

Enmiendas al articulado del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

El Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo viene a incorporar 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, una serie de normas en materia de gobierno corporativo que, hasta ahora, no eran más que recomendaciones recogidas en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo.

La incorporación de las normas en materia de gobierno corporativo se plantea en términos adecuados, centrándose el Proyecto de Ley en aquellos aspectos más relevantes. A saber:

- (i) El reforzamiento del papel de la Junta General de accionistas.
- (ii) Facilitar el acceso para el ejercicio de determinados derechos a un mayor número de accionistas, rebajando el umbral para el ejercicio de los llamados derechos de minoría.
- (iii) La incorporación de medidas encaminadas a reforzar el adecuado gobierno del consejo de administración, incluyendo una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés por parte de los miembros del consejo de administración.

A pesar de que las medidas propuestas en el Proyecto de Ley son, a nuestro juicio, acertadas, es posible plantear algunas mejoras al texto que permitan alcanzar el objetivo de lograr un mejor gobierno corporativo en las sociedades de capital, de una forma más equilibrada y completa. Para ello, a continuación se presentan una serie de posibles enmiendas encaminadas a mejorar el texto propuesto.

1. **ENMIENDA DE ADICIÓN.-** *Adición del apartado 3 al artículo 230 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:*

“Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa.

1. 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.

2. 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.

3. Cuando la infracción del deber de lealtad sea consecuencia de la existencia de un conflicto de interés entre socios con la sociedad, le corresponderá a la junta general la competencia para resolver el conflicto.

Los administradores estarán obligados a cumplir con los acuerdos que la junta general adopte respecto del conflicto de interés y en el modo que ésta establezca. Se entenderá que los administradores cumplen con el interés social siempre que ejecuten los acuerdos adoptados por la junta general.

34. 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 el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén 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.”

MOTIVACIÓN: Es necesario completar el marco de la imperatividad del régimen relativo al deber de lealtad, incluyendo una previsión sobre los conflictos de interés entre socios con la sociedad y diferenciando este supuesto de los conflictos de intereses de los administradores. En la práctica, los conflictos de intereses se producen sobre todo en los contratos entre socios con la sociedad, pudiendo afectar estos conflictos de forma indirecta al resto de socios ajenos a la relación entablada.

2. **ENMIENDA DE MODIFICACIÓN.**- *Modificación del artículo 249 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:*

“1. 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 consejeros delegados o comisiones ejecutivas.

2. 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.

~~*3. 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 este 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.*~~

~~*4. 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.”*~~

MOTIVACIÓN: La regulación de un contrato entre la sociedad y un consejero delegado o un consejero ejecutivo merece tratarse como cuestión separada. Además, es preciso extender el ámbito subjetivo del contrato de forma que no se incluya solo a los consejeros ejecutivos, sino que también sea posible extenderlo al resto de consejeros.

3. **ENMIENDA DE ADICIÓN.**- *Adición del artículo 249 ter 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:*

“Artículo 249 ter. Contrato de administración.

1. La relación de los miembros del consejo de administración de una sociedad con la misma podrá regularse a través de un contrato de administración de carácter mercantil. Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de

administración. 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.

2. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de sus funciones, 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 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.

3. El contrato de administración será obligatorio cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título. En este supuesto, el contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

4. Le corresponderá a la junta general la aprobación del contrato de administración en los supuestos en los que la administración de la sociedad esté confiada a un administrador único, o a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta.”

MOTIVACIÓN: Es preciso extender el ámbito subjetivo del contrato de forma que no incluya solo a los consejeros ejecutivos, sino también con carácter potestativo al resto de consejeros que puedan tener situaciones especiales. Esta figura permite alcanzar un doble objetivo. Por un lado, se reduce la incertidumbre existente en la actualidad sobre la relación de los administradores con la sociedad. Por otro lado, al establecerse que los consejeros no puedan percibir retribución alguna por el desempeño de funciones cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en el contrato de administración, se logra una mayor transparencia en cuanto a la política de retribución de consejeros.

4. ENMIENDA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN.- *Modificación del apartado 2 del artículo 495 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*

«2. En todas aquellas cuestiones no previstas en este título, las sociedades cotizadas se regirán por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas, además de por las demás normas que les sean de aplicación, con las siguientes particularidades:

*a) El porcentaje mínimo del cinco por ciento que determinadas disposiciones aplicables a las sociedades anónimas exigen para el ejercicio de ciertos derechos de los accionistas reconocidos en esta ley será del ~~tres~~ **uno** por ciento en las sociedades cotizadas.*

b) La fracción del capital social necesaria para poder impugnar acuerdos sociales, conforme al artículo 206.1 será del uno por mil del capital social.

