



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Trabajo Fin de Grado

Alumno: Marín Arroyo, Remedios

Mayo, 2019

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
TABLAS E IMÁGENES	4
RESUMEN EN ESPAÑOL Y ABSTRACT.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	7
2.1.Concepto y competencias del órgano de administración	7
2.2.Modos de organizar el órgano de administración	8
3. CONFORMACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	9
3.1.Requisitos subjetivos.....	9
3.2.Prohibiciones.....	9
3.3.Nombramiento.....	10
3.4.Administradores suplentes	12
3.5.Remuneración de los administradores	12
3.6.Duración del cargo, caducidad y cese	15
4. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.....	17
4.1.Concepto	17
4.2.Deber de diligencia	19
4.3.Deber de lealtad.....	19
5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	22
5.1.Presupuestos	22
5.2.Alcance de la responsabilidad.....	23
5.2.1. ¿Carácter solidario o subsidiario?	23
5.3.Acción social de responsabilidad	24
5.4.Acciones individual de responsabilidad.....	26
5.5.Prescripción de las acciones de responsabilidad	27
6. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.....	28
6.1.Composición y constitución.....	28
6.2.Organización y funcionamiento	29
6.3.Delegación de facultades.....	30
6.4.Adopción e impugnación de acuerdos	31
6.5.Convocatoria del consejo de administración.....	33

7. REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES.....	33
7.1.Concepto de la Sociedad Comanditaria por Acciones	33
7.2.Tipos de socios y administradores	34
7.3.Similitudes y diferencias con la Sociedad Anónima.....	34
8. CONCLUSIONES	36
9. REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS	37
9.1.Legislación	37
9.2.Jurisprudencia.....	37
9.3.Bibliografía.....	37
9.4.Webgrafía	38

LISTADO DE ABREVIATURAS

- art.: artículo
- C. de C.: Código de Comercio.
- CC: Código Civil.
- LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- RAE: Real Academia Española.
- RM: Registro Mercantil.
- RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- S. Com. por A.: Sociedad Comanditaria por Acciones.
- S.A.: Sociedad Anónima.
- SRL: Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TRLSA: Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- TS: Tribunal Supremo.

TABLAS E IMÁGENES

Tabla 1: Tipos de sociedades de capital según la LSC.

RESUMEN

El modelo de organización corporativa de las sociedades de capital descansa en dos órganos: la junta general y los administradores.

El primer órgano es deliberante porque reúne a los socios y da a conocer su voluntad.

Mas mi pretensión con este trabajo es acercar al lector el órgano administrativo de estas sociedades. Para lo cual, en primer lugar trataré ciertas cuestiones generales, después hablaré de su conformación, de los deberes y responsabilidad de los administradores, así como del consejo de administración. Finalmente daré unas nociones respecto a la sociedad comanditaria por acciones, pues en ciertos puntos difiere con los otros tipos societarios.

Y todo esto, bajo el amparo de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT

The model of corporate organization of the capital companies rests in two bodies: General Meeting and the administrators.

The first organ is deliberative because expresses the pleasure of the partners.

But my goal with this essay is to bring the reader the administrative body of these societies. For this reason, firstly I am going to comment on some general questions, then I will talk about its conformation, the obligations and responsibilities of the administrators, as well as the Management Board. And finally, I am going to give insights into the Partnership Limited by Shares, because in certain items is different with regard to the other types of capital companies.

We will study all this under the Spanish law of capital companies.

1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades capitalistas encuentran su regulación 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. Nos encontramos con tres tipos de sociedades de capital en dicha norma, y para ver cuáles son, sirva la Tabla 1 como resumen.

	S. R. L.	S.A.	S. Com. por A.
Composición del capital (art. 1 LSC)	Se compone de las aportaciones de todos los socios.		
	Se divide en participaciones.	Se divide en acciones.	
Responsabilidad socios (art. 1 LSC)	Se limita la responsabilidad al capital aportado.		Al menos el socio colectivo tiene que responder personalmente.
Carácter mercantil (art. 2 LSC)	Las sociedades de capital tienen este carácter, cualquiera que sea su objeto.		
Capital social mínimo (art. 4 LSC)	3 000€	60 000€	
Razón social (art. 6 LSC)	– Sociedad de Responsabilidad Limitada – Sociedad Limitada – Abreviaturas: S.R.L. o S.L.	– Sociedad Anónima – S.A.	– Sociedad Comanditaria por acciones – S. Com. por A.

Tabla 1: Tipos de Sociedades de Capital según la LSC.

Tras estas notas introductorias, decir que una sociedad mercantil es una persona jurídica, por este motivo, necesita actuar a través de órganos. Uno de estos órganos, es el de administración, del cual trata el presente trabajo. Es necesario e importante porque su actuación conlleva la realización de una actividad empresarial, por lo que tiene encomendadas funciones de representación, gestión y gobierno de la sociedad que administra.

Así que voy a ahondar en su conformación, organización, así como determinados asuntos concernientes a los administradores, tales como sus derechos, deberes y la responsabilidad a la que tienen que hacer frente en determinadas situaciones.

2. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.

2.1. CONCEPTO Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

El órgano de administración de una sociedad de capital es la persona o conjunto de personas físicas, llamados administradores, que tienen las competencias de gestión y representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, en sus relaciones jurídicas con terceros, bajo las pautas de la ley, según establece el artículo 209 LSC.

En primer lugar, la representación de la sociedad, corresponde a este órgano por ser el ente facultado para *“intervenir en el tráfico jurídico por cuenta de la sociedad, representándola y vinculándola en todos sus contratos con terceros”* (Menéndez Menéndez & Rojo Fernández-Río, 2017). Y todo esto, en la forma recogida por los estatutos.

La Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 233, atribuye el poder de representación de la sociedad a los administradores. Y será diferente según la forma del órgano administrador. Es decir, si hay un único administrador le corresponderá esta competencia a él; si hay varios solidarios a cada uno; en la S.R.L. si hay más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejerce mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma recogida en los estatutos; si la sociedad es anónima se hará de forma mancomunada; en el caso del consejo de administración, corresponde al propio consejo, pero los estatutos pueden atribuirle dicha facultad de representación a uno o varios miembros del consejo.

Además, observando el tenor literal del artículo 234 LSC, podemos ver el ámbito del poder de representación de los administradores:

“1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

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

Así pues, este ámbito es inderogable, porque si hay limitaciones en los estatutos sociales, tendrán una eficacia interna, pero no intervendrá ni perjudicará al ámbito de poder de representación de la sociedad frente a terceros.

En segundo lugar, la administración de la sociedad supone llevar a cabo los actos de gestión necesarios para poder realizar las actividades empresariales que constituyen el objeto social de la empresa en cuestión. Implicaría *“la fijación de la política general de la empresa, la*

programación de objetivos y la actividad de gestión diaria de la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales, financieros y otros”.¹

Cabe comentarse aquí, que los actos no incluidos dentro del objeto social, los administradores no podrán realizarlos sin que la junta lo acuerde o los estatutos les faculden para ello (art. 234 LSC).

Tras estas dos competencias, expresamente citadas en la ley, que son las recogidas por todos los manuales, he de referirme a la noción de gobierno, pues según Vicent Chuliá, “*viene implícitamente reconocida en la Ley e incluye el cumplimiento de las normas legales y estatutarias, su interpretación, y el impulso necesario a los demás órganos sociales para ello: convocatoria de junta general, proyectos de fusión y escisión, demanda de disolución judicial de la sociedad, entre otros*”.² Esta competencia se derivaría del deber de diligencia, recogido en el art. 225 LSC, que más adelante abordaré.

En definitiva, podemos ver la actuación de los administradores en una doble vertiente: en el orden interno, por su labor de gestión y administración; y en el orden externo, por sus tareas de representación.

2.2.MODOS DE ORGANIZAR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

En cuanto a los modos de organizar el órgano de administración, encontramos el artículo 210 LSC, del cual se desprende que la administración de la sociedad puede confiarse en un administrador único, varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta, o un consejo de administración.

Cuando se confía a un solo administrador, éste tiene que ejercer el poder de representación. Si hay varios administradores solidarios, éstos pueden actuar separadamente tanto para la representación como para la gestión de la sociedad de forma indistinta.

Si hay varios administradores mancomunados tendrá que actuar conjuntamente y de común acuerdo.

Y si lo que hay es un consejo de administración, éste desarrollará de forma colegiada la representación de la sociedad, a no ser que los estatutos le confieran a uno o varios consejeros determinadas facultades.

