimos casos van a ser residuales y exigirán seguramente un esfuerzo argumentativo ingente. Por tanto, en estos casos, el órgano de administración deberá recabar la autorización de la junta general.

## **2.2. Derecho de información**

Mediante una modificación parcial de la regulación del derecho de información (artículo 197 LSC), se modula el ejercicio de este derecho en las sociedades anónimas. Se deja intacto, sin embargo, el régimen del derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada previsto en el artículo 196 LSC. Por tanto, a continuación, nos referiremos únicamente al régimen de este derecho en sede de sociedades anónimas.

Del tenor de las medidas introducidas en el ámbito del derecho de información en las sociedades anónimas que analizaremos seguidamente, se puede observar la firme intención del legislador de evitar los abusos que en la práctica se han venido produciendo en no pocas ocasiones por el ejercicio indiscriminado del derecho de información por parte de los accionistas, tal y como la jurisprudencia ha tenido oportunidad de poner de manifiesto en muchas ocasiones.

Con la modificación legal se reformulan y amplían los supuestos en los que no será necesario facilitar la información solicitada por el accionista: si resultara innecesaria para la tutela de los derechos del accionista, si existieran razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o si su publicidad pudiera perjudicar a la sociedad. Por otra parte, se mantiene la imposibilidad de denegar la información cuando la petición esté apoyada por el veinticinco por ciento del capital, con la posibilidad de fijar estatutariamente un porcentaje menor (siempre que sea superior al umbral del cinco por ciento).

Parece justificado el otorgamiento de un tratamiento distinto al ejercicio del derecho de información previo a la junta, que ha de ser atendido por escrito antes de su celebración, y al que se ejercita durante la junta, que debe ser atendido verbalmente durante su transcurso o, si no pudiera satisfacerse, puede ser respondido por escrito hasta siete días después de su celebración. Tal y como mantiene la Comisión de Expertos, se parte de la concepción de que el derecho de información ejercitado con anterioridad a la junta está directamente vinculado al legítimo interés del accionista de tener una opinión formada que le permita el ejercicio diligente del derecho de

voto. No parece que, con carácter general, sea el caso del derecho ejercitado durante la junta, quizá más vinculado —como reconocen otras legislaciones vecinas— al derecho a expresarse y a intercambiar opiniones sobre la marcha de la sociedad en el seno de la junta.

En particular, ese distinto tratamiento tiene también reflejo en las consecuencias jurídicas anudadas a la vulneración del derecho de información, según sea con carácter previo a la junta o durante su celebración. En el primer caso, la violación de este derecho constituye causa de impugnación de la junta general. El quebrantamiento del derecho de información durante la junta general, sin embargo, únicamente faculta al accionista a exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios.

Por último, se establece expresamente la responsabilidad del accionista por los daños y perjuicios causados en el supuesto de uso abusivo o perjudicial de la información solicitada.

## **2.3. Votaciones en la junta general**

### *2.3.1. Votación separada por asuntos*

Mediante la introducción de un nuevo precepto —el artículo 197 *bis* LSC—, la reforma viene a exigir el pronunciamiento de la junta general, ya sea sociedad de responsabilidad limitada o anónima, de forma separada sobre asuntos que sean “*sustancialmente independientes*”. Se busca así que la agrupación de materias no tenga por resultado una distorsión de las votaciones.

La norma especifica que el nombramiento, reelección o separación de los administradores y las modificaciones estatutarias de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia, si bien pueden figurar en el mismo punto del orden del día, han de votarse de forma separada. Asimismo, los estatutos pueden fijar que otros asuntos sean objeto de votación separada. La relación de supuestos ofrecida por el artículo 197 *bis* 2, que en todo caso deberán ser objeto de votación individual, es meramente ejemplificativa y no excluye la necesidad de que sean votados por separado otros asuntos si fueran sustancialmente independientes.

### *2.3.2. Conflicto de intereses*

La Ley 31/2014 presta especial atención a los conflictos de interés de los accionistas. En particular, se refuerzan las reglas en esta materia que, ya presentes en sede de sociedades de responsabilidad limitada, ahora se extienden a las sociedades anónimas, con algunas

## URÍA MENÉNDEZ

modulaciones. Tras la reforma, el artículo 190 LSC concreta los supuestos en que resultan de aplicación del siguiente modo.

