



**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**LA GOBERNANZA CORPORATIVA**

**AUTORA: LORENA JUÁREZ PÉREZ**

**TUTORA: MARÍA SERRANO SEGARRA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE**

**CURSO ACADÉMICO 2022/2023**

# ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	3
RESUMEN/ ABSTRACT .....	4
INTRODUCCIÓN.....	6
Objetivos y Justificación.....	7
Estructura .....	8
Metodología.....	9
1. DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. .....	9
2. DEBER DE DILIGENCIA.....	15
2.1 El deber de diligencia de los administradores.....	15
2.2 La protección de la discrecionalidad empresarial.....	20
3. DEBER DE LEALTAD .....	26
3.1 Concepto fundamental del deber de lealtad .....	26
3.2 Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad .....	27
3.3 El deber de evitar situaciones de conflicto de interés .....	31
3.4 Régimen de imperatividad del deber de lealtad.....	35
3.5 Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad. ....	37
4. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES PARA UN GOBIERNO CORPORATIVO SOSTENIBLE.....	38
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA .....	41
6. BIBLIOGRAFÍA, ENLACES WEB Y REFERENCIAS NORMATIVAS.....	45
7. ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE OTRAS RESOLUCIONES .....	48

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
LSC	Ley de Sociedades de Capital
TFG	Trabajo Fin de Grado
CE	Constitución Española
BJR	Business Judgment rule
CC	Código Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
STS	Sentencia Tribunal Supremo



## **RESUMEN/ ABSTRACT**

### **RESUMEN**

En el presente Trabajo de Fin de Grado se tiene por objeto analizar, dentro del marco jurídico, los deberes en el ámbito mercantil de los administradores de una sociedad de capital en España.

El derecho societario se encuentra sometido a continuos cambios, produciéndose una constante necesidad de adaptación al marco en el que se desenvuelve, resultado de ello, son las numerosas modificaciones legislativas en materia de gobierno corporativo.

Un claro ejemplo de ello es la redacción de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, cuyas modificaciones se centran en los dos órganos sociales que conforma cualquier sociedad capitalista, centrándonos en nuestro caso en aquellas dirigidas al órgano de administración, a través de la cual el legislador ha regulado de una forma más precisa y extensa los deberes de diligencia y lealtad y los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés.

Así como la reciente Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Por la que se modifica el primer apartado del artículo 225 LSC para reforzar el deber de diligencia de los administradores.

Ambas leyes incorporan importantes modificaciones en el régimen jurídico de los administradores de las sociedades, las cuales, analizaremos en el presente trabajo.

Para finalizar, vamos a tratar la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos, la cual incluye una referencia expresa al deber de diligencia de los administradores.

**Palabras clave:** deberes, sociedades de capital, administradores, diligencia, lealtad, modificaciones, régimen jurídico.

## ABSTRACT

The purpose of this Final Degree Project is to analyze, within the legal framework, the duties of the administrators of a capital company in Spain in the commercial field.

Corporate law is subject to continuous changes, with a constant need to adapt to the framework in which it operates, as a result of which there are numerous legislative amendments in the field of corporate governance.

A clear example of this is the drafting of Law 31/2014, of December 3, amending the Capital Companies Act to improve corporate governance, whose amendments focus on the two corporate bodies that make up any capitalist company, focusing in our case on those aimed at the management body, through which the legislator has regulated in a more precise and extensive way the duties of diligence and loyalty and the procedures that should be followed in case of conflict of interest.

As well as the recent Law 5/2021, of April 12, amending the Revised Text of the Capital Companies Act, approved by Royal Legislative Decree 1/2010, of July 2, and other financial regulations, with regard to the promotion of the long-term involvement of shareholders in listed companies. By which the first section of Article 225 LSC is amended to reinforce the duty of diligence of the administrators.

Both laws incorporate important modifications in the legal regime of company directors, which we will analyze in this paper.

Finally, we will deal with the proposal for a Directive on the due diligence of companies with regard to sustainability and human rights, which includes an express reference to the duty of diligence of directors.

**Keywords:** duties, capital companies, directors, diligence, loyalty, modifications, legal regime.

## INTRODUCCIÓN

El gobierno corporativo ha suscitado gran interés en los últimos años, adquiriendo gran importancia tanto por su trascendencia económica como jurídica, siendo uno de los aspectos más influyentes para establecer un equilibrio entre sus órganos y para el buen funcionamiento de las empresas, con la finalidad de que la sociedad pueda desarrollar el objeto social fijado en sus estatutos, y, por ende, de lograr el mejor resultado económico posible, constituyendo así, por tanto, el buen gobierno corporativo un factor esencial para la generación de valor en las mismas.

Mediante este trabajo de fin de grado (en adelante TFG), vamos a profundizar a cerca de los deberes que ostenta el órgano de administración por razón de su cargo, en torno a los dos grandes ejes que los delimitan, el deber de diligencia y el deber de lealtad.

Si bien es cierto, los mencionados deberes de diligencia y lealtad no son una novedad introducida por la LSC, como estudiaremos en el capítulo sobre “Deberes legales de los administradores: Origen y evolución”, ya existía normativa al respecto, pero han sido siempre dictaminadas de forma desordenada y asistemática. Pero si es con ella, que se le da una regularización, la cual radica en la necesidad del legislador de delimitar dichos deberes a través de modificaciones en la normativa societaria con la finalidad de mejorar la gobernanza corporativa.

Las normas sobre la mejora del gobierno corporativo se han ocupado de establecer determinadas exigencias en cuanto al Consejo de Administración, a fin de conseguir los objetivos indicados, las cuales se han plasmado en su composición, funciones y en la eficacia de su actuación.

Uno de los aspectos más importantes en cuanto a lo que se refiere al deber de diligencia, es que la LSC incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la *Business Judgment Rule*, con el objeto de proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio, otorgando mayor seguridad a los administradores para evitar que las decisiones empresariales erróneas conlleven automáticamente una responsabilidad.

En lo que respecta al deber de lealtad, se reformulan las obligaciones básicas que del mismo se derivan, así como las consecuencias de su incumplimiento.

Por otro lado, la principal novedad relacionada con el deber de lealtad es el desarrollo de la regulación de conflictos de interés, sometido a un régimen imperativo de obligaciones y prohibiciones.

El trabajo analizará los límites y los deberes tanto por parte de la legislación como de la doctrina.

### **Objetivos y Justificación**

El objeto de estudio del presente TFG, los deberes del órgano de administración, es profundizar y analizar sobre el impacto que tiene para una Sociedad de Capital el ejercicio de los deberes inherentes a su cargo, siendo competencia de estos, los actos de gestión necesarios para el desarrollo de aquellas actividades u operaciones empresariales que integren su objeto social y la representación de la sociedad en sus relaciones jurídicas con terceros, en los términos establecidos en esta ley.

Todo ello al marco de las modificaciones introducidas tanto por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo como por la Ley 5/2021, surgidas de la necesidad del legislador para mejorar su regulación, reordenando y ampliando el contenido de sus deberes.

