**LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES. LOS ADMINISTRADORES Y CONSEJEROS.**

Elena Pérez Carrillo

Profesora de Derecho Mercantil

Universidad de León

I EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES 1. La administración social. 2. Estructura II. ADMINISTRADORES Y CONSEJEROS. 1. Capacidad, nombramiento, duración del cargo y cese. 2. Retribuciones. 3. Deberes 4. Responsabilidad. 5. Acciones de responsabilidad de los administradores. 5.1 La acción social y la acción individual. 5.2 Otras acciones de responsabilidad civil de administradores. III. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. 1. El colegio de consejeros. Organización y funcionamiento. 2. Nombramiento de consejeros. 3.Funcionamiento del consejo. 4. Impugnación de acuerdos IV ALGUNAS ESPECIALIDADES EN LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS

**I EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.**

**1.La administración social.**

La administración social, entendida en un sentido amplio, consiste en la realización de un conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social. En las sociedades de capital corresponde al órgano de administración desarrollar tales actos, tanto en su vertiente interna o de dirección y gestión, como en la externa o de representación legal y orgánica de la sociedad en sus relaciones jurídicas con terceros, en juicio y fuera de él (arts. 233, 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC).

Las sociedades anónimas (SA) y limitadas (SL) cuentan en España con un similar modelo de organización que descansa sobre una dualidad de órganos necesarios para la propia existencia de la persona jurídica. De un lado, la junta general como órgano deliberante, no permanente, que adopta decisiones únicamente cuando es debidamente convocada al efecto, que reúne a los socios y que expresa con sus acuerdos la voluntad social. Y, de otro lado, el órgano de administración, que tiene carácter de necesario y permanente y que dirige la sociedad (perspectiva interna de la administración) además de ostentar su representación legal (perspectiva externa).

La perspectiva interna o de pura administración se concretará en función de la estructura que adopte cada entidad. Pero corresponde al órgano de administración y a sus titulares, en todo caso, la dirección estratégica de la sociedad, el impulso de sus actuaciones para desarrollar el objeto social plasmado por los socios en los estatutos, así como el control general sobre la actividad –interna y externa- de la sociedad de capital. En cuanto a la perspectiva externa, la representación que desempeñan los administradores, titulares del órgano de administración, es orgánica, legal y abarca todos los actos que forman parte del objeto social. Por tanto, las limitaciones que pueda haber en los estatutos no afectan a los terceros, aunque estén inscritas en el Registro Mercantil (art. 234 LSC).

## **Estructura**

La administración de la sociedad podrá configurarse conforme a las estructuras mencionadas en el art. 210 LSC:

1. Un único administrador, en cuyo caso recaerán sobre él, el ejercicio tanto de las competencias gestión como de las de representación.
2. Varios administradores que actúen solidariamente (indistintamente) de tal modo que cualquiera de ellos obligue con sus actos a la sociedad
3. Dos administradores que actúen mancomunadamente (conjuntamente). En la SL, puede haber más de dos administradores mancomunados, pero no así en la SA ya que en esta sociedad, desde que existen 3 administradores debe constituirse un consejo de administración.
4. Un consejo de administración cuya actuación es colegiada y adopta acuerdos por mayorías.

La estructura del órgano de administración correspondiente a cada sociedad deberá hacerse constar en los estatutos sociales, por lo que modificarla implicará una modificación estatutaria. Como excepción, en la SL se permite que los estatutos establezcan distintas formas de administración, lo que facilitará optar alternativamente por cualquiera de las previstas, sin necesidad de modificar los estatutos (art. 210.3 LSC). En todo caso, es decir, constituya o no una modificación estatutaria, el cambio se apoya en de un acuerdo de la junta que se elevará a público y deberá inscribirse en el Registro Mercantil (art. 210.4 LSC).

# **II. ADMINISTRADORES Y CONSEJEROS**

## **1. Capacidad, nombramiento, duración del cargo y cese**

Los administradores y consejeros son los titulares del órgano de administración de las sociedades mercantiles de capital. Pueden ser personas físicas o personas jurídicas, siendo preciso, en el último caso, que designen un representante persona física para ejercer el cargo (art 212 bis LSC).