Por un lado, se prohíbe el ejercicio del derecho de voto de los socios o accionistas en los casos más graves de conflicto de interés. Nos referimos a la prohibición de voto en caso de acuerdos que tengan por objeto la autorización para la transmisión de acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria o la exclusión de la sociedad, o que versen sobre la liberación de una obligación o el otorgamiento de derechos al socio o accionista en cuestión, la prestación de asistencia financiera o la dispensa de las obligaciones del deber de lealtad si el socio o accionista fuera también administrador, conforme a lo previsto en el nuevo artículo 230 LSC. En las sociedades anónimas, el deber de abstención en relación con acuerdos que tengan por objeto la autorización al accionista afectado para la transmisión de acciones sujetas a restricciones o la exclusión del accionista de la sociedad solo será de aplicación cuando venga expresamente previsto en los estatutos.

Para los restantes casos de conflicto en que pueda hallarse un socio no se prevé la privación del derecho de voto. Sin embargo, se presume la infracción del interés social cuando un determinado acuerdo haya sido tomado con el voto decisivo (esto es, con potencial para determinar la aprobación o desestimación de un determinado acuerdo) de un socio o socios inmersos en un conflicto de interés. Con esta inversión de la carga de la prueba se facilita la impugnación del correspondiente acuerdo. Al socio impugnante le incumbirá acreditar la existencia de conflicto, y a la sociedad y a los socios incurso en conflicto les corresponderá probar la conformidad del acuerdo impugnado con el interés social.

En cualquier caso, quedan exceptuados de la anterior regla los acuerdos que entrañen un conflicto posicional, esto es, en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad (por ejemplo, en los acuerdos relativos al nombramiento de administradores o exigencia de responsabilidad). En estos casos, el socio impugnante deberá acreditar el perjuicio del interés social, sin que sea suficiente demostrar que concurre un conflicto de interés.

### 2.3.3. *Modificaciones estatutarias*

En caso de modificaciones estatutarias que conlleven un trato discriminatorio o asimétrico entre las acciones de la misma clase (o la única clase), se mantiene la necesidad del acuerdo separado de las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación. Si bien el anterior texto del artículo 293 no lo establecía expresamente, esta era la interpretación imperante. Se confirma así la aplicabilidad del régimen de tutela colectiva en sede de sociedades anónimas cuando exista una sola clase de acciones.

Se precisa, sin embargo, qué ha de entenderse por trato discriminatorio: *“cualquier modificación que, en el plano sustancial, tenga un impacto económico o político claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares”*. Esto es, habrá de tratarse de una asimetría relevante y distinguible.

### **2.4. Adopción de acuerdos**

Se establece con carácter general la mayoría simple como criterio de cómputo para la válida adopción de acuerdos en la junta general de las sociedades anónimas (criterio ya vigente para las sociedades de responsabilidad limitada, si bien, en estas, los votos al menos han de representar un tercio de los votos correspondientes al total del capital social). Por si hubiera duda, el artículo 201 LSC expresamente indica que se entiende adoptado un acuerdo *“cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado”*, por tanto, sin computar abstenciones o votos nulos o en blanco. Se trata de una aclaración muy necesaria, que viene a despejar de manera definitiva las dudas interpretativas que suscitaba el anterior texto de la LSC

Para la adopción de acuerdos de primer orden, como es la modificación estatutaria, la supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, modificaciones estructurales y emisión de obligaciones, si el capital representado supera el cincuenta por ciento, será suficiente con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta (esto es, computando abstenciones y votos nulos o en blanco como votos negativos). Si el quórum fuera inferior (lo cual únicamente podría suceder si la junta se celebra en segunda convocatoria), se mantiene la exigencia del voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado.

En ambos casos, la base del cómputo es el capital presente o representado en la junta, entendiéndose que se refiere al capital con derecho a voto.

En cualquier caso, se mantiene la prevalencia de las mayorías establecidas en los estatutos si fueran más elevadas.

## 2.5. Impugnación de acuerdos

El régimen de impugnación de acuerdos es capital para la adecuada articulación del buen gobierno corporativo de las sociedades, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión de Expertos. Es, junto con las acciones de responsabilidad, el medio natural para canalizar la defensa del interés social y, tras la reforma, refuerza la salvaguarda de los intereses de las minorías frente a los posibles abusos de las mayorías. Constituye una pieza clave para la seguridad del tráfico jurídico.

