Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias*

José M.ª Fernández Seijo
Magistrado

1. Introducción
2. La libertad de la sociedad para establecer su modo de organización. Los estatutos como vía para regularlo
3. Requisitos para ser administrador de una sociedad mercantil
3.1. Requisitos subjetivos
3.2. Prohibiciones
4. Nombramiento y aceptación del administrador
5. La remuneración de los administradores
6. La duración del cargo de administrador
6.1. Caducidad
6.2. Cese de los administradores
6.3. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima
7. Deberes de los administradores
7.1. Deber general de diligencia
7.2. Protección de la discrecionalidad empresarial
7.3. Deber de lealtad
7.4. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés
7.5. Régimen de imperatividad y dispensa
8. Personas vinculadas a los administradores
9. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad
10. La representación de la sociedad
10.1. Atribución del poder de representación
10.2. Ámbito del poder de representación
10.3. Notificaciones a la sociedad

Artículo recibido el 26/05/2020; aceptado el 25/06/2020.

*. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local "Josep Maria Esquerda" 2020, en Barcelona, el 21 de febrero de 2020.

11. La responsabilidad de los administradores
11.1. Carácter solidario de la responsabilidad
11.2. Acción social de responsabilidad
11.3. Acción individual de responsabilidad
11.4. Prescripción de las acciones de responsabilidad
11.5. Sobre los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 367 de la LSC
12. El consejo de administración
12.1. Composición
12.2. Sistema de representación proporcional
12.3. Cooptación
12.4. Organización y funcionamiento del consejo de administración
12.5. Convocatoria del consejo de administración
12.6. Constitución del consejo de administración
12.7. Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima
12.8. Delegación de facultades del consejo de administración
12.9. Acta del consejo de administración
12.10. Impugnación de acuerdos del consejo de administración

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar la naturaleza jurídica de la relación (el vínculo) entre la sociedad y sus órganos de administración; determinar si se trata de una relación de carácter contractual o estatutario, con las consecuencias jurídicas que la naturaleza de este vínculo pueda tener en los derechos y en las obligaciones que el administrador asume frente a la sociedad, frente a los socios y frente a quienes se relacionan con la sociedad a través de sus órganos de administración.

Palabras clave: *sociedades de capital; órganos de administración; administradores; consejo de administración; responsabilidad.*

Legal nature of the relationship of the administrator or the CEO in corporate functions

Abstract

This article analyzes the legal nature of the relationship (the link) between the company and its administrative bodies; determines whether it is a contractual or a statutory relationship, with the legal consequences that the nature of this link may have on the rights and obligations that the

administrator assumes vis-à-vis the company, vis-à-vis the partners and vis-à-vis those who interact with the company through its administrative bodies.

Keywords: capital companies; administrative bodies; administrators; board of directors; responsibility.

1
Introducción

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) regula el régimen legal de los órganos de administración de la sociedad en el Título VI.

Los administradores sociales son quienes se ocupan de la gestión y la representación de la sociedad (artículo 209); son, por definirlos de una manera gráfica, la cara visible de la sociedad de capital.

En la mayor parte de las sociedades de capital la asunción de las funciones de administración suele recaer sobre el socio o los socios mayoritarios; ello es normalmente así porque los elige la junta de socios, por lo que normalmente quien ostente la mayoría podrá establecer quién es el administrador de la compañía, cuál es la duración del cargo y la posibilidad de ser retribuido.

La Ley habilita un amplísimo margen a la sociedad para regular el régimen de sus administradores sociales, siempre y cuando ese régimen se recoja con claridad en los estatutos sociales. A falta de norma específica en los estatutos sociales, el cargo de administrador se rige por las normas generales de la LSC.

En sociedades de capital en las que conviven socios que ostentan paquetes similares de participaciones es habitual buscar fórmulas de administración mancomunada y, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, es habitual que todos los socios tengan la condición de administradores.

Siendo lo habitual que el cargo de administrador lo ostente el socio de referencia, nada impide que se designe para las funciones de administrador a una persona en principio ajena a la sociedad.

En las grandes corporaciones mercantiles, sobre todo en sociedades cotizadas, se acude a fórmulas mixtas en las que conviven consejeros dominicales y no dominicales.