Para ser nombrado administrador no se exige condición especial más allá de la capacidad legal de obrar. Y,  *a salvo de precisiones estatutarias*, ni siquiera es preciso ostentar la cualidad de socio (art. 212.2 LSC). Con todo, el art 213 LSC establece algunas limitaciones y prohibiciones para el acceso a la condición de administrador, que se concretan en situaciones de *merma en la capacidad, inhabilitaciones e incompatibilidades*. Así, no podrán ser administradores y consejeros los menores de edad no emancipados, ni las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal, ni los condenados por determinados delitos, ni quienes por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco pueden ser administradores o consejeros los funcionarios al servicio de la Administración Pública cuyas funciones se relacionen con la actividad de la sociedad, incluyendo a los jueces, magistrados y a otras personas con incompatibilidades legales.

Corresponde, por regla general, a la junta realizar el nombramiento de los administradores. Con todo, la LSC prevé dos excepciones, que se aplican sólo en la S.A., y sólo cuando el órgano ha adoptado la forma de consejo de administración. Estas dos vías excepcionales para el nombramiento de administradores- consejeros son el sistema de representación proporcional y el sistema de cooptación, sobre los que volveremos más adelante. En todo caso, tras el acuerdo y dentro de los diez días siguientes a la aceptación, el nombramiento debe presentarse a inscripción en el Registro Mercantil (arts. 214 y 215 LSC).

Si los estatutos no lo prohíben, tanto en la SA como en la SL pueden nombrarse suplentes en previsión del cese de alguno o de algunos de los titulares del órgano durante el periodo de su nombramiento. Y de ser así, conforme al art 216 LCS el nombramiento y la aceptación del suplente también deben acceder al Registro Mercantil cuando entra en funciones.

Por lo que respecta a la duración del cargo de administrador, en virtud de lo dispuesto en el art 221 LSC, en la SA tendrá siempre duración por tiempo determinado en el nombramiento, que no puede exceder de 6 años, si bien es posible la reelección una o más veces por periodos de igual duración máxima. En la SL, en cambio, el nombramiento puede efectuarse por tiempo indefinido. En cuanto al nombramiento del suplente en los términos del art 216 LSC, se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

Los administradores pueden cesar en sus funciones por fallecimiento, renuncia, o transcurso del término de nombramiento. Su nombramiento caducará cuando, vencido el plazo de nombramiento, se haya celebrado junta general ordinaria (junta en la que se presenten a aprobación las cuentas del ejercicio anterior), o haya transcurrido el plazo para su celebración (222 LSC).

Además, los administradores pueden ser separados del cargo en cualquier momento por decisión de la junta general sin necesidad de que conste en el orden del día (art 223.1 LSC), pudiendo los estatutos de la SL exigir una mayoría reforzada para la adopción de ese acuerdo, siempre que no se superen los 2/3 del capital para adoptarla. Más allá del principio de libre destitución, la LSC impone en su art. 224 la separación forzosa, a petición de cualquier socio en los casos en los que el administrador o varios administradores incurran en prohibiciones legales para el cargo, y también cuando tengan intereses opuestos a los de la sociedad.

## **2. Retribuciones**

Los estatutos deben establecer el sistema de remuneración de los administradores y consejeros (art. 217 LSC). Si no lo hacen, se entenderá que el cargo es gratuito, excepto en el caso de las sociedades anónimas cotizadas donde la presunción es de onerosidad.

El sistema de remuneración puede consistir en: a) una asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, siempre que no esté motivado por incumplimiento de las funciones, g) sistemas de ahorro o previsión (art. 217.2 LSC). Los estatutos pueden combinar varios de los anteriores sistemas o elegir otros. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, anteriormente Dirección General de Registros y Notariado, ha subrayado reiteradamente que  **el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinándose si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, en la utilización en beneficio propio de bienes sociales, en la entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o en cualquier otro sistema que se desee establecer(**Resolución de 12 de noviembre de 2003, criterio fue reiterado en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014, entre otras***).***

A la junta le corresponde aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, pero la distribución de la ésta entre los distintos administradores suele realizar por un acuerdo entre estos (art. 217.3 LSC). En todo caso, la remuneración debe guardar una proporción razonable con la situación económica de la sociedad y los estándares de mercado de otras empresas comparables.