El artículo 204 LSC, en su nueva redacción tras la reforma, tiene la virtualidad de añadir nuevas causas de impugnación, al tiempo que limita la aplicación de otras, todo ello para corregir los defectos y los excesos de la normativa anterior:

- Se añade como causa de impugnación la infracción del reglamento de la junta general, reconociéndose así la relevancia de esta norma interna en la dinámica societaria. Asimismo, dentro de los acuerdos impugnables por lesionar el interés social se incluyen los acuerdos que, aun cuando no causan daño al patrimonio social, *“se imponen de manera abusiva por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”*. Se consagra así el abuso de la mayoría como causa de impugnación, sin que sea preciso acudir a la construcción doctrinal del abuso del derecho.
- Se incorporan mejoras para tratar de evitar el abuso del derecho de impugnación, restringiendo *“aquellos aspectos formales o procesales que se prestan al abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia de la organización societaria”*, en línea con la propuesta de la Comisión de Expertos. Ya no procede la impugnación en aquellos casos en que concurren vicios formales poco relevantes, considerados vicios menores, incorporándose así la regla de la relevancia<sup>1</sup> en nuestro Derecho. En particular, en caso de infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o el reglamento de la junta y, en su

---

<sup>1</sup> Jesús Alfaro: “Acuerdos impugnables”, en Javier Juste Mencía (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015; pág. 171.



## URÍA MENÉNDEZ

caso, del consejo para la convocatoria (p. ej., error en el contenido de la convocatoria pero que facilite datos suficientes para que un socio o accionista pueda asistir a la junta), la constitución (p. ej., irregularidades menores en la lista de asistentes) o la adopción de acuerdos (p. ej., error en la proclamación de la mayoría alcanzada, siempre que efectivamente se haya alcanzado la mayoría establecida), salvo que la infracción sea relevante. A estos efectos, se considera relevante la *“infracción relativa a la forma y plazo de convocatoria, a las reglas esenciales de constitución o mayorías necesarias para la adopción de acuerdos”*.

Asimismo, se aplica el test de la relevancia a las infracciones del derecho de información, de modo que estaría vedada la impugnación de los correspondientes acuerdos de la junta si la información proporcionada fuera incorrecta o insuficiente, salvo que fuera determinante para permitir el ejercicio razonable del derecho de voto.

Finalmente, tampoco se consideran relevantes a efectos de impugnación de acuerdos sociales las infracciones consistentes en la participación en la junta de personas no legitimadas cuando no haya sido determinante para su constitución, o las relativas a la invalidez de uno o varios votos (votos emitidos por alguien no legitimado a votar) o a su cómputo erróneo, siempre que no haya sido decisivo para la adopción del acuerdo.

Con carácter general, se unifican todos los supuestos de impugnación bajo el régimen general de anulación, para el que se establece un plazo de caducidad de un año. Por excepción, la acción no caducará en caso de que los acuerdos objeto de impugnación fueran, por causa o contenido, o por las circunstancias en que se adoptan, contrarios al orden público, esto es, acuerdos nulos de pleno derecho, incluidos de manera explícita los acuerdos inexistentes (acuerdos que no se han tomado porque la junta no se ha celebrado).

Se mantiene la legitimación activa de administradores y terceros con interés legítimo, pero en el caso de los accionistas se les exige que tengan la condición de accionista antes de la adopción del acuerdo y que sean titulares de al menos un uno por ciento del capital (umbral que podrá ser reducido estatutariamente). Si se trata de acuerdos contrarios al orden público, se mantiene la regla de que cualquier socio estará legitimado para impugnar.

## 3. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La reforma de los artículos referentes al régimen de administración se dirige hacia una mayor transparencia a través de medidas incidentes en la independencia, participación y profesionalización de los administradores.

Se mantienen las cláusulas generales del deber de diligencia y de lealtad, aunque se reformulan de tal modo que se dulcifica el deber de diligencia y se asevera el régimen del deber de lealtad, como veremos a continuación. Ello resulta en un tratamiento diferenciado, especialmente por lo que se refiere a las consecuencias anudadas a su infracción.