También permite la Ley que una sociedad mercantil sea, a su vez, administrada por otra sociedad mercantil, aunque la LSC exige que la persona jurídica designe una persona física para llevar esa gestión, pasando a ser esa persona física responsable solidario en la misma posición en la que estuviera la sociedad administradora. Así, el artículo 212 bis de la LSC establece lo siguiente:

1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que esta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

2. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

La conexión entre el administrador y los socios responde a la vinculación que, en último término, tiene el administrador con la junta de socios, que es quien le designa, quien le puede cesar y quien puede fiscalizar sus funciones.

En las sociedades de capital de capital público esa conexión entre el socio único o mayoritario y la Administración es más compleja, ya que normalmente el cargo de administrador recaerá, en último término, en un funcionario público o en un representante político, por lo que la administración de este tipo de compañías terminará recayendo sobre técnicos que no defienden intereses particulares, sino intereses públicos.

La relación entre la sociedad y sus administradores no es una relación de naturaleza contractual, aunque nada impide que la sociedad pueda contratar como trabajador al administrador, siempre y cuando se deslinden las funciones propias de la administración de aquellas funciones que son específicamente laborales. De igual modo, la sociedad puede alcanzar con el administrador otro tipo de acuerdos de colaboración, contratos mercantiles complementarios que suelen ser el modo de articular fórmulas de retribución de tareas que puedan ir más allá de la administración de la compañía. En estas fórmulas de contratación debe tenerse en cuenta que pueden producirse escenarios de autocontratación y de conflicto de intereses, por cuanto el administrador firma como representante de la sociedad, por una parte, y también en interés propio. Por eso este tipo de contratos suele someterse a especiales mecanismos de fiscalización.

En todo caso, lo que debe destacarse de modo principal es que la naturaleza del vínculo entre la sociedad y su órgano de administración es de carácter estatutario, no necesita de ningún contrato que recoja derechos y obligaciones, basta con que la junta de socios decida en legal forma el nombramiento de administrador y que este acepte el cargo para que se desenvuelva el conjunto de obligaciones que debe cumplir el administrador.

Los socios de la compañía, a través de los estatutos sociales, pueden modalizar o perfilar este estatuto del administrador social fijando mayorías cualificadas para su nombramiento o cese, estableciendo plazos determinados para la duración de su cargo, regulando su remuneración como administrador social (que debe estar estatutariamente prevista, ya que, si no, la norma general es que el cargo de administrador no será retribuido), y pueden fijar par-

ticularidades en el régimen de compatibilidades o en supuestos de conflictos de intereses. La existencia de previsiones específicas en los estatutos sociales no modifica la naturaleza jurídica del vínculo, que sigue siendo estatutario.

Debe tenerse en cuenta que, sobre todo en sociedades complejas, los órganos de administración han de convivir con otras personas que puedan desarrollar funciones que terminen invadiendo esferas de competencia del administrador social y, por lo tanto, debieran asumir también idénticas esferas de responsabilidad.

Esta convivencia con figuras afines es determinante para la identificación de los llamados administradores de hecho, también conocidos como administradores en la sombra, personas que, sin ostentar formalmente la condición de administradores de una compañía, sin embargo, asumen todas sus funciones. Aunque el problema se encuentra en probar la verdadera existencia del administrador de hecho.

Junto a esta primera figura, hay otros escenarios posibles en sociedades que disponen de apoderados generales, de gerentes, de directores generales o de personal de alta dirección que puede asumir parcialmente alguna de las competencias del administrador de la compañía.

En estos escenarios complejos es necesario deslindar las funciones organizativas y representativas de la sociedad, que normalmente asume el administrador, de aquellas funciones de gestión de negocio, que pueden no ser propias de la administración.

La responsabilidad de estas figuras afines difícilmente se podrá someter al régimen severo de la responsabilidad del administrador social.

Cuando hablamos de que el vínculo entre el administrador y la sociedad es un vínculo orgánico o estatutario, no contractual, lo que queremos decir es que habrá que acudir a los estatutos sociales o, en último término, a la LSC para determinar cuáles son los requisitos, derechos, obligaciones y responsabilidades del administrador social.

2
La libertad de la sociedad para establecer su modo de organización. Los estatutos como vía para regularlo

La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.