De las posibles formas de retribución, la LSC se ocupa especialmente de la participación de los beneficios, para evitar que reduzca desproporcionadamente los derechos económicos de los accionistas (art. 218 LSC). En la SL, el porcentaje en la participación de beneficios que se atribuya a los administradores no puede superar el 10% de los beneficios distribuibles. Y, en la SA se detrae de los beneficios líquidos que resulten después de aprovisionar reservas legales y estatutarias, y de distribuir a los accionistas un dividendo del 4% del valor nominal de las acciones o tipo superior establecido en los estatutos. También establece límites (reserva estatutaria y determinación máxima anual por parte de la junta) en las retribuciones vinculadas en la SA a las acciones (entrega, u opciones, u retribuciones referenciadas al valor de las acciones).

## **3. Deberes**

Los administradores tienen el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante.

El *deber de diligencia* les obliga, entre otras cosas y conforme al art. 225 LSC, a cumplir con las normas que les son aplicables, a hacer que las normas se cumplan dentro de la sociedad (a modo de *compliance* en sentido amplio), a establecer procedimientos de análisis y decisión adecuados (control de riesgos), a desempeñar su cargo con dedicación suficiente y profesionalidad, asistiendo a las reuniones dedicándole tiempo, formándose e informándose debidamente sobre los asuntos que son de su competencia, por mencionar algunos de los contenidos de este deber.

Cuando los administradores adoptan decisiones de negocio y estratégicas, existe la presunción de que son correctas en el sentido de que no generaran responsabilidad. Pero, para que se reconozca esta *protección de la discrecionalidad empresarial*, es necesario que la decisión de los administradores se haya adoptado con buena fe, sin interés personal en el asunto, apoyada en información suficiente y con arreglo a un procedimiento/protocolo de decisión adecuado (art. 226 LSC).

El *deber de lealtad* obliga a los administradores a actuar en el mejor interés de la sociedad. En efecto, los administradores deben actuar con la lealtad de un fiel representante, haciendo prevalecer el interés de la sociedad por encima de cualquier otro. La LSC detalla en los arts. 228 y 229 unas obligaciones concretas alineadas dentro del deber de lealtad. Así, menciona expresamente la obligación de *guardar secreto* sobre la información societaria confidencial obtenida en el ejercicio de su cargo; la de abstenerse de participar en las decisiones en las que pueda tener un interés; la de evitar los conflictos de intereses con la sociedad; la de comunicar a la sociedad la existencia de un conflicto con la sociedad, entre otros. El margen de apreciación de tales obligaciones que se incorporan en la lealtad debida va siendo aquilatado por nuestros tribunales de justicia. Así por ejemplo, en relación con evitar situaciones de conflicto (arts. 229.1.a., en relación con el 228.e, LSC), “obliga al administrador a abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia” (sobre la interpretación de este deber, ver, por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2020, STS 3794/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3794; CENDOJ id: 28079110012020100585).

Debe subrayarse que, en caso de infracción del deber de lealtad, además de resarcir los daños causados, los administradores deberán devolver a la sociedad el beneficio obtenido indebidamente (art 227.2 LSC). También, conviene tener presente que el régimen legal del deber de lealtad es imperativo y no puede limitarse en los estatutos (art. 230 LSC); aunque el mismo precepto contempla mecanismos de dispensa por parte de la sociedad, en función de cual sea el conflicto de interés en el que se incurre, la previsible ausencia de daños, o incluso la posibilidad de generar beneficios a la sociedad.

## **4. Responsabilidad**

En el ejercicio de sus funciones, los administradores deben cumplir con la ley, con los estatutos y con los deberes de diligencia y lealtad. Si el incumplimiento de alguno de ellos causa un daño o perjuicio patrimonial a la sociedad, o a los socios, o, incluso, a los acreedores, los administradores pueden verse obligados a responder de dichos daños con sus patrimonios personales.

La LSC contempla el régimen de esta responsabilidad en sus arts. 236 a 241 bis, estableciendo los requisitos o presupuestos necesarios para que surja, la forma en que responden los administradores, y las dos acciones judiciales específicas que se pueden interponer contra ellos, en función del sujeto perjudicado. Si el perjudicado es la sociedad, se interpondrá una acción social de responsabilidad –arts. 238 a 240-, y si quienes sufren directamente el daño son los socios o los acreedores, se interpondrán acciones individuales de responsabilidad –art. 241-.