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 205.1 para los acuerdos que resultaren contrarios al orden público, la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de tres meses.»

MOTIVACIÓN: El Proyecto de Ley propone reducir el porcentaje exigido para el ejercicio de ciertos derechos de los accionistas de una sociedad cotizada del 5% al 3%. Sin embargo, el porcentaje del 3% de las acciones en las sociedades cotizadas sigue resultando excesivo. En la práctica, son muy pocos los accionistas que cuentan con un porcentaje superior al 3% de las acciones de una sociedad cotizada. Por ello, con el fin de fomentar el control en las sociedades cotizadas, evitando una discriminación no justificada a los minoritarios, resulta preferible la opción de la Propuesta de Código Mercantil de reducir este porcentaje al 1%.

5. **ENMIENDA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN.**- *Modificación del apartado 4 del artículo 539 y adición del apartado 5 del artículo 539 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:*

“4. Los accionistas de cada sociedad cotizada podrán constituir asociaciones específicas y voluntarias para ejercer la representación de los accionistas en las juntas de sociedades cotizadas y los demás derechos reconocidos en esta ley. ~~A estos efectos, las asociaciones deberán cumplir los siguientes requisitos:~~

~~a) Tendrán como objeto exclusivo la defensa de los intereses de los accionistas, evitando incurrir en situaciones de conflicto de interés que puedan resultar contrarias a dicho objeto.~~

~~b) Estarán integradas, al menos, por cien personas, no pudiendo formar parte de ellas los accionistas con una participación superior al 0,5 por ciento del capital con derecho de voto de la sociedad.~~

~~c) Estarán constituidas mediante escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad cotizada y, a los meros efectos de publicidad, en un registro especial habilitado al efecto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En la escritura de constitución se fijarán las normas de organización y funcionamiento de la asociación.~~

5. Los requisitos que deban cumplir las asociaciones de accionistas en cuanto a su objeto, composición y demás exigencias para su constitución, serán determinado mediante desarrollo reglamentario.”

MOTIVACIÓN: No está justificada la imposición de requisitos tan onerosos como los previstos en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Precisamente, una de las funciones de las asociaciones de accionistas es la de tratar de abrir a los accionistas minoritarios la posibilidad de tener

una influencia eficaz en la gestión de la empresa y de participar en el buen gobierno corporativo. Por tanto, es aconsejable que el régimen se determine vía reglamentaria, estableciendo unos requisitos más sencillos. Alternativamente, en caso de que abrir la puerta a un posible desarrollo reglamentario no sea la opción preferida, se plantea que se elimine la regulación legal de las asociaciones de accionistas.

6. **ENMIENDA DE ADICIÓN.-** *Adición del apartado 2.d) del artículo 529 octies 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:*

“Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.

1. El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.

2. El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:

a) Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.

b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.

c) Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.

d) Velar por el cumplimiento de las obligaciones sociales relativas al gobierno corporativo y, especialmente, por el cumplimiento de la emisión del informe previsto en el artículo 540 de la presente Ley para las sociedades cotizadas.”

MOTIVACIÓN: En la medida en que el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo desarrolla las funciones del Secretario General, es necesario completar dichas funciones. Siendo función del Secretario General velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable, también debe serlo el velar por el cumplimiento de las obligaciones previstas en materia de gobierno corporativo que, dado el carácter que se le quiere atribuir por el Proyecto de Ley, justificaría una previsión expresa.

7. **ENMIENDA DE ADICIÓN.-** *Adición de un nuevo artículo 245 bis 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:*

“Artículo 245 bis. Letrado asesor.

1. El consejo de administración designará, cuando resulte exigible de conformidad con lo previsto en la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, un letrado asesor.

2. El letrado asesor desempeñará las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales.”

MOTIVACIÓN: El Proyecto de Ley viene a dotar a la Ley de Sociedades de Capital de un mayor nivel de detalle en cuanto a la regulación de los órganos de gobierno, buscando lograr una mejora en el gobierno corporativo. En este sentido, se hace necesario incorporar en la regulación de las sociedades de capital la importante figura del letrado asesor de cara a evitar el incumplimiento de la normativa vigente por parte de numerosas sociedades de capital.

En un entorno en el que los cambios normativos y regulatorios son una constante, el letrado asesor se presenta como la figura adecuada para velar porque las sociedades dispongan de un asesoramiento jurídico adecuado, no solo en la gestión del día a día de la sociedad, sino también a la hora de implementar todos estos cambios normativos.