### 3.1. Deber de diligencia

Se mantiene el estándar de diligencia del ordenado empresario, si bien se reconoce expresamente que la responsabilidad exigible dependerá de la *“naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas”*. El deber de diligencia, por tanto, no es igual para todos los administradores.

Se exige de manera explícita a los administradores una dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. En particular, se hace mucho hincapié en el derecho y deber de información: *“el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”* (artículo 225.3 LSC). Se asume que sin información (adecuada) no podrán tomarse las decisiones correctas.

Tras llevar acogida años por nuestros tribunales, el legislador por fin incorpora la regla del *“business judgement rule”* (protección de la discrecionalidad empresarial) como estándar para el deber de diligencia en la actuación de los administradores. Se entenderá que han cumplido su deber de diligencia, y, por tanto, quedarán exentos de responsabilidad, cuando adopten decisiones estratégicas o de negocio (nótese que no se aplica en caso de decisiones que vienen exigidas por la ley) respetando los siguientes requisitos:

- (i) actuación de buena fe, en el convencimiento de estar adoptando la mejor solución para la sociedad;
- (ii) sin interés personal, esto es, en ausencia de conflicto de interés;

# URÍA MENÉNDEZ

- (iii) con información suficiente, contando con los elementos de juicio necesarios, y
- (iv) con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

La consagración definitiva de la regla de protección de la discrecionalidad empresarial supone un importante avance en el ámbito de la mejora de la eficacia del gobierno corporativo. En definitiva, con esta regla se evita la revisión judicial de las decisiones de negocio y estratégicas,. Del mismo modo, ha de verse de forma positiva que los presupuestos para la aplicación de la regla en definitiva lleven a la mejora de los procesos de toma de decisión.

## 3.2. Deber de lealtad

Una de las manifestaciones más claras del buen gobierno corporativo es el cumplimiento del deber de lealtad por los administradores. La Ley 31/2014 reformula determinadas obligaciones derivadas del deber general de lealtad de los administradores, partiendo de la premisa de que deben desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Los administradores deben anteponer, por tanto, los intereses de la sociedad a los suyos propios (o de sus personas vinculadas), como resulta exigible a cualquier encargado de negocios ajenos.

Los artículos 228 y 229 nos ofrecen un listado de los deberes específicos en los que se concreta el deber de lealtad. A efectos de su presentación, cabe clasificar dichos deberes en dos grandes grupos.

- (i) Por un lado, las obligaciones básicas derivadas de este deber:
  - a) Se incorpora expresamente el deber general de no ejercitar sus facultades “*con fines distintos*” para los que han sido otorgadas.
  - b) Se simplifica y clarifica el deber de secreto, que se proyecta sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo, suprimiéndose la exigencia de que se trate de “*informaciones de carácter confidencial*”.
  - c) Se reformula el deber de abstención en situaciones de conflicto de interés. Se prohíbe “*participar en la deliberación y votación*” de acuerdos en los que el administrador (o

## URÍA MENÉNDEZ

personas vinculadas) tengan conflicto de interés. Anteriormente, no se aclaraba el alcance de la obligación de abstención (“*se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones [...]*”).

Se excluyen del deber de abstención los acuerdos o decisiones que afecten al administrador en su condición de tal (por ejemplo, la revocación para cargos del consejo). Se trata de los llamados conflictos posicionales.

- d) Se exige el desempeño de funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de terceros.
  - e) Finalmente, se ordena la adopción de las medidas necesarias para no incurrir en situaciones de conflicto de interés.
- (ii) Por otro lado, se imponen otras obligaciones instrumentales que derivan del deber genérico de los administradores de no colocarse en situaciones de conflicto. En particular, entre otros, se prohíbe:
- a) Realizar transacciones con la sociedad, salvo que sean ordinarias, en condiciones estándar y de escasa relevancia.
  - b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
  - c) Hacer uso de activos sociales, incluida la información confidencial, con fines privados.
  - d) Aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad.
  - e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad asociadas al desempeño de su cargo.
  - f) Desarrollar actividades que entrañen “*competencia efectiva, sea actual o potencial*”. De este modo, se simplifica y clarifica este deber de no competencia.