Los presupuestos de la responsabilidad de administradores son:

a) una acción u omisión antijurídica, es decir, contraria a la ley, a los estatutos o a los deberes inherentes al cargo, realizada (u omitida) con culpa o negligencia. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales (art 236.1 *in fine*)

b) un daño al patrimonio de la sociedad, o a los socios individualmente considerados, o a uno o más acreedores de la sociedad.

c) una relación de causalidad la acción u omisión antijurídica y el daño.

El art 236. 3 LSC establece ampliaciones subjetivas del ámbito de la responsabilidad de administradores. Por una parte, en relación con los llamados “administradores de hecho”, que serán tanto quienes desempeñen las funciones y competencias de los administradores sin título (nombramiento válido), o con un título nulo o extinguido; y también aquellos bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Por otra parte, en relación con la alta dirección de la sociedad en los supuestos en los que no existe un consejero o comisión delegados con carácter permanente. Y además, en lo relativo al representante permanente para ejercer las funciones de administrador de la persona jurídica que haya sido designada como administradora.

Los administradores responden de forma solidaria. Además de la mencionada presunción del art. 236.1 in fine, existe otra presunción de que todos los miembros del órgano de administración han contribuido a la conducta antijurídica. No obstante, esta también admite prueba en contra, pudiendo quedar eximidos de responsabilidad los administradores que prueben que no participaron en la decisión, o que se opusieron expresamente, o que la desconocían y además, que hicieron todo lo posible para evitar el daño (art. 237 LSC).

**5. Acciones de responsabilidad de los administradores**

**5.1 La acción social y la acción individual**

La exigencia de responsabilidad de los administradores se articula mediante acciones procesales especiales reguladas en la LSC.

Por una parte, la *acción social de responsabilidad* contra los administradores. Su interposición requiere de un acuerdo de la junta general adoptado por mayoría ordinaria, sin que tenga que constar necesariamente en el orden del día, según especifica el art. 238.1 LSC. La propuesta para votar sobre el ejercicio de esta acción puede ser presentada por cualquier socio, incluso en la misma reunión de la junta. Es una acción a favor de la sociedad, que admite legitimaciones activas subsidiarias: Cuando la junta no es convocada, o si no se entabla la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo de la junta, o si el acuerdo fuese contrario a la exigencia de responsabilidad, se admite la interposición por parte de socios que representen el porcentaje de capital necesario para convocar junta general (5% del capital o 3% en las cotizadas) Los socios tienen derecho al reembolso de los gastos incurridos con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Y, en caso de que esta minoría tampoco la interponga, se abre la legitimación subsidiaria a favor de los acreedores en los términos del art. 240 LSC, es decir, cuando el patrimonio social no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Debe recordarse que, en caso de que la acción social de responsabilidad se base en una infracción del deber de lealtad, los socios podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad.

AQUï Por otra parte, la *acción individual* puede ejercitarse por uno o varios socios que se hayan visto directamente perjudicados por la actuación de los administradores; o por los acreedores de la sociedad que hayan sufrido un perjuicio directo y causado por la actuación de los administradores (art. 241 LSC). La acción individual tiene carácter extracontractual y así se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2021 (Roj: ATS 3147/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3147A Id Cendoj: 28079110012021201546). Indica nuestro alto Tribunal “que la acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC. Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por el administrador social en el desempeño de sus funciones del cargo”. No obstante, añade nuestro Tribunal Supremo, también reiteradamente, que “no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual. (…) u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC” (ver, por todas la Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda de 28 de octubre de 2020, Roj: ATS 9629/2020 - ECLI:ES:TS:2020:9629A Id Cendoj: 28079110012020203624).

Ambas acciones prescriben a los 4 años desde que hubieran podido ejercitarse y así lo establece el art. 241 bis LSC.

Todo lo dicho, sea sin perjuicio de que quedan a salvo otras acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, conforme al art 241 LSC.