¹ “Órganos de administración de la sociedad mercantil”, Wolters Kluwer, disponible on line: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjEwtztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkO7IPDUAAAA=WKE

² “Órganos de administración de la sociedad mercantil”, Wolters Kluwer, disponible on line: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjEwtztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkO7IPDUAAAA=WKE

En la S.A., si la administración conjunta se confía a dos administradores, éstos podrán actuar mancomunadamente. Si se confía a más de dos, conformarán un consejo de administración. Respecto a este tipo societario, vemos cómo recoge esta idea el artículo 124 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

En la sociedad de responsabilidad limitada, los estatutos sociales establecen los modos de organizar la administración, otorgando a la junta de socios la competencia de optar por un modo u otro. Y pueden establecer un sistema único (uno de los ya comentados) o varios como sistemas alternativos. Si es así, la junta general decidirá cuál de los sistemas será el idóneo.

En la S.R.L. se observa un mayor margen a la hora de decidir el modo de organizar la administración en los estatutos, para que luego, eso sí, la junta general lo concrete.

Y obviamente, aquel acuerdo que modifique la forma de organizar la administración de la sociedad se tendrá que elevar a escritura pública y posteriormente registrarlo en el RM.

Por otro lado, añadir que la junta general tiene que determinar el número de administradores cuando en los estatutos solo se fije un número máximo y mínimo, bajo los límites que la ley establezca.³

3. CONFORMACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

3.1.REQUISITOS SUBJETIVOS.

En una sociedad de capital sus administradores pueden ser personas físicas o jurídicas⁴.

Ahora bien, en el caso de que el administrador sea persona jurídica, el artículo 212 bis de la LSC impone a este tipo de administrador el deber de designar una persona natural para el ejercicio permanente de sus funciones. Es algo lógico, pues es más práctico tener una persona física a la que poder dirigirte más personalmente.

Además, si el representante revoca, esto no produce efecto hasta que no se designe una persona que la sustituya.

El precepto reconoce expresamente la posibilidad de que se designe administrador a una persona jurídica, pero para poder inscribirse en el Registro Mercantil, tiene que constar la identidad de una persona física que se haya designado para representar a la jurídica en el ejercicio de las funciones propias a su cargo.⁵

³ Art. 211 y 160.b) RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁴ Art. 212.1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁵ Art. 215.1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

Esto es algo lógico, pues la persona jurídica, para actuar en el tráfico empresarial, es más fácil que lo haga a través de una persona física concreta a la que poder dirigirte personalmente.

Por otro lado, no se necesita ser socio para ser nombrado administrador, salvo que los estatutos de la sociedad dispongan lo contrario.⁶ El hecho de que el administrador no sea socio, quizás tenga que ver con que desempeñe su cargo con más imparcialidad y objetividad que si tiene intereses en juego al ser socio.

3.2.PROHIBICIONES.

La LSC en su artículo 213.1 recoge las prohibiciones para ser administradores, entre las que se encuentran las siguientes circunstancias:

- 1) Ser menor de edad no emancipado. Aquí es de resaltarse una controversia, pues parte de la opinión jurídica piensa que un menor que esté emancipado no puede ser administrador, ya que el art. 323 CC restringe sus facultades. Y es que, como es lógico, un administrador no puede tener sus facultades limitadas, así que por este motivo la doctrina ve cierta confrontación en esta concreta prohibición.
- 2) Estar judicialmente incapacitado. Si una sentencia así lo ha declarado, sería lógico que esté incapacitado también para realizar este cargo. Ya que la persona está en una situación en la que no tiene suficiente capacidad psíquica sobre todo para poder gobernarse a sí mismo, así que no va a poder realizar un cargo de administrador por sí mismo tampoco. Digo capacidad psíquica y no física porque hay suficientes avances hoy en día como para superar las barreras que nos ponen las incapacidades físicas, no lo veo obstáculo para esto.
- 3) Estar inhabilitado con motivo de un procedimiento concursal, hasta que no finalice el período de inhabilitación establecido en la sentencia. Aquí la persona sí que tiene sus plenas capacidades para desarrollar el cargo administrativo, pero está inhabilitado para poder desempeñarlo como consecuencia de una insolvencia en la que es partícipe. Así que no convendría que representase y gestionase a una sociedad una persona en tal condición.
- 4) Los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por alguna falsedad.

Si ha cometido alguno de estos delitos, como la apropiación indebida como ejemplo de falsedad, objetivamente hablando, quizás esta persona no sea la más adecuada para desempeñar el cargo.

⁶ Art. 212.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

- 5) Aquellos que por su cargo no puedan desarrollar la actividad de comercio, como aquellos que sean miembros del Gobierno.
 - 6) Funcionarios que estén al servicio de la Administración pública con funciones relacionadas con las actividades de las sociedades de las que pretenden ser administradores.
 - 7) Jueces o magistrados.
 - 8) Y aquellas demás personas que se encuentren afectadas por alguna incompatibilidad legal.
- En estos tres últimos casos, obviamente si el cargo de la persona como administrador entra en conflicto con otra profesión que realice, es mejor que no sea administradora de la sociedad. Una vez establecidas estas prohibiciones hay que ver si concurren las incompatibilidades legales que se prevean en las leyes de las Comunidades Autónomas, así como del Estado. Como se observa, estas prohibiciones hacen notar que un administrador debe ser un cargo que le corresponda a alguien totalmente objetivo e imparcial y que además tenga sus plenas facultades, tanto volitiva como intelectual.

3.3.NOMBRAMIENTO.

Se tratará a continuación el nombramiento de los administradores, su aceptación, así como su posterior inscripción.

Cuando se constituye la sociedad, han de establecerse en la escritura fundacional los primeros administradores.⁷ Y nos encontramos con la regla general de que todos los nombramientos posteriores son competencia de la junta general, con las excepciones que la ley establezca. Si no existe disposición estatutaria, la junta puede fijar las garantías que los administradores han de prestar o relevarlos de esta prestación. Este principio de elección en la S.R.L. tiene un carácter absoluto, ya que no se da otro procedimiento de designación alternativo.

Pero en las sociedades anónimas este principio tiene dos excepciones para los miembros del consejo de administración:

- La primera excepción nace al establecer la LSC un sistema de representación proporcional de los accionistas en el consejo de administración. Con esto se intenta garantizar el derecho de los socios más significativos de la sociedad a intervenir en la designación de sus miembros. Así que, el accionista o los accionistas que representen una cifra de capital igual o superior al cociente de dividir la cifra de capital por el número de vocales del consejo dispondrán de la facultad de designar a un miembro de éste. De esta forma hay

⁷ Art. 22.1. e). RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

cierta proporcionalidad entre la participación en el capital social y la representación en el consejo.

- La segunda excepción tiene mayor importancia práctica. Trata sobre el sistema de cooptación para la cobertura de vacantes anticipadas que se den en el consejo de administración. Aquí se le da al consejo la facultad de que nombre a las personas que van a ocupar esas vacantes y así eludir la costosa convocatoria de la junta general.

Esto debería ser algo excepcional, pero en realidad se da con frecuencia en las sociedades cotizadas. Esto ocurre porque la LSC en este caso de las sociedades cotizadas, equipara la competencia de la junta con la del propio consejo en relación al nombramiento de sus miembros y es flexible en ciertos requisitos de la cooptación.

Dejando esto atrás, decir que el ser nombrado administrador no necesita ningún requisito especial, ni siquiera es necesario ostentar la calidad de socio, a no ser que los estatutos digan lo contrario⁸.

Por otro lado, los administradores deben de aceptar su nombramiento para que desde ese instante tenga efecto. Pueden aceptar esto en la junta general o posteriormente.⁹

Una vez que se acepta y por tanto surte efecto, ha de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 215 LSC y arts. 138 y ss. y 191 y ss. RRM).

Cabe aclarar que hasta que no se dé la aceptación no podrán inscribirse en el Registro Mercantil. Una vez que se dé la aceptación, deberá presentarse el nombramiento de los administradores a inscripción en el RM en un plazo de diez días posteriores a la aceptación. Se tiene que hacer constar en dicha inscripción la identidad de los nombrados, y en cuanto a aquellos administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, tendrá que constar si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente, o sea, el modo de organización que van a desarrollar.

Es necesario comentar que el nombramiento de los administradores, como ya he dicho, despliega efectos desde el instante de su aceptación, y que la inscripción en el RM no es constitutiva, aunque sí obligatoria. De tal modo que estarían permitidos aquellos actos llevados a cabo antes de la inscripción.

⁸ Art. 212.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁹ Art. 214.3 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

3.4.ADMINISTRADORES SUPLENTES.

En el supuesto de que los administradores nombrados cesen en su cargo, es decir, se den vacantes de forma sobrevenida, se pueden nombrar uno o varios administradores suplentes, según especifica el art. 216 LSC. Este nombramiento corresponde a la junta general.