A continuación, vamos a determinar tanto los diferentes objetivos generales como específicos planteados en este trabajo. A través de los cuales, basaremos la presente investigación.

Objetivos generales que se pretenden conseguir con este trabajo:

- Análisis y estudio del deber de diligencia de los administradores sociales.
- Análisis y estudio del deber de lealtad de los administradores sociales.
- Los deberes de los administradores para fomentar un gobierno corporativo más sostenible.

Objetivos específicos:

- La importancia que tiene para las empresas una buena gobernanza corporativa.
- Examinar las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Este TFG encuentra su fundamentación en delimitar el alcance de los deberes de los administradores en las Sociedades de Capital, tratándose de un tema importante en materia de derecho societario por la necesidad de adaptación constante de las empresas a un mercado cada vez más globalizado y competitivo, siendo necesario para obtención de los resultados esperados por las empresas un gobierno bien gestionado.

## **Estructura**

La estructura que vamos a seguir para la realización del presente trabajo de fin de grado consta de cinco capítulos, comenzando por una introducción a los antecedentes en materia de normativa referente a los deberes de diligencia y lealtad del órgano de administración, en los cuales iremos profundizando a lo largo del resto de capítulos, y finalizaremos con los deberes de los administradores para la consecución de un gobierno corporativo sostenible.

En el primer capítulo, vamos a tratar los antecedentes en materia normativa sobre la gobernanza corporativa, y como los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades capitalistas han adquirido cada vez más importancia a lo largo del tiempo, sometiéndose a constantes modificaciones que han ido profundizando y delimitando de forma más detallada el alcance de estos deberes para la consecución de un buen gobierno corporativo.

En el segundo capítulo, nos centraremos en uno de los pilares de estos deberes, el deber diligencia, por el que se establece el modelo de conducta a seguir por los administradores sociales para cumplir con las obligaciones que se derivan de la Ley, los estatutos, los acuerdos de la Junta y del Consejo de administración, que sean necesarios para el desarrollo y consecución del interés social.

Así como la introducción de la *Business Judgment Rule* o regla del juicio o discrecionalidad empresarial, consagrada en el artículo 226 de la LSC.

En el tercer capítulo, trataremos las obligaciones derivadas del deber de lealtad derivado del deber de la buena fe, y consistente en la obligación de actuar en interés de la entidad en caso de conflicto de intereses con esta, subordinando los propios a favor de aquella.

En el cuarto capítulo, nos centraremos en la publicación de la Comisión Europea de un proyecto de directiva de diligencia debida sobre sostenibilidad, la cual, trata de fijar

normas que fomenten un comportamiento empresarial sostenible y responsable. Lo analizaremos desde la perspectiva de como los deberes de los administradores ocupan gran relevancia para la consecución de un gobierno corporativo sostenible.

En el quinto capítulo del presente TFG vamos a abordar una serie de conclusiones y propuestas de mejora sobre el tema objeto de nuestro trabajo.

Y finalizaremos con la bibliografía, enlaces utilizados, referencias normativas, jurisprudencia y otras resoluciones que hemos utilizado para realizar este estudio.

## **Metodología**

El método de trabajo propuesto para la realización de este trabajo se ha basado en una labor de acopio del material legal necesario para el conocimiento en profundidad de la gobernanza corporativa, mediante el estudio de la doctrina científica y la jurisprudencia, así como, mediante la obtención de numerosa bibliografía y webgrafía correspondiente.

Asimismo, se ha examinado en profundidad tanto 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 como la Ley de Sociedades de Capital, donde nos hemos centrado en la reforma llevada a cabo en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Estas leyes han sido fundamentales para el análisis y comprensión de los aspectos legales y normativos.

También se analiza de forma breve la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

## **1. DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN.**

Para entender los deberes de los administradores sociales, es obligado echar la vista hacia atrás, analizando desde una perspectiva histórica la evolución de las normas reguladoras de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, vamos a analizar los cambios que se han ido produciendo en materia de derecho societario hasta la promulgación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante LSC). Enfocándonos específicamente en los deberes de los administradores, los cuales suponen un aspecto fundamental en la mejora del gobierno corporativo.

Los deberes de diligencia y de lealtad son deberes clásicos, que aparecen por primera vez recogidos de forma explícita en la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (en adelante LSA 1951).

Mediante la promulgación de la LSA 1951, “se dejó atrás la visión de los administradores como meros mandatarios para adquirir la condición de comerciantes y representantes, es decir, sujetos titulares de atribuciones propias en la sociedad anónima. Ello supuso, al mismo tiempo, el abandono del modelo de diligencia exigible al «buen padre de familia» (art. 1.719 CC) en el ámbito de las sociedades anónimas” (Otegui, 2018, p.48).

En el artículo 79 de la ley se establecen los criterios generales que se deben seguir para una actuación responsable de los administradores. No obstante, este artículo define de manera genérica la conducta esperada de un administrador social, abordando tanto el deber de diligencia como el deber de lealtad en el mismo precepto legal.

En concreto, se establece que: *“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los Administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño”*.

Esta disposición tenía por objetivo promover una conducta diligente y leal por parte de los administradores para con la sociedad, fomentando una actuación responsable, y estableciendo un marco legal que responsabilizara a aquellos administradores que hubieran actuado negligentemente, y a su vez, salvaguardar a aquellos que hubieran expresado su disconformidad oponiéndose al acuerdo que hubiere causado el daño.

Si bien, esta Ley supuso un hito importante en la regulación de las sociedades capitalistas en España, puesto que estableció las bases del deber de diligencia exigible que se debía esperar del administrador, el deber de actuar fiel o lealmente en interés de la sociedad, así como el establecimiento de una regulación del régimen de responsabilidad ante el incumplimiento de estos deberes.

Pero pronto esta regulación se mostró insuficiente debido a la falta de control y seguridad jurídica, siendo posteriormente modificada mediante el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, (en adelante TRLSA).

El art. 127 TRLSA, reguló el ejercicio del cargo de los administradores, estableciéndose que: *“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”*.

De este precepto, y en comparación con la normativa anteriormente vigente, podemos observar cómo sustituye la referencia de «ordenado comerciante» prevista en el art. 79 LSA 1951, por la de «ordenado empresario». Concepto que ha sufrido una evolución a lo largo de toda la normativa societaria.

Este parámetro ha evolucionado desde el antiguo modelo del “buen padre de familia” que tiene su origen en el Derecho Romano u aquel del “ordenado comerciante” al que aludía el artículo 79 de la LSA 1951 así como otras fuentes mercantiles.

En la legislación mercantil especial el término a utilizar es empresario. El administrador se caracteriza por ser una figura cuya función es gestionar un patrimonio y unos intereses ajenos, por ello lo debe hacer como si del suyo propio se tratara, actuando con la misma diligencia con la que el propio empresario actúa para con su empresa, es decir, en ser un adecuado administrador mercantil.

En el art. 127 TRLSA se incluye una novedad en su segundo apartado relativa al deber de guardar secreto: *“Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones”*.