**5.2 Otras acciones de responsabilidad civil de administradores.**

Además de las acciones mencionadas, los administradores de sociedades de capital responden también con su patrimonio personal de las deudas contraídas por la entidad incursa en causas de disolución *por merma de patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social* (art 363 e., LSC). Esta responsabilidad surge cuando hayan incumplido sus deberes en los términos del art 365 LSC. A tales efectos, el art 367 LSC reza como sigue: “1. Responderán *solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución* los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, *así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.* 2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas *se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior*.”. Esta acción del art. 367 LSC ha devenido en la vía más habitual de exigencia de responsabilidad contra los administradores sociales en la práctica forense.

Los administradores sociales pueden incurrir en otras responsabilidades y sanciones de orden concursal, administrativo, fiscal y penal que se someten a regulación extrasocietaria específica.

# **III. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

## **1 El colegio de consejeros. Organización y funcionamiento**

El consejo de administración, en las sociedades de capital que cuenten con esta forma de organización de su órgano de administración, administra y representa a la sociedad. Es un órgano colegiado que adopta decisiones por mayoría absoluta de los miembros concurrentes (art, 248.1 LSC), mediante acuerdo adoptado en sesión válidamente constituida, a cuyos efectos deberán concurrir, al menos, la mayoría de sus miembros, presentes o representados. La posibilidad de adopción de acuerdos sin reunión física se concreta en el art 248.2 LSC en el sentido de que es posible en la SA cuando ningún consejero se oponga. Adicionalmente, los estatutos podrán habilitar otros modos de reunión o ampliar a la SL el procedimiento escrito, sin sesión. Y, como veremos, a raíz de la situación creada por el COVID 19 es posible, al menos temporalmente recurrir a las nuevas tecnologías para evitar las reuniones físicas del consejo, en los términos reconocidos en las leyes.

En las sociedades de capital, la junta determina el número de consejeros cuando, como es habitual, los estatutos solo determinan el número máximo y mínimo (Art 242.1 LSC).

En la SA, el consejo es de constitución obligatoria siempre que la administración de la sociedad se confíe, de forma mancomunada, a más de dos personas (arts. 210.2; 242.1 LSC). Pero en la SL, por el contrario, la constitución de un consejo constituye una mera opción organizativa que permite someter a los administradores a un régimen de actuación colegiada, que en ningún caso puede tener más de 12 miembros.

Como órgano colegiado, el consejo exige unas reglas de organización y de funcionamiento, a cuyos efectos cada sociedad goza de un amplísimo poder de autorregulación. Aún así, la LSC ofrece un conjunto de normas, que en esencia diseñan el consejo como órgano de control y supervisión de los directivos y gestores de la sociedad. Conforme al art 245 LSC, el consejo debe reunirse al menos una vez al trimestre. En la SL los estatutos deben definir el régimen de organización y funcionamiento del consejo, reglas que versarán al menos sobre la convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. En la SA, sociedad de vocación abierta a la que se reconoce mayor margen de autorregulación, cuando los estatutos no dispongan otra cosa, el propio consejo de administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros.

## **2 Nombramiento de consejeros**

Cuando la sociedad es administrada por un consejo de administración, en general corresponde a la junta el nombramiento de sus miembros, que son administradores sociales. Además, en la sociedad anónima pueden surgir dos especialidades que no se presentan en la sociedad de responsabilidad limitada.

1. *el sistema de representación proporcional o de representación de la minoría*. Conforme al art. 243 LSC, éste es un mecanismo de nombramiento de consejeros por parte de sólo un grupo de accionistas. Se basa en facilitar que accedan a ocupar puestos en el consejo de la sociedad anónima no sólo los miembros elegidos por mayorías en la junta general, sino también otros elegidos por las minorías. Este sistema opera dividiendo la cifra del capital social (excluyendo la parte correspondiente a acciones sin voto) entre el número de puestos del consejo. Así, las acciones que se agrupen hasta superar el cociente de la división anterior podrán nombrar a un consejero de representación proporcional y no participan, en cambio, en el resto de los nombramientos.
2. *el sistema de la cooptación* (art. 244 LSC). Opera cuando se produce una vacante y no existen suplentes. En esos casos el consejo de administración puede designar, de entre los accionistas, a una persona que ocupe la vacante, hasta que se reúna la siguiente junta general. En la práctica, la proyección de este sistema de nombramiento es amplia pues, aunque en la siguiente reunión de la junta se puede nombrar nuevo administrador distinto del inicialmente cooptado, es frecuente ratificar los nombramientos efectuados por el sistema de cooptación. Nótese, que en el caso de la SA cotizada no se exige que los cooptados sean accionistas (art. 529 *decies,* 2-a).