Asimismo, el deber de comunicar las situaciones de conflicto al consejo de administración se suaviza ligeramente respecto del régimen previo. Se mantiene la obligación de comunicar situaciones de conflicto (directo o indirecto) que los administradores o sus personas vinculadas pudieran tener con el interés de la sociedad. Se elimina la obligación de comunicar en todo caso

# URÍA MENÉNDEZ

las “*participaciones cargos y funciones en sociedades con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social*”. Por tanto, tales participaciones sólo deberán ser objeto de comunicación si generan conflictos de interés.

Se mantiene también la obligación de informar en la memoria de las situaciones de conflicto de interés en que concurren los administradores.

No son válidas las disposiciones estatutarias que limitan el deber de lealtad y la responsabilidad por su incumplimiento. Excepcionalmente, sin embargo, se admite la dispensa de determinadas obligaciones derivadas del deber de evitación de conflictos, siempre y cuando se trate de casos singulares: la realización de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocios o la obtención de una ventaja o remuneración de tercero. La autorización deberá referirse a casos singulares.

Con carácter general, la dispensa podrá ser otorgada por el órgano de administración. Sin embargo, se requiere necesariamente la autorización de la junta general cuando la dispensa se refiera a la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales, o si se refiere a la obligación de no competir. Además, en las sociedades de responsabilidad limitada la autorización referida a cualquier asistencia financiera o al establecimiento de una relación de servicios u obra también requiere acuerdo de junta general.

En todo caso, la autorización por parte del órgano de administración requiere que quede garantizada la independencia de sus miembros y que se asegure que la operación es inocua para el patrimonio social o, en su caso, que se efectúa en condiciones de mercado y hay plena transparencia en el proceso.

### **3.3. Régimen de responsabilidad**

Las modificaciones más destacables del régimen de responsabilidad de los administradores son las siguientes:

- a) Se introduce expresamente la necesidad de que concurra dolo o culpa en las actuaciones de los administradores para que estos incurran en responsabilidad, reflejando así la interpretación acogida por nuestros tribunales en esta materia.

# URÍA MENÉNDEZ

Mayor novedad ha supuesto la introducción de la presunción (*iuris tantum*) de la culpabilidad si queda probado que el acto es contrario a la ley o a los estatutos. Se asume como punto de partida que cualquier incumplimiento de legal o estatutario implica una actuación negligente.

- b) Se amplía notablemente el ámbito subjetivo de la responsabilidad.
- Se precisa qué se entiende por administradores de hecho: (i) las personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título, con título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador (administrador aparente), y (ii) las personas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad (administrador oculto).
  - En los supuestos en que no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, el régimen de responsabilidad se aplicará a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad.
  - Finalmente, se introduce la responsabilidad solidaria de la persona jurídica junto con la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de la primera.
- c) En caso de infracción del deber de lealtad, el administrador, además de venir obligado a indemnizar el daño causado al patrimonio social, debe devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido.
- d) Otra muestra más de la voluntad del legislador de endurecer el régimen relativo a la responsabilidad por infracción del deber de lealtad es la flexibilización de las reglas de legitimación activa de los accionistas para interponer la acción de responsabilidad en defensa del interés social, previéndose la posibilidad del ejercicio directo por los socios cuando se fundamente en actuaciones de los administradores contrarias al deber de lealtad.
- e) En esta misma línea, se establece expresamente que el ejercicio de la acción de responsabilidad no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción

# URÍA MENÉNDEZ

y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores en infracción de su deber de lealtad.

- f) Por último, se aclara la cuestión del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de los cuatro años: este plazo comenzará a contar “*desde el día en que hubiera podido ejercitarse*”, en línea con la posición mayoritaria de nuestros tribunales.

## **3.4. Especialidades referidas al consejo de administración**

Las novedades introducidas por la reforma que afectan de manera exclusiva al consejo son básicamente las tres siguientes:

- a) En línea con ese deber de dedicación adecuada establecido por el art. 225 LSC, el nuevo apartado 3 del art. 245 LSC precisa que el consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez por trimestre. La norma no prevé sanción, pero su inobservancia podría reflejar falta de diligencia.

- b) Se incorporan una serie de requisitos formales a la delegación de facultades por parte del consejo:

- Se exige como requisito formal de delegación (ya incorporado en la práctica registral) la indicación del contenido, los límites y las modalidades de delegación.
- Se establece la necesidad de la suscripción de un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o sus consejeros ejecutivos, que deberá ser aprobado por dos tercios de sus miembros. El artículo 249.3 LSC establece que dicho contrato deberá necesariamente incluir detalle de todos los conceptos retributivos. Se explicita que el consejero ejecutivo no podrá percibir ninguna retribución que no esté explícitamente contemplada en ese contrato.