8. **ENMIENDA DE ADICIÓN.-** *Adición de un nuevo apartado en el artículo 529 quince 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:*

“Artículo 529 quince. Comisión de nombramientos y retribuciones.

1. La comisión de nombramientos y retribuciones estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración, dos de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes. El presidente de la comisión será designado de entre los consejeros independientes que formen parte de ella.

2. Los estatutos de la sociedad o el reglamento del consejo de administración, de conformidad con lo que en aquellos se disponga, establecerán el número de miembros y regularán el funcionamiento de la comisión, debiendo favorecer la independencia en el ejercicio de sus funciones.

3. Sin perjuicio de las demás funciones que le atribuya la ley, los estatutos sociales o, de conformidad con ellos, el reglamento del consejo de administración, la comisión de nombramientos y retribuciones tendrá, como mínimo, las siguientes:

a) *Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el consejo de administración. A estos efectos, definirá las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante y evaluará el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar eficazmente su cometido.*

b) *Establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo.*

c) *Elevar al consejo de administración las propuestas de nombramiento de consejeros independientes para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la junta general de accionistas, así como las propuestas para la reelección o separación de dichos consejeros por la junta general de accionistas.*

d) *Informar las propuestas de nombramiento de los restantes consejeros para su designación por cooptación o para su sometimiento a la decisión de la junta general de accionistas, así como las propuestas para su reelección o separación por la junta general de accionistas.*

e) *Informar las propuestas de nombramiento y separación de altos directivos y las condiciones básicas de sus contratos.*

f) *Examinar y organizar la sucesión del presidente del consejo de administración y del primer ejecutivo de la sociedad y, en su caso, formular propuestas al consejo de administración para que dicha sucesión se produzca de forma ordenada y planificada.*

g) *Proponer al consejo de administración la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia.*

h) *Informar las propuestas de nombramiento y separación del letrado asesor y las condiciones básicas de sus contratos.*

4. Lo dispuesto en este artículo se aplicará en lo que proceda en el caso de que los estatutos o el reglamento del consejo de administración opten por establecer separadamente una comisión de nombramientos y otra de retribuciones.”

MOTIVACIÓN: En línea con la anterior enmienda, interesa aclarar el proceso para el nombramiento del letrado asesor en las sociedades cotizadas.

9. **ENMIENDA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN.**- *Modificación de la disposición derogatoria única del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo:*

“Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a esta ley y, en particular:

(i) Los siguientes preceptos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores:

a) El artículo 61 bis.

b) El artículo 61 ter.

c) Los párrafos b) ter y b) quáter del artículo 100.

d) La disposición adicional decimoctava.

(ii) El Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los letrados a las sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre.”

MOTIVACIÓN: Con la introducción de la figura del letrado asesor en la Ley de Sociedades de Capital, interesa derogar aquellas disposiciones normativas que han quedado obsoletas a la realidad social actual. Este es el caso del Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los letrados a las sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre, que no aporta nada respecto de la norma que desarrolla.

10. **ENMIENDA DE ADICIÓN.**- *Adición de la disposición final tercera del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo:*

“Se da una nueva redacción al artículo primero uno de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, que quedan redactados como sigue:

“Artículo primero

Uno. *En las Sociedades mercantiles habrá, con carácter obligatorio, un Letrado asesor, persona física o jurídica, del Órgano individual o colegiado que ejerza la administración en los casos siguientes:*

a) Tratándose de Sociedades domiciliadas en España, cuando su capital sea igual o superior a trescientos mil euros o el volumen normal de sus negocios, según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado, alcance la cifra de seiscientos mil euros o la plantilla de su personal fijo supere los cincuenta trabajadores.

b) Tratándose de Sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a trescientos mil euros o su plantilla de personal fijo supere los cincuenta trabajadores.”

Se elimina el artículo segundo uno de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles.”

MOTIVACIÓN: Con la introducción de la figura del letrado asesor en la Ley de Sociedades de Capital, interesa adaptar la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles para (i) actualizar los límites cuantitativos, (ii) despejar las dudas existentes en cuanto a la posibilidad de que el letrado asesor sea una persona jurídica, puesto que no deben existir dudas en cuanto a la posibilidad de que el letrado asesor sea una persona jurídica y (iii) eliminar la restricción prevista en cuanto al número de sociedades en las que se puede ejercer como letrado asesor, que incluso puede plantear dudas en cuanto a su legalidad desde un punto de vista de Derecho de la Competencia.