### **3. Funcionamiento del consejo**

Los arts. 245 a 250 LSC establecen unas disposiciones básicas sobre el funcionamiento del consejo, que se completan en los estatutos sociales. En la SL, debe preverse estatutariamente en concreto, lo relativo a la convocatoria, constitución, deliberaciones y acuerdos, En la SA, si no existe previsión estatutaria el consejo está facultado para autorregular su funcionamiento, nombrar a su presidente y aceptar dimisiones. El ejercicio de esta autorregulación puede realizarse por ejemplo, mediante la redacción de un *Reglamento interno*, inscribible en el Registro Mercantil, pero que es obligatorio sólo en las SA cotizadas.

El art 249.1 LSC dispone que el consejo podrá designar en su seno una *comisión ejecutiva* o bien a *uno o más consejeros-delegados* para ejercer competencias del consejo, excepto aquellas que sean indelegables. Esta delegación no implica que el consejo pierda las facultades delegadas, sino que será un consejero delegado o una comisión ejecutiva quien las desarrolle directamente, correspondiendo al pleno la supervisión y control sobre las competencias delegadas. El acuerdo de delegación establece el contenido, los límites y las modalidades de la delegación (art 249.1 LSC), acompañándose de la designación de consejeros que vayan a ocupar el cargo de consejero delegado o de miembro de la comisión ejecutiva o delegada. En relación con cada consejero que sea nombrado delegado o al que se le atribuyan funciones ejecutivas, se debe celebrar un contrato, previa aprobación por el consejo por acuerdo inscribible, adoptado con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, absteniéndose el o los afectados de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato entre el delegado ejecutivo y la sociedad debe incorporar, en detalle, la retribución que le corresponderá por sus funciones ejecutivas y se anexará al acta de la sesión (art. 249 3 y 4 LSC).

Con todo, existen numerosas facultades que la LSC considera indelegables y que, en consecuencia, deben ejercitarse por el consejo en pleno. Estas facultades indelegables, contempladas con carácter general para las sociedades de capital en el art 249 bis LSC incluyen la propia organización y funcionamiento del consejo, el nombramiento de los consejeros delegados y de los principales directivos, la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general o la convocatoria de esta última y la fijación de su orden del día.

Los debates y acuerdos del consejo se consignan en libro de actas y serán firmados por el presidente y el secretario de este órgano de conformidad con el art. 250 LSC.

Dentro de las medidas para agilizar la gestión, la LSC reconoce expresamente que adopción de acuerdos del consejo puede realizarse por escrito y sin sesión en la SA, cuando no se oponga ningún consejero (art 248.2 LSC). Posibilidad que, por vía estatutaria, sería aplicable a otras sociedades de capital, y ampliable a otras modalidades de comunicación a distancia. Pero además, a raíz de los periodos afectados por el COVID19 desde el 14 de marzo de 2020, se aprobaron medidas excepcionales, temporales en principio, que han ido configurando un marco normativo de mayor flexibilidad de las reuniones del consejo y de sus comisiones delegadas. Dentro del prolijo ordenamiento de modificaciones extraordinarias en tiempos de pandemia destaca la Disposición final séptima del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, que añadió un apartado 4 en el artículo 3 del Real Decreto-ley 34/2020, con una vigencia inicial del año 2021. También los artículos 40 y 42 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; y el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Las reformas aprobadas en situación de excepcionalidad sanitaria permiten la reunión no presencial del órgano de administración por videoconferencia, en tiempo real, incluso si los estatutos no lo hubieran previsto. En esos casos, la reunión se considera celebrada en el domicilio de la persona jurídica. También, en virtud de las reformas introducidas en la pandemia, no sólo los acuerdos del consejo de la SA, sino de todas las sociedades de capital (y otras personas jurídicas) pueden adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión por *decisión del presidente, o  por solicitud, al menos, de dos de los miembros del órgano;* debiéndose hacer constar en los correspondientes acuerdos que ningún miembro del órgano colegiado se hubiera opuesto a este procedimiento.