Sin embargo, el contenido del contrato no debe quedarse ahí: también debería incluir el elenco de derechos y obligaciones asumidas por el consejero ejecutivo y la sociedad.

Expresamente se exige que el consejero afectado se abstenga de asistir a la deliberación y de participar en la votación. Se indica finalmente que dicho contrato debe figurar adjunto al acta en que se acuerde su nombramiento.

# URÍA MENÉNDEZ

- c) Otra modificación importante es la relativa a la ampliación del catálogo de facultades indelegables del consejo (art. 249 bis LSC). A título de ejemplo, algunas de estas facultades son la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, el nombramiento y destitución de directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, la autorización o dispensa de obligaciones derivadas del deber de lealtad de conformidad con el art. 230 LSC, las decisiones relativas a la remuneración de consejeros dentro del marco estatutario y, en su caso, la política de remuneraciones adoptada por la junta general, o la política relativa a las acciones propias.

## **3.5. Impugnación de acuerdos del consejo de administración**

Las causas, tramitación y efectos de la impugnación de acuerdos del consejo de administración se regirán por las reglas establecidas para los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que en este caso procederá la impugnación por infracción del reglamento del consejo.

La legitimación activa para la impugnación de acuerdos del consejo de administración corresponde a los administradores y accionistas que representen un uno por ciento del capital (frente al cinco por ciento que se exigía anteriormente).

## **3.6. Remuneración de los administradores**

La política de remuneraciones tiene un papel destacado en el ámbito del sistema de gobierno corporativo. Como ha expresado la Comisión de Expertos, la preocupación por esta cuestión “*se extiende a los siguientes aspectos: (i) su transparencia; (ii) su adecuación a las prácticas y cuantías de mercado; y (iii) el procedimiento para su aprobación*”. Son precisamente estos los aspectos abordados por la reforma de la LSC, tal y como se expone a continuación.

Se incorpora el principio de adecuación del sistema de remuneración al mercado en que opera y a la situación económica de cada momento. Así, el art. 217.4 LSC exige que la remuneración de los administradores sea razonable, teniendo en cuenta la situación de la sociedad y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración debe estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.



# URÍA MENÉNDEZ

Pero quizá la novedad más destacable en esta materia es la introducción en el texto legal de un régimen diferenciado de la remuneración de los consejeros, según las funciones que desarrollen para la sociedad:

- (i) La remuneración de los consejeros en su condición de tales (esto es, por sus funciones de supervisión y decisión colegiada como meros consejeros) deberá atenerse a los conceptos retributivos expresamente previstos en los estatutos, sin que quepa posibilidad de recibir remuneración por otros conceptos. Asimismo, el importe máximo de la remuneración anual del consejo deberá ser aprobado por la junta general, y permanecerá vigente hasta que se apruebe su modificación.

La determinación concreta del importe a recibir por cada uno de los consejeros —dentro del máximo fijado por la junta— se deja a la discreción del consejo. A efectos de dicha distribución, el artículo 217. 3 LSC establece que se deberán tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

- (ii) Según se deriva del art. 249 LSC, los consejeros ejecutivos percibirán por la prestación de los servicios ejecutivos de dirección y gestión la retribución que al efecto apruebe el consejo de administración, sin necesidad de acuerdo de junta. Se confirma así la superación definitiva de la “teoría del vínculo”, según la cual, la retribución de las funciones ejecutivas debía tener respaldo estatutario, y su importe máximo, aprobación por la junta general.

Tras la reforma, los conceptos por los que el consejero ejecutivo puede recibir una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas no precisan soporte estatutario, ni el importe necesita aprobación de la junta. Tales conceptos y cantidades deberán estar regulados de forma precisa en un contrato que necesariamente deberá firmarse entre el consejero y la sociedad (ver apartado 3.4b) anterior).

La LSC asume así, tal y como es práctica habitual en empresas de una determinada magnitud, que los consejeros ejecutivos recibirán una remuneración diferenciada y adicional a la percibida en su condición de meros consejeros.

\* \* \*

Madrid, 3 de julio de 2015