Encontramos su fundamento en la relación que se crea entre la sociedad y el administrador, la cual se basa en la confianza que la primera deposita en el administrador, y como este por razón del cargo que ostenta conoce y tiene en posesión

información relevante de la empresa de la cual se espera que haga un buen uso no solo durante el ejercicio de su cargo, sino también cuando cesen sus funciones.

Es por ello por lo que el añadir el deber de guardar secreto, aun después de que cese la labor del administrador dentro de la empresa, dota de seguridad jurídica a la misma.

Pero en realidad, las novedades legales vienen introducidas por esta Ley en materia de responsabilidad de los administradores, el artículo 133 TRLSA modifica los supuestos de responsabilidad<sup>1</sup>, sustituyendo la expresión del anterior artículo 79 LSA 1951, poniendo fin al umbral de la negligencia grave vigente hasta entonces.

Ahora bien, este nuevo régimen no vino acompañado de un verdadero sistema en cuanto a los deberes de los administradores, sino más bien de una norma genérica y abstracta sobre dicha conducta.

Entre 1989 y 2003 se lleva a cabo un periodo de intenso debate acerca del concepto del movimiento denominado Gobierno Corporativo, de origen anglosajón, el cual sirvió como fuente de inspiración para la producción de los distintos códigos de buen gobierno corporativo que han sido promulgados en los últimos años en España.

La promulgación de estos códigos nació fruto de la necesidad de unas normas de funcionamiento interno que delimitasen las funciones del órgano de administración.

En España, es el Informe de Olivencia de 26 de febrero de 1998, la primera manifestación del movimiento del Gobierno Corporativo, elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración, principalmente de las Sociedades españolas que cotizan en el mercado de valores.

El cual enfocó la elaboración de las medidas de buen gobierno en los Consejos de Administración, su funcionamiento y en las conductas de sus miembros, con el propósito de promover la transparencia y la responsabilidad.

En materia de los deberes de los administradores tuvo como objetivo detallar el alcance de las obligaciones del deber de diligencia y lealtad con el fin de estimular a los

---

<sup>1</sup> Artículo 133 TRLSA: 1. “Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos 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 aquél”.

consejeros para que tomaran conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación.<sup>2</sup>

A su vez, hizo hincapié en las obligaciones principales derivadas del deber de diligencia a las que debe hacer frente el administrador.

Y estableció recomendaciones para evitar el conflicto de intereses, mediante dos reglas fundamentales basadas en la abstención de los consejeros en aquellas cuestiones en las que se encuentren directamente interesados, y fomentando medidas destinadas a limitar las transacciones profesionales entre el consejero y la sociedad para evitar que se entre en un conflicto de intereses. Aumentado de esta forma la transparencia y disminuyendo la interferencia de intereses personales en la toma de decisiones empresariales.

Así como, recomendaciones sobre el uso de los consejeros de los activos sociales con objeto de impedir su aplicación para uso privado o el aprovechamiento de ventajas personales, y la adopción de normas adoptadas por las propias sociedades para evitar que los consejeros aprovechen en beneficio propio oportunidades de negocio que correspondan a la sociedad.

También enfatizó en el deber de guardar secreto y mantener la confidencialidad de la información de la empresa, tanto en el ejercicio del cargo, y cuando este cese.

Poco después, en enero de 2003, fue presentado por la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas, el informe Aldama, basado en los principios de transparencia, seguridad y el deber de lealtad de los administradores.

Este informe tomó en consideración el Informe de Olivencia, compartiendo su filosofía y continuando su trabajo, pero si bien este se basaba en establecer una serie de recomendaciones encaminadas a la práctica de buen gobierno, el Informe Aldama se enfoca en fomentar la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas en España, mediante la aplicación de una serie de criterios y pautas.

Con relación al deber de lealtad, el Informe hace alusión a la necesidad de una intervención legislativa, fruto de la escasez de normas reguladoras, marca como medida detallar una serie de obligaciones básicas derivadas del principio general, destinadas a

---

<sup>2</sup> Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, febrero de 1998. Pág. 46.

orientar a los administradores y contribuir a la creación de una cultura corporativa adecuada<sup>3</sup>.

En cuanto a la conducta diligente exigible al administrador en la toma de decisiones empresariales, se deben separar las consecuencias entre aquellas tomadas conforme al estándar de diligencia, encaminadas en buscar el beneficio empresarial, evitando cualquier conflicto de interés, de aquellas tomadas para prevalecer el interés personal al de la empresa.

Ambos informes sirvieron de guía para la promulgación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

Mediante la reforma llevada a cabo, el artículo 127 LSA de 1989 pasó a denominarse "Deber de diligente administración", manteniendo la anterior formulación de acuerdo con cómo deben desempeñar el cargo los administradores, es decir, con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, añadiendo en su segundo apartado que: *“Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”*.

Pero no se limitó a ampliar el concepto del deber de diligencia como se hicieron en las normativas precedentes a la Ley de transparencia, sino que, por primera vez, se separan los deberes de lealtad y diligencia unificados siempre en un mismo precepto.

Además, introdujo tres novedosos preceptos que se añaden al deber de diligente administración, estableciendo de forma clara los deberes que le corresponden al administrador como órgano esencial de las sociedades.

Se configuran el deber de fidelidad y el deber de guardar secreto, ambos encaminados a la persecución del interés social, entendido como el interés común de la sociedad.

En consonancia con las recomendaciones del Informe Aldama, en el artículo 127 ter de la Ley, el deber de lealtad se configura mediante una lista detallada de una serie de obligaciones básicas derivadas del principio general.

Finalmente, 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 (en adelante TRLSC), tuvo como objetivo unificar y simplificar el marco legal aplicable a las sociedades de capital, reduciendo la complejidad y aumentando la claridad y transparencia en la regulación de estas entidades.

## **2. DEBER DE DILIGENCIA**

### **2.1 El deber de diligencia de los administradores**

Con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se introducen importantes cambios relativos al consejo de administración, detallando de forma más clara y definida el alcance de sus deberes mediante un proceso de reordenación de la normativa existente, concretadas ahora por la misma.

El consejo de administración juega un papel fundamental dentro de las empresas. Configurándose como un órgano estructural de la misma, necesario y permanente, es por ello por lo que, es necesario la tipificación de los deberes de diligencia y lealtad, para garantizar el éxito y la sostenibilidad de la empresa a largo plazo.

El origen de esta reforma se encuentra en el Acuerdo del Consejo de ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas.

El deber de diligencia se proyecta en una doble dirección. Por un lado, vamos a tratar la diligencia tomada en las decisiones regidas por normas jurídicas, es decir, aquellas que se encuentran dentro del ámbito de lo normativo, enfocadas a regular un determinado comportamiento a seguir por los administradores. Y, por otra parte, las tomadas dentro del ámbito de lo discrecional, de carácter estratégico o de negocio.