**4.-** **Impugnación de acuerdos**

El art 251 LSC prevé la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración estableciendo como causas al efecto, las mismas del art 204.1 LSC con respecto a la impugnación de acuerdos de la junta general. Por tanto son impugnables los acuerdos contrarios a la ley, o los que se opongan a los estatutos o a los reglamentos de la junta, o los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Se añade además como causa de impugnación, conforme al art 251.2 LSC, la infracción del reglamento del consejo.

La legitimación para impugnar corresponde a los administradores y a los socios que representen un 1% del capital. El plazo para interponer la acción de impugnación es de 30 días desde su adopción, o de 30 días desde que tuvieron conocimiento en el caso de los socios siempre que no hubiese transcurrido un año desde la adopción (art. 251.1 LSC).

# **IV ALGUNAS ESPECIALIDADES EN LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS**

La sociedad anónima cotizada es una sociedad anónima cuyas acciones están admitidas en a negociación en un mercado de valores, conforme a la definición del art. 495.1 LSC. Su régimen básico está contemplado en el Título XIV de la LSC, en sus arts. 495 a 528 LSC. Pero además les son de aplicación otras disposiciones entre las que destaca el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Las especialidades de estas sociedades vienen dadas, precisamente, porque la adquisición y negociación de sus acciones están abiertas al público y son objeto de negociación en bolsas de valores y otros mercados organizados, y por tanto les resultan exigibles mayores garantías de transparencia y control.

En la sociedad anónima cotizada, el órgano de administración debe adoptar necesariamente la forma de consejo de administración. Se aplica a este consejo de administración, y a sus titulares, básicamente el régimen del consejo de las sociedades de capital, pero con una serie de especialidades, de entre las que destacamos algunas.

1. Frente a lo que veíamos para el resto de sociedades de capital, conforme al art. 529 *sexdecies* LSC, el cargo de consejero de una SA cotizada es retribuido, salvo disposición en contra en los estatutos sociales. Por lo demás, en las sociedades cotizadas la remuneración de los consejeros debe ajustarse a la *política de remuneraciones* que apruebe la junta general, como acuerdo vinculante, sobre la base de las previsiones estatutarias al respecto, es decir, de los sistemas y conceptos retributivos admitidos en los estatutos (art. 217.2 LSC) tanto en relación con las retribuciones ordinarias (fijas y variables), como en relación con las indemnizaciones y remuneraciones extraordinarias para supuestos de cese y asimilados; aunque se admite la excepción de retribuciones concretas que hayan sido expresamente aprobadas por la junta general (art 525 *novodecies*, apartado 5). La política de retribuciones es objeto de una propuesta del consejo, previo informe de la comisión de retribuciones y estará en vigor durante los tres ejercicios siguientes al de su aprobación por la junta. No se puede alterar en ese periodo, excepto a través de un nuevo acuerdo de la junta, adoptado con idénticas formalidades.

Al finalizar cada ejercicio el consejo de la SA cotizada debe elaborar un informe anual de retribuciones para su aprobación, punto por punto, por la junta. En caso de que no fuese aprobado se deberá reformular la política de retribuciones para el ejercicio siguiente (art 529 *novodecies*.4 LSC). Ese informe anual debe ser comunicado a la CNMV que lo publicará como hecho relevante.

La LSC distingue entre retribución de los consejeros en su condición de tal, que debe ajustarse a los conceptos previstos en el art 217.2 LSC, conceptos que deben estar contemplados en los estatutos y ser conformes a la política de remuneraciones. Y por otro lado, la retribución por funciones ejecutivas ya que éstos perciben retribuciones especificas por esa condición, conforme al contrato que debe haber celebrado con la sociedad, como ya se indicó (arts. 249.3 y 249.4 LSC). El art 529 *octocies* LSC exige que la política de remuneraciones contemple ciertos contenidos concretos contenidos también en relación con las retribuciones a consejeros ejecutivos, en coherencia con lo establecido en el art 249.4 *in fine,* sin perjuicio de que la fijación de las retribuciones a los consejeros ejecutivos sea competencia del consejo.