Añadir que no se podrá nombrar a un administrador suplente cuando un administrador cesa en su cargo por el hecho de que se acabe el tiempo que se estimó para el ejercicio de sus funciones.

Es de destacar la posibilidad de que se den dos circunstancias, en base a que el administrador que cesa en su cargo tuviese un plazo acotado y definido o indefinido para realizar sus funciones:

- Si el administrador tenía un plazo definido, según los estatutos sociales, el nombramiento del administrador suplente se hace para el período que al otro administrador le ha faltado cumplir, o sea, por el tiempo restante. Pero esta posibilidad se excluye en el caso de las sociedades cotizadas.¹⁰
- Si la duración del cargo no es definida como en el caso anterior, el administrador suplente tendrá carácter de indefinido también.

Tras esto, comentar que el nombramiento y la consiguiente aceptación de estos nuevos administradores se han de inscribir en el Registro Mercantil una vez que se haya producido el cese del titular anterior.

Por último, decir que en los propios estatutos de la sociedad se puede descartar o imponer la posibilidad de que la junta nombre o no un administrador suplente.

3.5.REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

En este tema se observan diferentes conflictos, pues de un lado se encuentra el administrador, que querrá obtener la mayor remuneración que le sea posible; por otro lado está la sociedad, que pretenderá que sus gastos sean lo más pequeños posibles; y por otro, los socios, que además querrán obtener beneficios. Por estas discrepancias es necesaria la aplicación del principio de transparencia y *“una gobernanza empresarial sana, como se puede observar en*

¹⁰ Art. 259 decies 3 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras”¹¹.

La normativa sobre la remuneración de los administradores sufrió una modificación importante con la reforma de 2014 de la LSC, acatando las recomendaciones comunitarias.

La LSC en el primer apartado del artículo 217 recoge el principio general para la remuneración de los administradores, el cual es la gratuidad del cargo. Pero puede establecerse un carácter retributivo en los estatutos sociales, donde deberá hacerse constar específicamente, con todos los datos concernientes. Aquí se observa cómo el principio de transparencia, antes comentado, está manifestándose. Así mismo, esto se ve ajustado al marco estatutario y a lo que la junta general apruebe en cuanto a su importe máximo y conjunto.

Que esto se recoja en los estatutos está en clara relación con el artículo 23.d) LSC, el cual reza que una de las menciones de los estatutos con respecto a los administradores será *“el sistema de retribución, si la tuvieran”*.

La remuneración de los administradores sociales necesita per se que se encuentre plasmada en los propios estatutos sociales. Y se puede comprobar un continuo cambio en su regulación. Por ejemplo, la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas de 1951 fijaba que *“La retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos”¹²*. Después el TRLSA introdujo el contenido del artículo que acabo de reproducir; y más tarde se han ido haciendo diversos cambios hasta llegar al punto en el que hoy nos encontramos.

Es pertinente conocer que el TS en la sentencia 412/2013, de 18 de junio, cree necesario mantener el mandato de establecer el carácter retribuido del cargo de administrador y de su sistema de retribución en los estatutos sociales *“aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en aminorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles”*.

Lo que se pretende, según el TS, es que los propios socios establezcan el régimen retributivo de los administradores de la sociedad mediante un acuerdo en la junta, y que estén bien

¹¹ Cohen Benchetrit, A. (2017), *“¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?”*. Disponible on line: <https://elderecho.com/nuevos-cambios-normativos-en-materia-de-remuneracion-de-administradores-sociales>

¹² Art. 74 Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. Boletín Oficial del Estado, número 199/1951, de 18 de julio de 1951.

informados sobre la remuneración que se les da a las personas que se encargan de la administración de su sociedad.

El art. 217.3 LSC obliga a que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores se tenga que aprobar por la junta general. Esa aprobación del máximo de la remuneración anual tendrá vigencia para cada ejercicio, a no ser que se modifique por medio de otro acuerdo.

En este mismo apartado, se le atribuye a los administradores o cuando exista al consejo de administración, la competencia de distribuir la concreta retribución individual de cada uno de los administradores o consejeros. En relación con estos últimos, la distribución deberá tomar en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

Para concretar la remuneración de los administradores, tenemos que estar a lo dispuesto en la LSC, pues ahí encontramos los criterios generales que permiten concretar esto: *“La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá 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”*.¹³

Todos estos criterios se desprenden de las disposiciones desarrolladas en el marco del buen gobierno, fruto de una gobernanza empresarial sana.

En el art. 217.2 LSC se distinguen diferentes conceptos retributivos que pueden integrar la remuneración de los administradores. Pero según Sánchez Calero, no es ésta una lista cerrada, por lo que los estatutos de una sociedad pueden establecer otros conceptos retributivos.¹⁴

Por otra parte, es de resaltar que hay conceptos retributivos que dan lugar a disposiciones normativas adicionales dentro de la LSC. Así vemos la remuneración mediante participación en beneficios y aquella vinculada a las acciones de la sociedad.

La primera se recoge en el art. 218 LSC, diciendo éste que si se da este concepto retributivo, los estatutos de la sociedad tendrán que determinar la participación o el porcentaje máximo de la participación. Además, a la junta general le compete determinar el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en el marco estatutario.

¹³ Art. 217.4 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

¹⁴ Sánchez Calero, F., (2018), “Principios de Derecho Mercantil. Tomo I”, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

En el caso de que estemos ante una sociedad limitada, el porcentaje máximo de participación nunca podrá ser superior al 10% de los beneficios repartibles entre los socios.

Cuando se trate de una S.A., la participación únicamente podrá ser detraída de los beneficios líquidos, después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y estatutaria, y haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que se haya fijado en los estatutos.

En cuanto a la segunda, la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, hay que citar el art. 219 LSC. Pues éste nos indica que habrá que hacer referencia a esta remuneración en los estatutos sociales y que su aplicación partirá de un acuerdo de la junta general. Este acuerdo debe de incluir el número máximo de acciones que se pueden asignar en cada ejercicio, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

Es de destacar cierta controversia en torno a la figura del consejo de administración, pues... ¿ha de regirse su remuneración por las misma normativa que los administradores? Y es que según una polémica y reciente STS de 26 de febrero de 2018 se debe usar de forma cumulativa tanto lo recogido en el art. 217 (sobre la remuneración de los administradores) como en el art. 249 de la LSC (establece las facultades que los administradores delegan en los consejeros, por lo que estos últimos solo estaban sujetos a este artículo). Así pues, *“la remuneración de los consejeros ejecutivos debe estar prevista en los estatutos, ser ajustada a los límites máximos impuestos por los socios, regirse por las reglas establecidas en el art. 217 LSC y siguientes y, además, plasmarse en un contrato que cumpla con todas exigencias de los apartados 3 y 4 del art. 249 LSC”*.¹⁵ Al final resulta una solución a medio camino la que se plantea en este extracto.

3.6.DURACIÓN DEL CARGO, CADUCIDAD Y CESE.

En primer lugar, en cuanto a la duración, hemos de acudir al art. 221 LSC.

Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, a no ser que los estatutos establezcan un plazo determinado.

En el caso de que los estatutos establezcan un plazo determinado hay que distinguir si es un administrador de una S.R.L. o una S.A.

¹⁵ De Osma, L., “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la STS de 26 de febrero de 2018”, Actualidad Jurídica, nº 48, por Uría Menéndez and Dykinson, Ed. Dykinson, 2018.

En la sociedad de responsabilidad limitada es frecuente que el nombramiento sea por un tiempo indefinido, pero cabe la posibilidad de que sea para un periodo determinado también. Mientras que en la S.A., sus administradores desempeñarán el cargo que tengan encomendado en el plazo determinado por los estatutos, no pudiendo ser superior a seis años y siendo igual para todos.

Además, en estos dos supuestos, el plazo tendrá que establecerse claramente para todos los administradores, sin admitirse delegaciones en la junta general para concretarlo. Además los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o más veces, por períodos de igual duración. Esta reelección puede encontrarse limitada en los estatutos y además, es un nuevo nombramiento del administrador, así que seguirá otra vez el proceso de nombramiento ya explicado.

En segundo lugar, en cuanto al tema de la caducidad, hemos de acudir al art. 222 LSC. Y es que éste nos indica que si vence el plazo del cargo, caducará.

El nombramiento del administrador caduca en dos momentos:

- Cuando una vez transcurrido el plazo del cargo, se haya celebrado junta general.
- O cuando se haya pasado el plazo para celebrar la junta que resuelve sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

Estos momentos los establece el legislador para ir en consonancia con el principio de continuidad en la actividad de la empresa.