La reforma comienza con la incorporación del artículo 225 LSC, apartado que formula el contenido básico del deber general de diligencia de los administradores, por lo que, a lo largo de este capítulo, vamos a analizar cada uno de sus apartados y el impacto que

---

<sup>3</sup> Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y

ha tenido la nueva normativa sobre este deber aplicable a cualquier administrador en el marco de las sociedades de capital.

Artículo 225. 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.*

En primer lugar, destacamos el deber del administrador de desempeñar el cargo conforme las leyes y los estatutos fijados por la sociedad para regular su régimen interno.

De este precepto podemos observar la intención del legislador de reforzar el compromiso a los deberes legales y estatuarios exigibles a cualquier administrador.

Dicho compromiso implica conocer y cumplir las leyes y regulaciones aplicables a la empresa, puesto que su desconocimiento e incumplimiento puede dar lugar a graves consecuencias tanto para la empresa como para los administradores, por lo que es esencial que se garantice, no solo para proteger los intereses de los socios, sino también los de acreedores.

Por tanto, la antijuridicidad de las conductas contrarias a la ley se puede dar, o bien, por la propia infracción de normas jurídicas por parte de los administradores, o porque tal infracción vulnera el deber de diligencia, deber que comprende el cumplimiento normativo, es decir, el deber de legalidad.<sup>4</sup>

En definitiva, un ordenado empresario deberá realizar sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y

---

las sociedades cotizadas, enero de 2003. pág. 23.

<sup>4</sup> Flores Segura, M. Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores, Lecciones Mercantil. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores>

asumiendo solo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa, todo ello, con la misma diligencia que se espera de un empresario, lo cual se traduce en ser un adecuado administrador mercantil.

Por otra parte, se establece como los administradores deben desempeñar su cargo en función de la naturaleza del cargo y las funciones que a ellos se le atribuyan, por lo que, se entiende que el deber de diligencia no es igual para todos los administradores.

Esto da lugar a una valoración individual de la posición de los administradores, que varía en función de la distribución de cargos dentro del órgano de administración, así como de la estructura del órgano en cuestión, por ende, estos dos parámetros van a determinar el modo en que han de ejercerse los deberes propios del cargo.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que no todas las sociedades estructuran su órgano de administración de idéntica forma, la administración se podrá desarrollar de forma individual, actuando como administrador único, por varios administradores que actúen de forma solidaria, por dos administradores mancomunados o por un consejo de administración. Por lo que, habrá que estar a su estructura para poder establecer un régimen de responsabilidades.

En segundo lugar, no puede esperarse una idéntica diligencia, por ejemplo, del presidente del consejo, siendo el máximo responsable de su eficaz funcionamiento, o del consejero delegado que de un consejero común.

El hecho de que existan diferentes tipos de administradores al cual a cada uno se le han encomendado diversas tareas dentro marco de una redistribución natural del trabajo, da lugar a evaluar la diligencia de forma individual para cada administrador.<sup>5</sup>

Recientemente, este artículo ha sufrido una modificación con la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (en adelante LSC 2021), por la que se modifica el artículo 225.1 LSC, añadiendo un inciso final al propio precepto por el que además los administradores *deberán “subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”*.

Esta subordinación constituye la novedad del precepto, entendiéndose el interés particular como todo aquello referente al ámbito privado o personal del administrador, y que por ende pueda interferir en la toma de decisiones, las cuales deben ir enfocadas al éxito y el crecimiento de la empresa en su conjunto, en lugar perseguir beneficios o ventajas personales, bien para sí mismos o para un grupo selecto de personas.

En el segundo apartado del artículo 225 de la LSC, se impone un parámetro de diligencia profesional, por el cual los administradores deben actuar con la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, añadiendo dos fundamentos que contribuyen a especificar un poco más el deber de diligencia, centrado especialmente en la división interna del trabajo entre los administradores.

Por un lado, cuando el administrador acepta el cargo deberá tener la dedicación adecuada, resolviendo activamente el día a día que concierne a la sociedad, tanto en el ámbito interno como externo que la engloba.

Y, por otro lado, deberán adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Tienen la responsabilidad de actuar en el mejor interés de la empresa y sus accionistas, desempeñando su cargo como profesionales competentes y dedicados, y actuar con integridad y transparencia en todas sus acciones. Además de su desempeño individual se atiende a como organizan la gestión de la sociedad para cumplir con sus responsabilidades y garantizar su éxito.

Podemos interpretar que los dos primeros preceptos del art.225 LSC, se encuentran a su vez dentro de un deber más general, el deber de cumplimiento del cargo, cuya exigencia variará, por un lado, según las funciones atribuidas al administrador, así como por la organización y gestión de la sociedad conducida a criterios de buen gobierno, y por otro, según el cumplimiento de las leyes y los estatutos por el administrador.

En el último y tercer apartado del artículo, se refuerza el deber de los administradores de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad en dos direcciones unidas la una por la otra. El deber de informarse y conocer el contexto societario da lugar a un derecho de recibir la información adecuada para ejercer su cargo y funciones correctamente.

---

<sup>5</sup> RECALDE CASTELLS, A. y ARIAS VARONA, FCO. J. *Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. Pág. 77.

Del cumplimiento del deber de informarse, deriva una necesidad práctica exigible a cualquier administrador de cumplir con una conducta activa, implicada y efectiva en la gestión de la sociedad.

En este punto, podemos mencionar la comisión Aldama, en ella se destaca la participación efectiva por los administradores, y califica como “esencial el abandono de concepciones pasivas del cargo de administrador, incompatibles con las exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad”<sup>6</sup>

Cuyo fundamento se encuentra en que, los administradores son los encargados de tomar decisiones clave para la empresa, por eso es vital que la información que los administradores deben exigir y recabar sea precisa, exacta y completa, es decir, que debe abarcar todos los aspectos relevantes sobre la situación financiera, legal y estratégica de la empresa. Siendo esta siempre debidamente contrastada para minimizar el riesgo de errores, y poder tomar decisiones informadas y responsables dirigidas a maximizar los beneficios.

La información recopilada por el administrador debe ser siempre conforme a la buena fe y mediante un uso lícito, que en ningún caso pueda perjudicar el interés de la sociedad.

La configuración del deber de recabar información, según jurisprudencia reiterada, da lugar a un incumplimiento inexcusable para el órgano de administración.

De acuerdo con la LSC, los accionistas de la sociedad tienen el derecho de exigir a los administradores la información que consideren necesaria sobre los asuntos previstos para la realización de la junta, y estos están obligados a proporcionarla. Así como aquellas que no se pudieron satisfacer en aquel momento, deberán ser facilitadas por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta<sup>7</sup>.

Podemos ver a través de la doctrina jurisprudencial, como una conducta pasiva del administrador del administrador da lugar a una acción de responsabilidad individual, así como se recoge en la STS 665/2020<sup>8</sup>, reconociendo a los socios y a los terceros una

---

<sup>6</sup> Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas, enero de 2003. pág. 25.

<sup>7</sup> Artículo 197 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>8</sup> STS 665/2020, de 10 de diciembre de 2020 sobre la existencia de enriquecimiento injusto por parte de la sociedad administrada que genera responsabilidad individual del administrador.

acción individual contra los administradores, cuando la conducta de estos en el ejercicio de su función les hubiera ocasionado un daño directo.