La STS de 26 de febrero de 2018 ( Roj: STS 494/2018 - ECLI: ES:TS:2018:494 Id Cendoj: 28079110012018100084) clarificó que la remuneración de los consejeros por sus funciones ejecutivas está afectada por la reserva estatutaria de la remuneración de los administradores (contenida en el art. 217 LSC) y la cuantía máxima fijada por la junta, además de tener que establecerse de conformidad con la política de retribuciones (arts. 529 *octodecies* y *novodecies* LSC).

1. Otra peculiaridad de la SA cotizada afecta al régimen de nombramientos que, si bien se rige por los mismos principios que aplican a otras sociedades de capital, correspondiendo la competencia a la junta general con carácter general, y admitiéndose la cooptación de nuevos miembros en caso de vacante, aquí no se exige la condición de accionista del cooptado. Además, el art 529 *bis* establece provisiones para que el propio consejo vele porque los mecanismos para la selección de consejeros permitan alcanzar un conjunto diverso de miembros del órgano, en relación con su edad, género, capacidad, formación y experiencia profesionales, evitando implícitos discriminatorios. En particular, este precepto señala que los métodos de selección deben permitir alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.
2. El plazo de duración del nombramiento de los administradores consejeros de las cotizadas es algo inferior al que se permite en las SA no cotizadas, ya que aquí solo puede efectuarse por un máximo de 4 años (art. 529 *undecies* LSC), siendo posible la reelección por uno o varios periodos con la duración que estatutariamente sea prevista.
3. El art 529 *duodecies* establece una clasificación de administradores, propia de la gobernanza de este tipo de sociedades. El *consejero ejecutivo* sería el que desarrolla funciones de dirección corriente en la sociedad o en el grupo y que además sea accionista significativo en la entidad, o represente a un accionista significativo. Los consejeros *dominicales* representan a accionistas o son nombrados en virtud de su propia condición de accionista y titular de una parte significativa del capital. Los *consejeros independientes* son designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, y quedan excluidos de esa condición si, como se indica en el art 529 *duodecies* i.4 LSC, fruto de su reelección alcanzan más de 12 años en el puesto. La categoría de *otros consejeros externos*, con carácter residual, incluiría a los que no pueden clasificarse en otra categoría.
4. En el seno del consejo de las SA cotizadas se deben configurar, necesariamente, ciertas comisiones delegadas, al menos con una comisión de auditoría y una comisión de nombramientos y retribuciones (arts 529 *terdecies, quaterdecies, quindecies*). Las actas de estas comisiones se deben poner a disposición de todos los miembros del consejo de administración, en atención a que éstos ejercen una competencia supervisora sobre la actividad de las comisiones.
5. Los arts. 528 y 529 establecen la obligatoriedad de que las cotizadas cuenten con un *Reglamento del Consejo*, que debe ser elaborado y aprobado por el propio órgano, concretando, el art 529 LSC un sistema de publicidad legal de este Reglamento a través de la CNMV. En efecto, una vez aprobado, el supervisor debe recibir la correspondiente comunicación y lo publicará una vez que ha sido inscrito en el Registro Mercantil.
6. En las SA cotizadas, además de las facultades indelegables del art 249 bis LSC, el art 529 ter enuncia otras también indelegables, como la aprobación del plan de negocio, la política de inversiones, el control y la gestión de riesgos las inversiones estratégicas, o la aprobación de las operaciones realizadas en conflicto de intereses. Por otra parte, el art 529 ter-2 LSC admite la delegación de las competencias que previamente se definieron como indelegables en circunstancia de urgencia, debidamente justificada, exigiendo que en la primera reunión del consejo que se celebre se ratifiquen estas decisiones.
7. Junto a los deberes de lealtad y diligencia impuestos con carácter general a los administradores, en las SA cotizadas el legislador ha querido precisar su deber de asistir personalmente a las reuniones del consejo, salvo que deleguen en otro consejero (art 529 *quáter*).
8. En cuanto a las figuras del Presidente y del Secretario del consejo de la SA cotizada, se someten a un régimen legal más definido que en otras sociedades, que incluye deberes concretos como el de asegurar que los consejeros cuentan con la debida antelación con toda la información necesaria para la deliberación y conclusión de acuerdos (art 529 *quinquies* LSC).