Un ejemplo muy esclarecedor al respecto, sería el siguiente. *“Imaginemos que la fecha límite para la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio anterior fuera el 30 de junio (ya que se trata de una sociedad cuya fecha de fin de ejercicio coincide con el 31 de diciembre), si el administrador fue nombrado en el primer semestre del año, su nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la primera junta general siguiente al vencimiento del plazo, o simplemente con la llegada del día 30 de junio, ya que en esa fecha termina el plazo legal para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.*

Por el contrario, si el administrador fue nombrado dentro del segundo semestre del año, su nombramiento no caducará hasta que no se celebre la siguiente junta general o haya transcurrido el plazo requerido para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas y la aplicación del resultado; por lo que cuenta con una prórroga muy

superior a la que tendría si el nombramiento se hubiera hecho en el primer semestre del año.”¹⁶

Y por último, el cese se encuentra reflejado en el precepto 224 LSC.

Como causa de cese está el acuerdo de la junta general. Y en el caso de las sociedades anónimas se establecen unos supuestos especiales, tales como: cuando los administradores incurran en alguna prohibición legal o cuando tengan intereses opuestos a los de la sociedad. Sánchez Calero¹⁷ especifica las siguientes causas de cese para los administradores en las sociedades anónimas: Acuerdo de la junta general para destituirlo (arts. 223 y 224 LSC; sobre la inscripción de la separación, v. art. 148 del RRM); acuerdo de la junta de promover la acción de responsabilidad contra los administradores (art. 238.2 LSC); disolución de la sociedad una vez que se abre el período de liquidación (art. 374 LSC); dimisión del administrador (v. arts. 242.2 LSC y 147.1 del RRM); muerte del administrador, en el caso de que sea una persona física, o su disolución si es jurídica; iniciación de la fase de liquidación en el procedimiento previsto por el art. 27 Ley Concursal; y en determinadas sociedades anónimas especiales cuando lo acuerde la Administración Pública conforme a su régimen. Así mismo establece que este cese deberá hacerse constar en el Registro Mercantil (arts. 145 a 148 del RRM).

4. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

4.1.SIGNIFICADO.

Los deberes de los administradores son aquellas obligaciones que éstos han de acatar. Tienen que someterse a unos criterios de actuación, que les marcarán las directrices a la hora de desempeñar su cargo. En caso de que incumplan estos deberes, surgirá responsabilidad, y serán los administradores los que tendrán que responder ante esta situación. Mas esto se estudiará en el siguiente punto (5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES).

Según García de Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L.¹⁸, estas obligaciones son conocidas también bajo el nombre de deberes de actuación o de conducta, así como deberes fiduciarios.

Entre todos los deberes que nos desarrolla la LSC en los artículos 225 y ss., podemos hacer dos grupos, tal y como los autores que acaban de ser citados han establecido¹⁹, para

¹⁶ Escudero, P. (2017), “Duración del cargo de administrador”. Disponible on line: <https://iniciativafiscal.com/duracion-del-cargo-de-administrador/>

¹⁷ Sánchez Calero, F., (2018), “Principios de Derecho Mercantil. Tomo I”, Parte Tercera, Capítulo 10, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

¹⁸ Menéndez Menéndez, A y Rojo Fernández-Río, A (2018), “Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I”, Lección 23, Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra.

posteriormente desglosarlos en otros deberes y especificaciones más concretas. Éstos serían: el deber de diligencia y el de lealtad.

4.2.EL DEBER DE DILIGENCIA.

En primer lugar, me remito al art. 225 LSC, el cual trata el deber general de diligencia:

“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, 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.”

Del citado precepto podemos extraer que este deber se basa en el principio general de actuar *“con la diligencia de un ordenado empresario”* para llevar a cabo una correcta gestión empresarial.

Según la RAE, diligencia es entendida como *“Cuidado, prontitud, agilidad, competencia en la acción”*²⁰ y es que son estos los criterios con los que cualquier administrador de una sociedad de capital ha de obrar.

Ahora bien, el art. 225 recoge varios criterios que permiten concretar el contenido del deber de diligencia en cada momento.

En primer lugar, como dice el primer apartado del citado precepto, este deber ha de relacionarse con *“la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”*. El nivel de competencia y dedicación se va a ver condicionado por las comisiones del consejo en que participe o las funciones que se le encomienden. Así pues, el deber de diligencia al que se encuentran sometidos todos los empresarios ha de acotarse según la función realizada por cada administrador. Por ejemplo, como dice de forma clara y visual Sánchez Calero²¹, *“no puede esperarse idéntica diligencia del presidente ejecutivo o del consejero delegado que del consejero común. [...] porque lo que distingue principalmente a los llamados consejeros*

¹⁹ Menéndez Menéndez, A y Rojo Fernández-Río, A (2018), “Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I”, Lección 23 Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra.

²⁰ Real Academia Española (2019), Madrid, Disponible online: <https://dle.rae.es/?id=DmapFfE>

²¹ Sánchez Calero, F., (2018), “Principios de Derecho Mercantil. Tomo I”, Parte Tercera, Capítulo 10, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

ejecutivos es una completa y puntual información de la marcha de la sociedad y una especial capacidad para impulsar la actividad de ésta.”

En segundo lugar, nos encontramos con las funciones que le son atribuidas a cada administrador. Que como el criterio de la naturaleza es acertado sobre todo en sociedades medianas y grandes, para imponer en el órgano administrativo una distribución de funciones y así mejorar su rendimiento.

El art. 225.2 LSC recoge dos circunstancias de los administradores para que obren con la debida diligencia:

- 1) Una primera indica que los administradores deberán tener la dedicación adecuada: esto nos lleva a las distintas clases de administradores, a la variedad de cargos que coinciden en un mismo órgano de administración y a la propia dimensión y actividad de la sociedad. Estas circunstancias variarán el criterio de esa correcta adecuación.
- 2) La segunda circunstancia nos lleva a los criterios habituales del sistema de buen gobierno: A los administradores se les considerará diligentes por su actuación individual y por cómo organizan la gestión de la sociedad. Esto ha de completarse con la función de control o supervisión, que así mismo se encuentra relacionada con la responsabilidad general y solidaria que reza el art. 236 LSC.

En tercer lugar, el deber de diligencia debe interpretarse como un deber individual de información y el art. 225.3 LSC así lo recoge. La peculiaridad de esto está en que el administrador tiene un deber que resulta ser un derecho, y que una vez que lo ejerce traslada a la sociedad el correspondiente deber de informar.

El deber de diligente información incorpora un derecho individual del administrador y éste está objetivamente limitado. Recabar información es un comportamiento correcto y leal siempre que guarde relación con el cumplimiento por el administrador de sus obligaciones.

Una vez comentado esto, resaltar la protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC), que incorpora en nuestro Derecho el principio de la doctrina jurisprudencial estadounidense “business judgement rule”. Esta regla se aplica a los actos de gestión de la sociedad: decisiones estratégicas y de negocio. Si se dan determinados presupuestos, estas decisiones irán en consonancia con el estándar del empresario. Así vemos cómo surge un espacio de inmunidad judicial en relación con estos actos, basado en que en estos supuestos el administrador actúa de buena fe, haciendo lo que más le interesa a la sociedad.

La aplicación de esta regla de protección se sujeta al cumplimiento de ciertos presupuestos que recoge el art. 226.1 LSC:

- 1) el administrador que haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión: esto excluye a aquellas decisiones en las que tenga interés, así como aquellas *que afecten a otros administradores y personas vinculadas* (art. 226.2 LSC). Mas cuando se ve comprometida la imparcialidad del administrador, nos encontraríamos ante un incumplimiento del deber de lealtad y no del de diligencia.
- 2) con información suficiente: esto quiere decir que deberá el administrador desempeñar su cargo haciendo uso de su buen racionio, viendo todos los elementos necesarios existentes.
- 3) y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado: ha de actuar dentro del marco de las reglas societarias que regulan el proceso de toma de decisiones.

4.3.EL DEBER DE LEALTAD.

Ahora, he de comentar el art. 227 LSC, el cual reza lo siguiente:

1. *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.*
2. *La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.*

Este deber se puede resumir en la obligación de actuar “*con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. De lo que se desprende que el administrador de una sociedad ha de actuar defendiendo los intereses societarios por encima que los suyos propios. Y es que como bien define el Diccionario de la Real Academia Española, la lealtad es el “*cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien*”.

Este deber, vemos como se desglosa en los siguientes artículos de la LSC:

- 1) Art. 228: obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.
- 2) Art. 229: deber de evitar situaciones de conflicto de interés.
- 3) Art. 230: régimen de imperatividad y dispensa.