La misma recoge que los presupuestos de esta acción se basan en:

- Un comportamiento activo o pasivo de los administradores, imputable al órgano de administración.
- Que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal.
- Y que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño.

En ella concluye como la pasividad del administrador en el ejercicio de sus funciones supone un incumplimiento de su obligación de desempeñar su cargo con diligencia, considerando incluso que no es necesario probar que exista un beneficio para el propio administrador, puesto que lo relevante es el incumplimiento de su deber de diligencia.

Relacionado con el deber de información encontramos los deberes de vigilancia y control, que tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de las leyes y los estatutos, proteger los intereses de la sociedad, y prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Podemos concluir con que el deber de diligencia comprende el deber de ejercer efectivamente el cargo, el deber de vigilancia o supervisión, y el deber de informarse y tomar decisiones evaluando los riesgos y oportunidades, todo ello bajo el sometimiento a la ley y a los estatutos.

## **2.2 La protección de la discrecionalidad empresarial**

La protección de la discrecionalidad empresarial tiene su origen en la doctrina propia del *Common Law* conocida como *Business Judgment Rule*, desarrollada por los tribunales de Estados Unidos.

Nace a finales del siglo XIX, fruto de decisiones jurisprudenciales y quedando consolidada en los Tribunales de Delaware, en concreto en el caso *Aronson v. Lewis* del año 1984, mediante el cual se establece que para un accionista pueda demandar

judicialmente a su sociedad, debe existir un criterio justificativo de la misma, formulando la *Business Judgment Rule* como:

“Una presunción de que en la toma de una decisión de negocios los administradores de una compañía actuaron de manera informada, de buena fe y en la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía”.<sup>9</sup>

Esta postura presumía que los administradores habían actuado de manera diligente en la toma de sus decisiones dentro de la empresa, y, por ende, deberá ser respetada por los tribunales, a menos que se demuestre la infracción al deber de diligencia, es decir, la carga de la prueba recae sobre la parte demandante.

En España la protección de la discrecionalidad empresarial ha sido acogida a lo largo de los años por la doctrina, así como por nuestros tribunales mediante la emisión de decisiones judiciales en el ámbito de la responsabilidad de los administradores.

Estableciéndose una práctica habitual en la jurisprudencia, la cual el legislador español la incorporó expresamente a través de la LSC en su artículo 226, siendo una de las mayores novedades introducidas por la Ley, bajo el título "Protección de la discrecionalidad empresarial", quedando redactada en los siguientes términos:

Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial:

*1. 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.*

*2. 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.*

La aplicación de la regla está sujeta a varios criterios mediante los cuales se entenderá que el administrador en la toma de decisiones estratégicas ha cumplido con el estándar de diligencia de un ordenado empresario:

---

<sup>9</sup> Aronson v. Lewis 473 A.2d 805 (Del. 1984)

1. Buena fe, entendida en sentido subjetivo y con el límite de las decisiones disparatadas en términos de valoración de riesgos, que no se pueden entender realizadas de buena fe por mucho que se alegue que buscaban el interés de la compañía.<sup>10</sup>  
No constituye un deber en sí mismo, sino que forma parte del contenido de los deberes de lealtad y diligencia de los administradores.
2. Sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, es decir, que la decisión tomada haya sido en el mejor interés de la empresa, por encima de los suyos propios o de los de terceros.
3. Con la información suficiente, lo que implica una labor activa de búsqueda de la información necesaria y adecuada, utilizando todos los medios disponibles para poder tomar una decisión que comporte el menor riesgo posible.
4. Y un procedimiento de decisión adecuado, el cual debe ser conforme a la ley y los estatutos o reglamentos. Así como un análisis de la información recopilada antes de la toma de decisión, una evaluación de posibles riesgos o deliberación o discusión de estas.

Una vez hemos establecido los presupuestos por los que se entenderá cumplido el estándar de diligencia, debemos partir de la base de que no podemos relacionar directamente que una conducta llevada a cabo con la diligencia debida de siempre lugar a un resultado económico positivo, así como, que una conducta negligente sea igual a un resultado económico negativo.

Su justificación la encontramos en la SAP 13657/2000<sup>11</sup>, que establece que: “El simple fracaso económico de la sociedad e incluso su quiebra por sí no determinan la responsabilidad de los administradores, es decir, no es suficiente para determinar la responsabilidad de aquél el resultado negativo de la actividad social o del acto singular. Lo que los terceros y socios, en su caso, pueden exigir al administrador es el cumplimiento de sus obligaciones, pero no pueden responsabilizarlo por el fracaso económico de los negocios sociales”

---

<sup>10</sup> García-Villarrubia. M. La regla de la discrecionalidad empresarial. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial#:~:text=Los%20presupuestos%20son%2C%20seg%C3%BAAn%20resulta,haya%20sido%20con%20informaci%C3%B3n%20suficiente.>

<sup>11</sup> SAP Madrid 696/1997 de 10 de octubre de 2000 sobre una reclamación de cantidad entre partes.

Así como también recoge la SAP 168/2007<sup>12</sup>:

“Los actos u omisiones de los administradores sociales que dan lugar a la responsabilidad han de ser contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, y no basta con la mera causación de un quebranto patrimonial a la sociedad o a terceros”.

A lo que añade que: “La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados.”

Ambas sentencias subrayan que el fracaso económico de una operación no es suficiente para atribuir responsabilidad a los administradores, por lo que a la hora de entrar a valorar si el administrador actuó con la diligencia exigible a un ordenado empresario, debemos atender a los cuatro presupuestos que establece el art.226 LSC, y no a si la decisión ha causado un perjuicio en el patrimonio social de la empresa. No se trata de valorar en base al resultado, sino al procedimiento llevado a cabo.

La finalidad, por tanto, de la BJR es evitar que las decisiones empresariales sean cuestionadas a posteriori, esto es, en el momento en que se constatan los resultados desfavorables de la operación, eludiendo así el riesgo de que la falta de preparación técnica de los jueces determine la identificación automática de un mal resultado con la infracción del deber de diligencia.<sup>13</sup>

Pero, ahora bien, la regla ha generado y sigue generando un continuo debate, y es que la ausencia normativa sobre la carga de la prueba ha dado lugar a preguntarnos si nuestra regulación se aproxima más al modelo alemán o al modelo estadounidense consagrado en los Tribunales Delaware.

Por un lado, en el modelo estadounidense, que como hemos comentado anteriormente, la carga de la prueba recae sobre el demandante, por lo que, sobre él recae la obligación de demostrar que el administrador no ha cumplido con el estándar de diligencia y, por ende, con los cuatro presupuestos que lo configuran, consagrándose como una presunción iuris tantum a favor del administrador.

---

<sup>12</sup> SAP Madrid 168/2007 (Sección 28ª) de 13 de septiembre de 2007 sobre una acción individual de responsabilidad de los administradores del art.135 TRLSA.