En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, estos actuarán de forma mancomunada, y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración.

En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Para la determinación del número de administradores debe tenerse en cuenta que cuando los estatutos establezcan solamente el mínimo y el máximo, corresponde a la junta general la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la ley.

3
Requisitos para ser administrador de una sociedad mercantil

3.1
Requisitos subjetivos

Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas.

En este segundo caso, será necesario que esta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

Salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio.

3.2
Prohibiciones

No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, y 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 cualquier clase

de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

4
Nombramiento y aceptación del administrador

La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios, sin más excepciones que las establecidas en la ley.

En defecto de disposición estatutaria, la junta general podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación.

El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil, haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación con los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

El artículo 216 de la LSC prevé la designa de administradores suplentes salvo disposición contraria de los estatutos sociales, para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos.

El nombramiento y la aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular.

Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

5
La remuneración de los administradores

El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario, determinando el sistema de remuneración.

El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o los conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

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 y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador, y

g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

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.

En compañías con actividad empresarial, un sistema de remuneración habitual es el que se vincula a la participación en beneficios, que funciona como un incentivo de la buena gestión.

Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Dentro de estos sistemas de remuneración por incentivos, el artículo 219 de la LSC regula la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, deberá preverse expresamente en los estatutos sociales, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.

El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia, y el plazo de duración del plan.

El artículo 220 hace referencia a la prestación de otro tipo de servicios por los administradores:

> "En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general".

6
La duración del cargo de administrador

Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso aquellos podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración.

Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos.

Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.

6.1
Caducidad

El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general, o haya transcurrido el plazo para la cele-

bración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

6.2
Cese de los administradores

Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día.

En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada, que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

6.3
Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima

Los administradores que estuviesen incursos en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal.

Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

7
Deberes de los administradores

7.1
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.

7.2
Protección de la discrecionalidad empresarial

En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

7.3
Deber de lealtad

Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

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.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos 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 los 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 las 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.

7.4
Deber de evitar situaciones de conflicto de interés

En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a 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, entendiendo por tales aquellas 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.

Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

7.5
Régimen de imperatividad y dispensa

El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares, autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales.

En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador, o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad, o de que el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevean obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

8
Personas vinculadas a los administradores

A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.

b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.

c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

Respecto del administrador persona jurídica, se entenderá que son personas vinculadas las siguientes:

a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

9
Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad

El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes 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.

10
La representación de la sociedad

10.1
Atribución del poder de representación

En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a este.

b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

10.2
Ámbito del poder de representación

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.

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

10.3
Notificaciones a la sociedad

Cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones o notificaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera

de los administradores. En caso de consejo de administración, se dirigirán a su presidente.

11
La responsabilidad de los administradores

Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

11.1
Carácter solidario de la responsabilidad

Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que

prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel.

11.2
Acción social de responsabilidad

La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

Legitimación de la minoría: El socio o los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

En caso de estimación total o parcial de 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 aquella haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.

Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social: 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 resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

11.3
Acción individual de responsabilidad

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.

11.4
Prescripción de las acciones de responsabilidad

La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

11.5
Sobre los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 367 de la LSC

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 esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

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.

12
El consejo de administración

12.1
Composición

El consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo y el mínimo, correspondiendo en este caso a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes.

En la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de consejo de administración, el número máximo de los componentes del consejo no podrá ser superior a doce.

12.2
Sistema de representación proporcional

En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.

12.3
Cooptación

En la sociedad anónima, si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas a las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general.

12.4
Organización y funcionamiento del consejo de administración

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.

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.

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

12.5
Convocatoria del consejo de administración

El consejo de administración será convocado por su presidente o el que haga sus veces.

Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, este, sin causa justificada, no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes.

12.6
Constitución del consejo de administración

En la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales.

En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales.

12.7
Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima

En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión.

En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión solo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento.

12.8
Delegación de facultades del consejo de administración

Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios con-

sejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado, y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos, requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo, y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre aquel y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Facultades indelegables: El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:

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.

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 la destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.

h) El nombramiento y la 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.

12.9
Acta del consejo de administración

Las discusiones y los acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario.

12.10
Impugnación de acuerdos del consejo de administración

Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un uno por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.

Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán 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.