En primer lugar, el art. 228 LSC recoge diversas obligaciones derivadas del deber de lealtad, entre las que encontramos:

- a) *No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.*

- b) *Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*
- c) *Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*
- d) *Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*
- e) *Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.*

En segundo lugar, el art. 229 LSC recoge el deber de evitar situaciones de conflicto, y en su primer apartado cita las siguientes obligaciones del administrador en las que deberá de abstenerse de:

- a) *Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.*
- b) *Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.*
- c) *Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.*
- d) *Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.*
- e) *Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.*
- f) *Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.*

En el segundo apartado del artículo 229 LSC se recoge que estas obligaciones también se aplican si el que se beneficia de los actos o actividades no permitidas es una persona

relacionada con el administrador, como por ejemplo su cónyuge, hermano, hijo, padre, entre otros recogidos en el artículo 231 de la misma ley.

El último apartado del artículo 229, el legislador, para ser consecuente con el derecho de información del socio y el principio de transparencia que mencioné al principio, explica que los administradores perjudicados tienen que comunicar a los demás, bien junta o bien miembros restantes del órgano administrativo, cualquier situación de conflicto. Y además, se deben exponer estas situaciones en la memoria de las cuentas anuales o en el informe anual de gobierno corporativo en el caso de las sociedades cotizadas.

Estas obligaciones, por su carácter instrumental antes señalado, pueden ser objeto de dispensa, aunque solo para casos singulares, como por ejemplo la obligación de no competir con la sociedad si no se esperan daños (art. 230 LSC).

Por último, el art. 232 LSC trata sobre las acciones derivadas del incumplimiento del deber de lealtad, estableciendo que *“el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y ss. LSC no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”*.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

5.1.PRESUPUESTOS

Ser el administrador de una sociedad mercantil conlleva consigo soportar muchas responsabilidades, de las que ni siquiera el propio administrador es consciente a veces.

Pues una mala acción de un administrador puede dar lugar no solo a responsabilidad mercantil, sino también a otras, tales como penal, laboral o fiscal.

Hay una gran cantidad de administradores sociales que no sabe realmente las reglas que regulan lo que sí o lo que no pueden hacer, y es que, como ya he comentado anteriormente, tienen que cumplir con los deberes de diligencia y lealtad.

El incumplimiento de estos deberes, así como la realización de cualquier acto que vulnere la ley o los estatutos sociales, hace que los administradores se tengan que someter a un régimen de responsabilidad. Este régimen tiene una naturaleza civil y pretende resarcir los daños que puedan derivarse de su actuación. Pero esta responsabilidad no respondería en el caso de que con la gestión del administrador, esa sociedad tenga más o menos beneficios, la responsabilidad de la que hablo surge cuando dentro del órgano administrativo se llevan a cabo actos improcedentes e ilegales, que son llevados a cabo de forma negligente y abusiva.

En el artículo 236 de la LSC encontramos los presupuestos de responsabilidad de los administradores.

El primer presupuesto nos habla sobre la obligación que tienen los administradores de responder cuando causen algún daño.²² Algo coherente, ya que quien sufre un daño está en una situación injusta, por lo que el derecho ha de intervenir y reparar o al menos resarcir ese daño.

El segundo presupuesto se basa en que los administradores incumplan sus obligaciones, mediante una acción u omisión. Pero tiene que concurrir dolo o culpa, sino no. Además, la culpabilidad se presume cuando el acto resulte contrario a los estatutos de la sociedad o a la ley, pero se admite prueba en contrario que tendrá que aportar el administrador.²³ De tal forma vemos una inversión de la carga de la prueba, donde el administrador tendrá que acreditar todo lo necesario para dejar constancia y probar que no es culpable y que no tiene por ende responsabilidad.

El tercero está en que debe concurrir cierta relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión que ha llevado a cabo el administrador.

Además, se establece en la LSC que no va a eximir de responsabilidad un acto o acuerdo lesivo, por el hecho de que la junta general lo haya aprobado, ya que aquí lo que prevalece es el hecho de que sea algo perjudicial, no el acuerdo de voluntades.²⁴ Algo que resulta del todo lógico, pues si un acuerdo es ilegal, por mucho que haya sido tomado legítimamente, no deja de ser ilegal.

Ahora, en el tercer párrafo del art. 236 se puede observar una extensión subjetiva de la responsabilidad. Pues establece cómo se extiende la responsabilidad de los administradores de igual forma a los administradores de hecho. Siendo estos administradores aquellas personas que en la práctica, con un título nulo o extinguido o sin título, realizan las funciones características de un administrador. Según Sánchez Calero, *“el hecho de que el legislador establezca un concepto normativo del administrador de hecho es un factor de seguridad que dispensa a los Tribunales de tener que determinar en cada caso si se da o no esa condición”*²⁵.

²² Art. 236.1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

²³ Art. 236. 1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

²⁴ Art. 236.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

²⁵ Sánchez Calero, F., (2018), “Principios de Derecho Mercantil. Tomo I”, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

En el art. 236.4 LSC se deja ver otro supuesto de responsabilidad, poniéndonos en el caso de que cuando no haya un consejero delegado en una sociedad, la normativa sobre la responsabilidad será aplicada a quién se le atribuya facultades de más alta dirección en la sociedad. Así que lo importante es la atribución de esas facultades, no el cómo se denomine el cargo que ocupa la persona indicada.

Y por último, el quinto párrafo del ya, tan comentado art. 236 LSC nos da otro supuesto especial de responsabilidad, estableciendo que cuando el administrador social sea una persona jurídica, tiene que encontrarse representada por una persona física, teniendo ésta que reunir los requisitos legales de los administradores. Así que la persona física tendrá los mismos deberes y además responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

5.2. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

5.2.1. ¿CARÁCTER SOLIDARIO O SUBSIDIARIO?

*“Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente”*²⁶. Por tanto, la responsabilidad de los miembros del órgano administrativo que hayan llevado a cabo ese acuerdo o acto lesivo, es solidaria. Ciertamente es que hay una peculiaridad, como toda excepción que confirma la regla, y es que se establece en este mismo precepto que no tendrán responsabilidad los administradores que prueben una causa de exoneración:

- 1) Que el administrador no sepa de la existencia del acuerdo lesivo, si además no estuvo presente en la reunión donde se dispuso dicho acuerdo.
- 2) Que si el administrador conoce la existencia del acuerdo haga todo lo que pueda para eludir el perjuicio.
- 3) Que el administrador se hubiese opuesto al acuerdo.

Pero todo esto no significa que se establezca una responsabilidad colectiva que recaiga sobre el órgano administrativo. Y hago esta negación porque la responsabilidad tiene que individualizarse para cada uno de los administradores. Así que estas posibles causas de exoneración recogidas en la norma quiere decir que ha de hacerse una inversión de la carga de la prueba, ya que al principio se presume que todos son igualmente culpables. Será cada uno el que tendrá que demostrar y probar si en ellos concurre o no alguna de estas salvedades.

Comentar que entre estas causas que exoneran de responsabilidad, no se encuentra la adopción, autorización o ratificación del acto o acuerdo lesivo por la junta general (art. 236.2

²⁶ Art. 237 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

y 238.4 LSC). De esta forma, el legislador evita que los administradores intenten liberar su responsabilidad con un acuerdo expreso o tácito de exoneración por parte de la junta, y además se refuerza la independencia y autonomía con que los administradores han de desempeñar sus funciones.

5.3.ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

Empezar comentando a modo de aclaración, que según el patrimonio que ha sufrido el daño, la acción que ha de ejercitarse va a ser distinta. Cuando sea la sociedad la que padezca el perjuicio por la conducta de los administradores, se habrá de interponer una acción de responsabilidad contra éstos. Esta acción pretende defender y proteger el patrimonio social a través del resarcimiento del perjuicio sufrido. Se recoge explícitamente en el art. 238 LSC.

Están legitimados para interponer la acción, en primer lugar la sociedad y subsidiariamente, los socios; luego los acreedores sociales; y por último, los administradores concursales, en el caso de que la sociedad esté en concurso de acreedores. Estos legitimados aquí actúan por el bien de la sociedad y no por su propio interés.

Esta acción se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, con la posibilidad de adoptarse a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Además, se prohíbe el hecho de que los estatutos establezcan una mayoría especial para la adopción de este acuerdo.

La junta general puede *“transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social”*²⁷. O sea que aquí cierto margen tiene la junta general para decidir sobre si ejercitar o no la acción social.

Ahora bien *“El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados”*.²⁸ El hecho de ejercitar la acción o no implica que ha habido una mala gestión por parte del órgano de administración, por lo que se tendrán que destituir a aquellos administradores que se encuentren involucrados.