<sup>13</sup> VERDÚ CAÑETE, María José. Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores. Artículo nº 24. Pág. 106.

Y, por otro lado, encontramos, el sistema alemán de "puerto seguro", donde la carga de prueba recae sobre los administradores. Por lo que solo podrán acogerse a la regla, aquellos administradores que hayan actuado de buena fe, de manera informada y buscando siempre la mejor satisfacción del interés social.

En un principio, se puede presumir que nuestra doctrina se inclina más por el modelo estadounidense, y es que ambas comparten los mismos presupuestos (de buena fe, en el mejor interés de la sociedad y con la información necesaria para poder llevar a cabo un procedimiento adecuado) que se deben dar para considerar que el administrador actuó diligentemente.

Por lo que, siguiendo este sistema, se presume que siempre que se den los requisitos mencionados, el administrador se acoge a la regla de discrecionalidad empresarial, trasladando la carga de prueba a la parte demandante.

Pero al no contener nuestra normativa una regulación expresa, debemos acudir a las reglas de la carga de la prueba del procedimiento civil del art. 217 LEC, el cual establece en su segundo apartado lo siguiente:

*“Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.”*

Siguiendo las reglas del procedimiento civil español, esto nos llevaría a un procedimiento declarativo plenario, por lo que el objeto del proceso será debatido y resuelto en toda su extensión, correspondiéndole a ambas partes aportar las pruebas para lograr el convencimiento del juez sobre la exactitud de sus afirmaciones y de esta forma, el Juez o Tribunal entraría en el fondo del asunto.

Es aquí donde surge la problemática, ¿De qué manera se puede brindar protección a los administradores para evitar que sean juzgados ex post facto ante los resultados de su decisión?

Se trata de evitar un sesgo retrospectivo, como establece la SAN 1/2018<sup>14</sup>, “El sesgo retrospectivo, que es muy habitual en la valoración de las crisis financieras, se rechaza frontalmente en la doctrina y jurisprudencia comparada, porque implica construir un

"fraude a posteriori", de manera que los comportamientos previos se valoran a la vista de acontecimientos posteriores que no eran predecibles”.

Así también, La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante<sup>15</sup> establece que:

“La pauta del administrador diligente no puede ser la exigencia del éxito empresarial ni desde luego la discrecionalidad propia del cargo hace absolutamente inconveniente el sesgo retrospectivo. De ahí que el artículo 226 LSC pretenda evitar el éxito de las acciones de responsabilidad sobre la base del enjuiciamiento ex post de la conducta.”

De ambas sentencias podemos extraer como la jurisprudencia reitera que para evaluar la diligencia del administrador, no puede basarse en la exigencia de lograr éxito empresarial, es decir, el criterio para determinar si la conducta de un administrador es antijurídica no debe basarse únicamente en un análisis retrospectivo de los resultados obtenidos.

Es importante resaltar que la *Business Judgment Rule* evita el efecto del sesgo retrospectivo en la definición de responsabilidad de los administradores, ya que se enfoca en los mecanismos y procedimientos utilizados por los administradores en llegar a su decisión y no en un examen ex post facto de la conveniencia de la determinación.<sup>16</sup>

Al hablar sobre la facilidad o disponibilidad probatoria<sup>17</sup> el tribunal deberá de tener en consideración lo que supone para cada una de las partes aportar las pruebas pertinentes para demostrar la exactitud de sus afirmaciones.

Observamos la dificultad que presenta para la parte demandante probar que el administrador no haya actuado con información suficiente o con arreglo a un procedimiento adecuado en la toma de sus decisiones empresariales.

Como figura ajena al órgano de administración, obtener pruebas sobre las decisiones llevadas a cabo por este, pueden suponer un verdadero desafío, y por ello, es el propio administrador el que ostenta de la posibilidad de ofrecer pruebas contundentes sobre los hechos.

---

<sup>14</sup> SAN 1/2018, 11 de enero de 2018 sobre delitos de administración desleal o de apropiación indebida.

<sup>15</sup> SAP Alicante, 22 de diciembre de 2022 sobre responsabilidad del administrador al que se imputa falta de diligencia en la iniciativa empresarial.

<sup>16</sup> SARRIA FERNÁNDEZ, A. y PAZOS BARBOZA, B. Del sesgo retrospectivo y la regla de discrecionalidad del juicio empresarial. Disponible en: [https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil\\_ca51cd467ecb4713961a3ce47698fa9c/revista-foro-de-derecho-mercantil/del-sesgo-retrospectivo-y-la-regla-de-discrecionalidad-del-juicio-empresarial](https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_ca51cd467ecb4713961a3ce47698fa9c/revista-foro-de-derecho-mercantil/del-sesgo-retrospectivo-y-la-regla-de-discrecionalidad-del-juicio-empresarial)

Por lo que, el principio de facilidad probatoria nos ubica más próximas al concepto de “puerto seguro” del sistema alemán, donde los encargados de probar que actuaron bajo los requisitos exigidos para la regla de discrecionalidad empresarial son los propios administradores.

Ahora bien, en el caso de que la carga de prueba recaiga sobre los administradores, ello no debe suponer que los tribunales españoles deban admitir a trámite cualquier demanda basada en la existencia de un daño derivado de una decisión empresarial. Es importante distinguir entre probar la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 226 LSC y no presentar ninguna prueba que sugiera que los administradores han actuado negligentemente en la toma de decisiones empresariales.<sup>18</sup>

### **3. DEBER DE LEALTAD**

#### **3.1 Concepto fundamental del deber de lealtad**

Fruto de los escándalos empresariales, a lo largo de los últimos años, ha surgido la necesidad de que el legislador regule de forma más detallada el deber de lealtad, configurándolo como un código de conducta que debe seguir un administrador social, de forma que el régimen de responsabilidad de los administradores sea más estricto.

Como hemos visto en el capítulo anterior, el deber de diligencia se configura como un estándar de conducta que atiende a la estructura del órgano de administración y por ende a la naturaleza del cargo y las funciones que le sean inherentes a su ejercicio, configurándose de forma independiente para cada administrador social.

En el caso del deber de lealtad, nos encontramos ante un deber imperativo, que se configura de la misma manera para cada administrador, con independencia de que actúen como administrador único, en régimen solidario, mancomunadamente o en consejo de administración.

---

<sup>17</sup> Art. 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>18</sup> Osborne Clarke. “La business judgement rule como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones”.2020. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/la-business-judgement-rule-como-mecanismo-de-limitacion-de-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-la-toma-de-decisiones>

Su fundamento jurídico nace de la relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad. Con su nombramiento, el administrador se configura como un agente de la sociedad, cuyo objetivo principal es perseguir la consecución de los fines sociales, maximizando el valor de su riqueza y subordinando el interés propio, o el de las personas a él vinculadas, al interés de la sociedad, puesto que su cometido es el de gestión y representación de esta.