Comentar, así mismo, que la aprobación de las cuentas anuales no imposibilitará la utilización de esta acción, ni tampoco significará la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

Los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad podemos encontrarlos en una STS del 16 de abril de 2018, en la que cito literalmente:

²⁷ Art. 238. 2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

²⁸ Art. 238.3 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

“la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.”

Aquí se interpone una acción social, que el Tribunal Supremo ve bien fundada, pues *“las conductas de la Sra. Salome (administradora demandada) fueron realizadas en su calidad de administradora solidaria de la sociedad. Dichas conductas, apropiación de fondos de la sociedad sin justificación alguna, merecen la calificación de antijurídicas por infringir la ley y, además, han producido, con relación de causalidad, un indudable daño patrimonial a la sociedad.”*

La legitimación de la minoría para iniciar la acción social de responsabilidad contra los administradores se encuentra en el art. 239 LSC. Aquí se recoge que la acción social de responsabilidad la puede ejercitar también el socio o los socios que tengan individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, cuando los administradores no hayan convocado la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la haya entablada dentro del plazo de un mes (desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo), o cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

Y directamente podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando el socio fundamente esto en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

En el supuesto de que se estime total o parcialmente la demanda, *“la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional”*.²⁹

Por otra parte, la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social se halla en el art. 240 de la misma ley, la cual reza lo siguiente: *“Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social*

²⁹ Art. 239. 2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”. Obviamente los acreedores verían su situación perjudicada, por lo que se ven en la tesitura de ejercitar la acción de la que vengo hablando.

5.4.ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

Tienen que ejercitar esta acción los socios y acreedores por los actos lesivos que lleven a cabo los administradores, cuando éstos lleven a cabo actos lesivos que perjudiquen directamente los intereses de los socios. Aquí, al contrario que en la acción social, el perjudicado reclama para sí mismo la indemnización del daño que ha sufrido directamente en su patrimonio.

Según la LSC *“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”*³⁰

Ante esto, dice Sánchez Calero, que en realidad, *“este artículo, en lugar de referirse a la acción individual de responsabilidad en singular, nos habla en plural de «las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros», lo que nos pone de manifiesto no simplemente que los titulares de la acción pueden ser varios, sino que pueden existir acciones «individuales» con un régimen no del todo coincidente”*³¹.

En el tercer fundamento jurídico de la STS 3433/2016 de 13 de junio de 2016, la Sala entiende que para la apreciación de la acción individual de responsabilidad de los administradores *“se requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.”*

Como se puede observar, son los mismos requisitos que para la acción social, pero concretando en que es un daño ocasionado a alguien de forma individual.

³⁰ Art. 241 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

³¹ Sánchez Calero, F., (2018), “Principios de Derecho Mercantil. Tomo I”, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

Además, en esta misma resolución del TS, se expresa *“que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual. De otro modo supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital [...] No obstante, en alguna ocasión, la Sala ha admitido que se ejercite la acción individual de responsabilidad para solicitar la indemnización del daño que suponía para un acreedor el impago de sus créditos como consecuencia del cierre de facto de la actividad empresarial de la sociedad.*

Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros. [...] Cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores”

El TS observa cómo no se debe ejercitar la acción individual indistintamente, porque habrá veces que se tendrá que usar y otras en las que será más correcto usar la acción social y así luego mi propio interés se beneficiará, pero primaría el social.

5.5.PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD.

Tanto la acción social como individual comentadas, pueden surgir en relaciones entre socios y administradores y por ello se encuadran en el campo contractual del contrato de la sociedad. Pero también pueden surgir de los actos ilícitos de los administradores, estando entonces en el campo extracontractual.

Y pese a esta variada naturaleza de la responsabilidad, la jurisprudencia se inclina por entender que estas acciones de responsabilidad prescriben a los cuatro años, como el art. 949 C. de c. indica, contándose este plazo desde el día en que se hubieran podido ejercitar.³²

Es de comentar que el artículo 241 bis de la LSC resulta de la reforma de 2014 de dicha ley, y se diferencia del artículo 949 del Código de Comercio en el día inicial de cómputo para el plazo de ejercicio de la acción, dies a quo.

³² Art. 241 bis RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

La polémica que se ha suscitado en torno a esto está en la acción de responsabilidad por deudas sociales, ya que el artículo 241 bis habla específicamente sobre la prescripción de la acción de responsabilidad social y sobre la individual, y no sobre ésta. La doctrina, ante esto, dice que se puede aplicar el artículo 241 bis LSC o el 949 C. de C. Pero hoy día, es algo que sigue creando un vacío jurídico que ha de solventarse.

Comentar, a modo de aclaración, que la responsabilidad por deudas sociales es cuando estando el patrimonio neto de una sociedad por debajo de la mitad del capital social o en situación de insolvencia, los administradores incumplen sus obligaciones de establecer el concurso de acreedores o convocar a los socios en junta general en dos meses para solucionar la situación. Los administradores tendrán que hacer frente con su propio patrimonio de las deudas contraídas después de que se sepa que el patrimonio neto esté por debajo de la mitad del capital social o la sociedad esté en estado de insolvencia. Viéndose una responsabilidad objetiva y solidaria.

6. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

6.1.COMPOSICIÓN Y CONSTITUCIÓN.

Como bien indica el artículo 210 de la LSC, una de las formas de organizar la administración de una sociedad de capital es mediante un consejo de administración, siendo éste un órgano pluripersonal, de carácter colegiado, que tiene que actuar por medio de acuerdos, y al que se le da la facultad de representar y administrar a la sociedad. A este órgano es inherente el principio de la formación de la voluntad del órgano mediante acuerdos de la mayoría de sus miembros.

Este consejo se tiene que conformar por tres miembros como mínimo, y los estatutos sociales tienen que recoger un cierto y determinado número de miembros o el máximo y mínimo. En este segundo caso, o sea, si en los estatutos se establece el número máximo y mínimo, la junta de socios tendrá que determinar después el número cierto. Además, es de comentar que en la sociedad de responsabilidad limitada, el número máximo no puede superar los doce miembros del consejo.³³

Además, la estructura organizativa del consejo se conforma habitualmente como mínimo por un presidente (responsable del funcionamiento y organización del Consejo), varios consejeros (también conocidos como administrativos, los cuales deben saber lo que ocurre en la sociedad, aportar sus opiniones y son responsables finales junto con el presidente) y un

³³ Art. 242 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

secretario (corrige los procedimientos y procura que todo se adecue a la normativa). Además, cuando la sociedad es grande se recomienda la creación de comisiones para que se desarrollen ámbitos concretos, como auditorías. El hecho de crear comisiones, hace que se obtenga un resultado más efectivo al dedicarse a un ámbito particular, y esto por tanto, desembocará en una mejor gestión del cargo encomendado.

6.2. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.

Este consejo, al ser colegiado, requiere unas determinadas reglas de organización y funcionamiento, que deben recogerse en los estatutos sociales, en principio, y si no se recogen ahí se pueden acordar en el seno del propio consejo.

En el caso de las sociedades cotizadas, se exige que estas reglas se recojan en un reglamento del propio consejo, el cual contendrá las medidas se consideren para garantizar una buena administración (art. 528 LSC). Además, se sujeta a un particular régimen de publicidad (art. 529 LSC), para que accionistas e inversores tengan conocimiento de ello.

A modo de aclaración, decir que las sociedades cotizadas son aquellas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores, regulándose en el Título XIV LSC, sobre Sociedades Anónimas cotizadas.

En el artículo 245 LSC podemos ver lo que el legislador ha dispuesto para la organización y funcionamiento del consejo de administración:

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

Así que serán los estatutos los que recojan la organización y el funcionamiento del consejo.

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

En la S.A se observa un amplio poder de decisión por el propio consejo.

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

Es de vital importancia que el consejo se reúna para tratar los temas que le son concernientes. Entre sus funciones encontramos: aprobación de los presupuestos de la sociedad, fijación del plan estratégico general de la empresa, toma de decisiones sobre grandes inversiones de

capital, realización de alianzas estratégicas, seguimiento de la actividad del director general de la empresa y de los altos directivos, entre otros.³⁴

6.3.DELEGACIÓN DE FACULTADES.

Es típico y usual que el consejo delegue sus facultades de gestión y representación en uno de sus miembros o en varios de éstos. Esto es así porque son del todo compatibles las pautas de funcionamiento de un órgano colegiado con las exigencias operativas que impone la gestión cotidiana de una sociedad.

El artículo 249 LSC recoge esta delegación, y en su primer apartado dispone que se permite esta delegación, siempre que no dispongan lo contrario los estatutos. Además, se puede designar a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, disponiendo el contenido, límites y modalidades de delegación.

El segundo apartado del citado precepto, habla sobre la delegación permanente de alguna facultad del consejo. Debido a la importancia de este hecho, estos acuerdos se tienen que adoptar con el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros. Además, no producirá este efecto hasta que se inscriba en el RM.

El tercer apartado del art. 249 habla sobre el hecho de que un miembro del consejo sea nombrado consejero delegado o se le den facultades ejecutivas por otro título. En este caso se tiene que celebrar un contrato entre éste y la sociedad, habiéndolo aprobado ante el consejo de administración, y el resultado es que el consejero al que se le otorgan las facultades no podrá participar en la deliberación ni aportar su voto.

En el último apartado del artículo se explicitan los conceptos que deben ir incluidos en el contrato (retribución, indemnización por cese anticipado...), siempre en base a la política de retribuciones aprobada por la junta general.

La fijación del alcance concreto de la delegación queda remitida a la decisión del propio consejo, que puede concretar las facultades afectadas o expresar que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables (art. 149.1 RRM).

Además de todo esto, la LSC enumera en el art. 249 bis una serie de facultades que en ningún caso pueden ser delegables, las cuales son las siguientes:

a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.

³⁴ Díaz M., (2017), “Consejo de Administración ¿Qué es? ¿Cómo se organiza?”. Disponible on line: https://cursos.com/consejo-administracion/#Consejo_de_Administracion_que_es

- b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.*
- c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230.*
- d) Su propia organización y funcionamiento.*
- e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.*
- f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.*
- g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.*
- h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.*
- i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.*
- j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.*
- k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.*
- l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas*

Estas facultades indelegables se amplían en el caso de las sociedades cotizadas, por la relevancia orgánica que tiene el consejo en estas sociedades y porque el legislador pretende que se desempeñen de forma correcta las funciones de dirección y de supervisión que le corresponden.

6.4.ADOPCIÓN E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS.

En primer lugar, el consejo de administración, al ser un órgano colegiado, necesita un quórum de asistencia y mayoría para la adopción de acuerdos. Este quórum estará válidamente constituido cuando asistan a la reunión, la mitad más uno de sus componentes, adoptándose los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a dicha reunión. El sistema alternativo de votación por escrito y sin sesión solo se admitirá cuando

ningún consejero se oponga a este procedimiento. Las discusiones y acuerdos del consejo se han de recoger en el libro de actas³⁵.

Y estos acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, pueden ser impugnados por los administradores por considerarlos nulos o anulables, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. Impugnación que se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración.

Para la adopción de acuerdos en una sociedad anónima se requiere de la mayoría absoluta de los consejeros que acudan a la sesión. Además, la votación que sea por escrito y sin existencia de sesión, se admitirá en el caso de que ningún consejero se oponga a esto.³⁶

En segundo lugar, en cuanto a la impugnación de acuerdos, se observa en la LSC la posibilidad de que los administradores puedan impugnar los acuerdos del consejo o de otro órgano colegiado de administración. Esto se ha de hacer con un plazo de 30 días. Así mismo, los socios que supongan un uno por ciento del capital social, también podrán impugnar los acuerdos, también con un plazo de 30 días desde que tengan conocimiento del acuerdo y siempre que no haya pasado un año desde que se adoptó.³⁷

Para las causas de impugnación, efectos y tramitación del acuerdo que se trata de impugnar, la propia LSC en su art. 251.2 LSC se remite a los preceptos de la junta para impugnar acuerdos. Por este motivo, las causas de impugnación son: que sean acuerdos contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos, lesionen el interés social o infrinjan el reglamento del consejo de administración.³⁸

Esta impugnación no procede si se deja sin efecto o sustituye por otro acuerdo.³⁹ Y tampoco procede por las causas establecidas en el art. 204.3 LSC, tales como la infracción de requisitos

³⁵ Art. 250 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

³⁶ Art. 248 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

³⁷ Art. 251.1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

³⁸ Art. 204. 1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

³⁹ Art. 204.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

procedimentales de la Ley, participación en la reunión de personas que no son legítimas, entre otros.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de impugnación se tienen que llevar a cabo los trámites del juicio ordinario y las disposiciones albergadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si se pudiera eliminar la causa impugnable, el juez dará un plazo para que se pueda subsanar, pero esto tiene que ser previa solicitud de la sociedad que ha sido demandada.⁴⁰ Finalmente, la sentencia que estime la impugnación se inscribirá en el Registro Mercantil.⁴¹

6.5.CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

El presidente o el que haga sus veces es quien convoca al consejo, pues ésta es una de las funciones principales del presidente. También lo pueden convocar los administradores que representen como mínimo un tercio de los miembros del consejo si el presidente no lo ha convocado en un mes desde que estos consejeros se lo pidieron.⁴²

Se ha de convocar cada cierto periodo de tiempo, y esto ha de estimarlo el presidente convenientemente. Sí que es cierto que es mejor si se establecen ciertas reuniones al año determinada, para que se tenga claro el desempeño del Consejo.

Se tienen que convocar a las partes, de tal forma que se considere que han sido bien informadas y le ha llegado la convocatoria, por medios tales como correo, teléfono, fax u otros.

Es importante la forma en la que convocar al consejo, pues cuando haya defecto en la convocatoria, luego puede tener problemas la sociedad.

7. REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

7.1.CONCEPTO Y TIPOS DE SOCIOS.

El régimen legal de este tipo societario según el art. 3.2 de la LSC se encuentra en las disposiciones que expresamente recoja la LSC, y si en algo no se halla regulado, habrá que estar a lo que se disponga sobre la sociedad anónima.

La sociedad comanditaria por acciones es un tipo de sociedad de capital. Aquí el capital se divide en acciones y se conforma por aportaciones de los socios. Y la peculiaridad está en que

⁴⁰ Art. 207 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁴¹ Art. 208 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁴² Art. 246 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

uno de estos socios tiene que responder personalmente de las deudas sociales en calidad de socio colectivo.⁴³ Al expresar el legislador el hecho de que tiene que haber un socio colectivo, puede llevarnos a pensar que hay dos clases de socios como en las sociedades comanditarias simples, con socios colectivos y comanditarios. Mas la existencia de este socio colectivo no responde al orden de las sociedades personalistas, lo que ocurre es que se relaciona con la configuración del régimen de administración de la sociedad.

Al estar dividido el capital en acciones en la sociedad comanditaria por acciones, como ya he señalado, todos los socios son accionistas. Pero los socios que accedan al órgano de administración serán los socios colectivos, es decir, que éstos tendrán una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales. Básicamente, los socios que son nombrados administradores quedan sujetos a un régimen de responsabilidad más agravado con respecto al resto de accionistas, los cuales responden hasta el importe de lo que han aportado.

Así que en definitiva, vemos dos tipos de socios:

- Colectivos, que han de ser necesariamente administradores.
- Comanditarios, que no participan en la gestión de la sociedad. Participan en la organización a través de la junta general.

Hay un número mínimo de socios, dos, de los cuales uno al menos será socio colectivo. No se requiere número máximo.

En cuanto a la razón social, se encuentra regulada en el artículo 6 LSC, donde se establece que la sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de “sociedad comanditaria por acciones” o su abreviatura “S. Com. Por A”.

Además, en esta sociedad se podrá utilizar una denominación subjetiva con el nombre de los socios colectivos que tengan el cargo de administrador para saber quién tiene la responsabilidad agravada o una denominación objetiva o una denominación de fantasía.⁴⁴

Así mismo, la constitución se hará mediante escritura pública (artículo 119 Código de Comercio), incluyéndose en los estatutos, y posteriormente se inscribirá en el Registro Mercantil obligatoriamente (artículo 81 Reglamento del Registro Mercantil).

⁴³ Art. 1 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁴⁴ Ver arts. 213 y 403 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Boletín Oficial del Estado número 184, de 31 de julio de 1996.

7.2.SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

La sociedad comanditaria por acciones es tratada como una sociedad anónima especial.

Para comenzar, como ya he explicado anteriormente, se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas. La razón principal de esto es que las sociedades comanditarias son un subtipo de las sociedades anónimas, siendo el elemento diferencial que aquellos socios que tienen cargo de administrados tienen una responsabilidad agravada que no es así en la sociedad anónima, ya que tienen responsabilidad limitada.

En segundo lugar, vemos que también difieren en la razón social, pues las indicaciones del tipo social, según se indica en el art. 6 LSC, varían. En la S.A. deberán de figurar necesariamente la indicación “Sociedad Anónima” o “S.A”; mientras que en la sociedad comanditaria por acciones se podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de “sociedad comanditaria por acciones” o su abreviatura “S. Com. Por A”. En este caso, la sociedad comanditaria por acciones, podrá utilizar una denominación subjetiva con el nombre de los socios colectivos que tengan el cargo de administrador para saber quién tiene la responsabilidad agravada o una denominación objetiva o una denominación de fantasía.