El concepto del deber de lealtad se encuentra expresamente recogido en el art. 227.1 LSC en los términos siguientes:

*“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”.*

El deber de lealtad persigue un fin claro y reiterado, la consecución del interés social.

Es por ello por lo que, el deber de actuar como un fiel representante es siempre en miras a la defensa de ese interés social, entendido no como el interés individual de cada uno de los socios, sino como el interés de todos ellos en su conjunto, es decir, la suma de los intereses particulares de la sociedad.

Por lo que el administrador debe velar dentro de su obligación para con la sociedad, de dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social.

Íntimamente ligado al concepto de desempeñar el cargo como un fiel representante, siempre en atención al mejor interés de la sociedad, encontramos el principio jurídico general de la buena fe objetiva, basándose en el comportamiento que cabe esperar de un administrador y en la subordinación de este de su interés propio al de la sociedad.

Debido a la ajenidad del patrimonio que gestiona, y del que es responsable frente a terceros, este lo debe hacer bajo las exigencias de la buena fe.<sup>19</sup>

### **3.2 Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad**

La formulación genérica del deber de lealtad se ve completada con la enumeración de las principales obligaciones básicas derivadas del mismo, si bien, dichas obligaciones no pueden considerarse como exhaustivas.

---

<sup>19</sup> OTEGUI JÁUREGUI, KATTALIN. *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*. Marcial Pons: Madrid. 2018. Pág. 39-41.

El artículo 228 de la LSC obliga al administrador a:

1. No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas:

Como hemos hecho mención anteriormente, la relación entre administrador y sociedad se basa en una relación de extrema confianza, por la cual se pone en manos del primero información privilegiada relativa a la empresa para que pueda llevar a cabo su correcta gestión. Es por ello por lo que, la atribución de ciertas facultades, en ocasiones ha desembocado en un incorrecto uso, dando lugar a abuso de estas.

Así, la STS 316/2018,<sup>20</sup> configura como delito continuado de apropiación indebida y de administración desleal, el abuso de las funciones que le han sido conferidas al administrador, y mediante las cuales ha causado un daño al patrimonio social. Justificado en la violación de los preceptos societarios, en el marco obligacional que debe cumplir el administrador.

2. La obligación de confidencialidad

*“El deber de lealtad obliga al administrador a 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.”*

La obligación genérica de guardar secreto está íntimamente relacionada con el artículo 229.1 c) LSC que introduce, junto a la prohibición de revelación, la prohibición de explotación de la información reservada de la sociedad con fines privados<sup>21</sup>.

Así como entendemos, como manifestación de conducta diligente la del administrador de exigir y recabar la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones, se presume una conducta desleal cuando transmita información confidencial para obtener un beneficio propio o a terceros que cause un daño directo a la sociedad.

El Tribunal Supremo<sup>22</sup> ha declarado conducta desleal de los administradores sociales, la entrega de información y documentación confidencial, calificada como una violación

---

<sup>20</sup> STS 316/2018 de 28 de junio de 2018 sobre un delito continuado de apropiación indebida y de administración desleal por parte del administrador.

<sup>21</sup> PAZ ARES, CÁNDIDO: Anatomía del deber de lealtad (2015), pág.51.

<sup>22</sup> STS 662/2011 de 4 de octubre de 2011 sobre el deber de secreto o confidencialidad.

del deber de secreto, determinada por el uso perverso que se iba a hacer de la misma, causando de esta forma un perjuicio al interés social.

### 3. El deber de abstención

El artículo 228. c LSC establece que:

*“El administrador deberá abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado”.*

De esta forma, el administrador no solo deberá abstenerse en la votación, sino también en la deliberación del acuerdo cuando exista una contraposición de los intereses de la sociedad con los suyos propios, tanto directos, como indirectos, es decir, la intervención de un tercero en el conflicto, tendrán la consideración de personas vinculadas las enumeradas en el artículo 231 LSC:

*1. 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 o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho, o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad.*
- e) Los socios representados por el administrador en el órgano de administración.*

*2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán 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 apartado anterior.*

#### 4. Desempeño de sus funciones de manera independiente:

Como hemos dicho, la obligación de todo administrador es actuar de buena fe en el mejor interés social, pero debemos tener en cuenta que para llevar a cabo las actuaciones que le han sido otorgadas, este, en su ejecución, adquiere cierta autonomía jurídica otorgándole un margen de discrecionalidad, con el fin de gestionar por sí mismo la actividad objeto de su gestión.

La principal característica de esta independencia es que los administradores ejerzan sus funciones con libertad de criterio o juicio, sin que se vean influencias por terceros.<sup>23</sup>

#### 5. La obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés:

Por último, se impone a los administradores la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar el conflicto de intereses<sup>24</sup>. Esta obligación constituye el nervio central del deber de lealtad y representa, sin duda alguna, la regulación más sobresaliente de toda la materia<sup>25</sup>. Es por ello, que dedicaremos a tratar esta cuestión en el siguiente apartado de este capítulo.

---

<sup>23</sup> Artículo 228. d) de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>24</sup> Artículo 228. e) de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>25</sup> PAZ ARES, CÁNDIDO: Anatomía del deber de lealtad (2015), pág. 53.

### 3.3 El deber de evitar situaciones de conflicto de interés

Como hemos visto, en el apartado e) del artículo 228 LSC, dentro de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, encontramos la obligación por parte del administrador de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en una situación de conflicto de interés.

Pero es a través del artículo 229 LSC, donde el legislador tipifica una lista de actuaciones de las cuales el administrador debe abstenerse de realizar, con el objeto de orientar su conducta para evitar aquellas situaciones en la que puedan tener un interés personal que compita con los intereses de la entidad que representa.

De esta forma, se establece en el artículo 229.1 LSC:

*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, entendiéndose 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.*

La intención del legislador con este artículo es evitar que el administrador pueda obtener un beneficio a costa de la sociedad derivado de una situación de conflicto de

interés, es por ello por lo que, obliga al administrador a evitar una serie de situaciones, mediante la enumeración de estas.

El primer lugar se introduce la prohibición de realizar transacciones con la sociedad. Entendidas como cualquier negocio jurídico que tenga por objeto la transferencia inmediata de una cantidad de dinero o cualquier negocio jurídico sobre un determinado activo<sup>26</sup>.

Esta regla general viene acompañada de dos excepciones, por un lado, cuando se traten de operaciones ordinarias que realiza la empresa con regularidad y de forma previsible, es decir, en el ejercicio de su tráfico habitual o típico, y entendidas como aquellas que suelen ser necesarias para el funcionamiento diario de la empresa.

Y, por otra parte, cuando se trate de transacciones que sean de escasa relevancia, es decir, que sean de escasa importancia cuantitativa, y que no supongan un impacto significativo en el patrimonio empresarial, así como carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Obliga también este artículo al administrador a abstenerse de realizar cualquier operación con fines privados.

Por un lado, el administrador debe abstenerse de tanto usar el nombre de la sociedad o de invocar su condición de administrador para influir indebidamente en negociaciones privadas, o para obtener cualquier tipo de ventaja o beneficio en una operación utilizando a la empresa como garante, es decir, utilizando el prestigio de esta, para su interés personal.