En tercer lugar, otra diferencia está en la responsabilidad. Pues tanto los socios de la S.R.L. como la S.A. tienen una responsabilidad limitada, no responden de las deudas sociales, ya que es la sociedad la que tiene que hacer frente con su patrimonio. Y en el caso de que no haya suficiente patrimonio para solventar la deuda social, los acreedores deberán de demostrar que hay responsabilidad frente a los administradores. En estas sociedades capitalistas pueden administrar tanto los socios como terceros, es lo que se conoce como principio de organicismo de terceros.

Ahora bien, en la sociedad comanditaria por acciones los socios que asumen el cargo de administrador tienen una responsabilidad agravada. Esta responsabilidad consiste en perder el beneficio de la responsabilidad limitada, y pasan a responder de una forma subsidiaria frente a la sociedad. Pero eso sí, la administración de la sociedad comanditaria por acciones se ve compensada normalmente con una mayor retribución, que justificaría la asunción de esa mayor responsabilidad.

El art. 252 LSC trata de forma exclusiva la administración de la sociedad comanditaria por acciones, y nos indica que la administración tiene que estar a cargo de los socios colectivos.

Solo pueden administrar la sociedad aquellos que tengan la condición de socio, lo que se conoce como principio de autoorganicismo. Se necesitará la modificación de los estatutos para llevar a cabo la separación del cargo de administrador. Y una vez que cese el socio colectivo como administrador, cesa también su responsabilidad ilimitada. Además, en aquellos acuerdos en los que se trate la separación de un administrador, el socio afectado no puede participar en la votación.

En tercer lugar, y como consecuencia de este régimen de responsabilidad más severa, los administradores de la sociedad comanditaria por acciones disfrutaban de unas facultades y poderes mucho más extensos que los de una sociedad anónima⁴⁵, además de más estabilidad en el cargo⁴⁶.

8. CONCLUSIONES

En primer lugar, pienso que un administrador ha de ser una persona competente, para desarrollar el cargo que va a realizar, y por tanto ha de escogerse con cuidado. Y es que los administradores tienen un cargo con trascendencia para la sociedad de la que forman parte, y si cometen acciones ilegales, incumplen sus deberes o realizan cualquier acción u omisión perjudicial, obviamente la sociedad de capital se va a ver perjudicada, así como todos sus socios. Si causan algún daño habrán de responder por él, por lo que me parece correcto recordar la siguiente frase de Derecho Civil, concretamente utilizada en Derecho de Daños “*Honeste vivere: Alterum non laedere*” (Vivir honestamente: no causar daño a otro). Tras todo esto, decir que el tema aquí comentado, sobre la responsabilidad del administrador es muy importante y el propio administrador debe conocer bien. Ya que me parece que en ocasiones, ni él mismo sabe bien hasta donde llega su responsabilidad, y esto es algo grave de cara a su futuro en la sociedad.

En segundo lugar, me parece interesante el tema de la remuneración de los administradores. Y creo que el artículo 217 LSC no debería recoger la remuneración gratuita del cargo como principio general, pues en verdad, lo más lógico es justamente lo contrario. En el caso de que no sea retribuido el administrador por realizar su cargo, éste al fin y al cabo lo que hace es prestar servicios a la sociedad y eso es un trabajador. Y si la remuneración es gratuita, esto puede traerle problemas al propio administrador, por ejemplo con acreedores.

⁴⁵ Ver art. 294 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

⁴⁶ Art. 252.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC. BOE, núm. 161, Madrid, 3 de julio de 2010.

Así mismo, considero de vital importancia que se trate este tema de acuerdo con el principio de transparencia, pues luego pueden surgir problemas evitables. Por este motivo, considero correcta la reforma que el legislador acometió en 2014 sobre esta materia en la LSC, adecuándose a dicho principio. Mas todavía ha de hacerse alguna reforma, pues la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, así lo requiere.

En tercer lugar, decir también que yo me uno a la opinión de otros juristas y afirmo que un menor emancipado no debería ser administrador, pues como comenté en el punto 3.2, tienen ciertas facultades restringidas y no debería un administrador tener sus facultades limitadas. Debería pues, estar en pleno desarrollo de todas las facultades concernientes a este cargo.

Añadir que los administradores aquí son totalmente necesarios, pues tienen un papel determinante.

Y por último, me gustaría dejar el siguiente aforismo latino: “ubi societas, ibi ius”, cuyo significado es “donde hay sociedad, hay derecho”, que creo no debemos olvidar.

9. REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS

9.1.LEGISLACIÓN.

- España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.
- España. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Boletín Oficial del Estado, 31 de julio de 1996, núm. 184.

9.2.JURISPRUDENCIA.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1319/2018, de 16 de abril.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 3433/2016, de 13 de julio.

9.3.BIBLIOGRAFÍA

- De Osma, L., “La remuneración de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014: a propósito de la STS de 26 de febrero de 2018”,

- Actualidad Jurídica, nº 48, por Uría Menéndez and Dykinson, Ed. Dykinson, 2018.
- García López, I., (2015) *La Nueva España*, Editorial Prensa Ibérica, Avinguda Diagonal, 463-BIS 08036 Barcelona
 - Jiménez Sánchez, G.J., y Díaz Moreno, A. (2017), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed., Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid.
 - Menéndez Menéndez, A y Rojo Fernández-Río, A (2018), *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra.
 - Sánchez Calero, F., (2018), *Principios de Derecho Mercantil. Tomo I*, 23ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

9.4. WEBGRAFÍA

- Arrarte A., (2018), “Convocatoria del Consejo de Administración: quién, cuándo y cómo”. Disponible on line: <https://diligent.com/es/convocatoria-del-consejo-de-administracion/>
- Cohen Benchetrit, A. (2017), “¿Nuevos cambios normativos en materia de remuneración de administradores sociales?”. Disponible on line: <https://elderecho.com/nuevos-cambios-normativos-en-materia-de-remuneracion-de-administradores-sociales>
- Cuatrecasas (2017), “A vueltas con el plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores”. Disponible on line: <https://blog.cuatrecasas.com/plazo-ejercicio-acciones-de-responsabilidad-administradores/>
- Departamento Jurídico de Supercontable.com (2011), “La Administración de las Sociedades Mercantiles en la Ley de Sociedades de Capital”, Super Contable, Nº Boletín: 37. Disponible on line: [http://www.supercontable.com/envios/articulos/BOLETIN SUPERCONTABLE 37 2011 Artículo 3.htm](http://www.supercontable.com/envios/articulos/BOLETIN_SUPERCONTABLE_37_2011_Articulo_3.htm)
- Díaz M., (2017), “Consejo de Administración ¿Qué es? ¿Cómo se organiza?”. Disponible on line: <https://cursos.com/consejo-administracion/#Consejo de Administracion que es>
- Díez Estella, F. (2018), “Temario Dº Mercantil I”, *Tema 19: La administración de la sociedad*, C.U. Villanueva. Disponible on line: http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_19.pdf

- Escudero, P. (2017), “Duración del cargo de administrador”. Disponible on line: <https://iniciativafiscal.com/duracion-del-cargo-de-administrador/>
- Gaviria García, E. (2014), “¿Qué es el órgano de administración? ¿Qué modalidad debo elegir?”. Disponible on line: <https://www.legorburoconsultores.es/que-es-el-organo-de-administracion-que-modalidad-debo-elegir.html?where=8&id=1&art=168>
- González, A., “La administración de la Sociedad Limitada II”. Disponible on line: https://www.creaciondempresas.es/crea-tu-empresa/caracteristicas_tipos_sociedad/sociedad-limitada/la-administracion-de-la-sociedad-limitada-ii/
- Pérez Benítez, J.J. (2015), “La prescripción y las acciones de responsabilidad contra administradores sociales”. Disponible on line: <https://elderecho.com/la-prescripcion-y-las-acciones-de-responsabilidad-contra-administradores-sociales>
- Segura, J., “Responsabilidad administradores por deudas sociales”. Disponible on line: <https://www.carrilloasesores.com/responsabilidad-administradores-por-deudas-sociales/>
- Sevilla Cáceres, F. (2018), “Acción social de responsabilidad contra los administradores”. Disponible on line: <https://www.mundojuridico.info/accion-social-de-responsabilidad-de-los-administradores/>
- Trissa Strategy Consulting, “El Consejo de Administración: ¿Qué es y cuáles son sus funciones?”. Disponible on line: <http://www.trissa.com.mx/articulos/el-consejo-de-administracion--que-es-y-cuales-son-sus-funciones->