Así como, por otra parte, se debe abstener de hacer uso de los activos sociales en operaciones privadas, incluida la información confidencial.

Los bienes que integran el patrimonio social se encuentran exclusivamente afectos al fin social, y estos no pueden ser utilizados para cubrir necesidades personales de los administradores o para las de un tercero vinculado a él.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> PORTELLANO DÍEZ, PEDRO: El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés. Thomson Reuters (2016). Pág. 92.

<sup>27</sup> —. El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés. Thomson Reuters (2016). Pág. 123.

Se considerará conducta desleal, por tanto, el uso de recursos de la empresa, que no tengan como finalidad obtener beneficios para esta.

Esta prohibición abarca no solo aquellos bienes materiales, sino también los bienes inmateriales, quedando prohibida de esta forma el uso de derechos de propiedad industrial e intelectual de la sociedad. Así como aquellas informaciones de carácter confidencial que por su naturaleza hayan sido objeto de medidas para mantenerlas como tal, y que a su vez posean valor comercial<sup>28</sup>.

En su cuarto apartado, hace referencia a la prohibición de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, pieza clave en el régimen de conflicto de interés, el deber de lealtad exige que la conducta del administrador debe ir siempre en el mejor interés de la sociedad, por lo que, aquellas operaciones necesarias para el desarrollo al que sirve el objeto social, y que tienen como finalidad obtener unos beneficios, han de considerarse oportunidades de negocio para la sociedad. Por el contrario, si los realiza para sí o un tercero estará impidiendo su incremento<sup>29</sup>.

El quinto apartado establece el deber del administrador de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de un tercero distinto a la sociedad, exceptuando aquellas de mera cortesía, regalos o gestos protocolarios, entendidos como aquellos que no ostentan de un gran valor significativo y que por tanto no influyen indebidamente en las decisiones de los administradores.

Esta prohibición viene justificada por el riesgo de que el administrador persiga los intereses del tercero que le retribuye en lugar del interés social al que debe servir, poniendo en peligro de esta forma, la independencia que requiere el cargo.

Se garantiza de esta forma la integridad de sus decisiones empresariales.

Para finalizar, en su último apartado, se establece la prohibición de desarrollar una actividad que entrañe una competencia, ya sea por cuenta propia, cuando se realiza una actividad económica de forma habitual, personal y directa a título lucrativo, o por cuenta ajena, como administrador, directivo o trabajador de otra sociedad.

---

<sup>28</sup> PORTELLANO DÍEZ, PEDRO. El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés. Thomson Reuters (2016). Pág. 126-127.

<sup>29</sup> —. El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés. Thomson Reuters (2016). Pág. 137.

La justificación la encontramos en que esta actividad, paralela a la que desarrolla el administrador en la sociedad principal que representa, le puede situar en un conflicto permanente de intereses, generando de esta forma el dilema de primar, o bien por el interés social, o bien, por el suyo propio o de la persona por cuenta de la cual se haya establecido simultáneamente.

Esta competencia debe ser efectiva, y puede a su vez, ser actual o potencial. Destaca la doctrina lo siguiente: " Entendemos que la "ratio" o idea básica que inspira la normativa legal se halla en el daño que pueda sufrir la sociedad, daño que puede ser actual o potencial, si bien para la apreciación de éste se requiere un riesgo serio y consistente. No es preciso que se aprecie un beneficio repercutible en otras empresas o en otras personas, aunque lo normal será que ello suceda así respecto de la competidora o quien tenga el interés contrapuesto. La posibilidad del daño dependerá de las circunstancias concurrentes, por lo que será preciso su ponderación en cada caso."<sup>30</sup>.

Debemos añadir que: “al conflicto de interés debe equipararse el conflicto de deberes, porque en uno y otro caso, el riesgo de quiebra de la objetividad exigible al administrador y, consiguientemente, el riesgo de menoscabo de la integridad del interés protegido es similar.”<sup>31</sup>

El precepto argumenta que tanto el conflicto de intereses como el conflicto de deberes tienen un impacto similar en la objetividad del administrador y la integridad del interés protegido. El conflicto relevante se encuentra en la división de lealtades que tiene el administrador, entre la sociedad que administra y la entidad legal para la que trabaja por cuenta ajena.

Para terminar, los apartados segundo y tercero del artículo establecen lo siguiente:

*2. 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.*

*3. 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*

---

<sup>30</sup> STS 523/2008 de 12 de junio de 2008 sobre la facultad de la junta general para estimar la causa de separación según lo establecido en el artículo 132.2 LSA.

<sup>31</sup> STS 613/2020 de 17 de noviembre de 2020 sobre el deber de lealtad del administrador social y la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés.

*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.*

De esta forma, el deber de lealtad no solo será infringido cuando se produzca un conflicto de interés entre la sociedad y el administrador, sino también cuando el beneficiario de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al propio administrador enumeradas en el art. 231 LSC, que como hemos mencionado, contiene una lista cerrada.

Así mismo, el precepto tiene por finalidad que tan pronto como sea advertida por el administrador la existencia de una situación de conflicto de interés, que pueda afectar a la sociedad, esta sea comunicada inmediatamente a la misma, de esta forma, la sociedad podrá adoptar las decisiones que sean pertinentes para proteger sus intereses.

### **3.4 Régimen de imperatividad del deber de lealtad**

El último aspecto para destacar versa sobre el carácter imperativo del deber de lealtad regulado en el artículo 230 LSC, por el que se establece que:

- 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.*

El fundamento jurídico del carácter imperativo del deber de lealtad nace de la relación fiduciaria del administrador con la sociedad, como gestor de ella, no puede dejarse en sus manos la decisión de atender o no el cumplimiento de la obligación básica. Puesto que, en este caso, si los estatutos permitiesen que los administradores no estuviesen

obligados a atender las exigencias del deber de lealtad, no tendrían la obligación de actuar en el mejor interés de los socios<sup>32</sup>.

Por tanto, el régimen legal del deber de lealtad no es dispositivo, y por ello, no puede verse alterado por una configuración estatutaria. Siendo inadmisibles los acuerdos que liberen o disminuyan la responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad.

La sociedad no puede autorizar el abuso de poder por parte de un administrador ni eximirlo de su deber.

No obstante, como se regula en su segundo apartado, aunque nos encontremos ante reglas de carácter imperativo, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo 229 LSC, eso sí, en casos singulares, y mediante autorización que emanará de la junta general o del órgano de administración dependiendo de la actuación que se trate.

En los casos más relevantes, la autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general, esto es, cuando se trate de obtener una ventaja o remuneración de terceros y aquellas que tengan por objeto transacciones cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales, el establecimiento de este porcentaje, no implica que por debajo de él no exista un deber de abstención, sino que, en ese caso, le corresponderá la competencia al órgano de administración y no a la junta general<sup>33</sup>.

Se podrá proceder, asimismo, a la dispensa de algunas de las prohibiciones, como son, transacciones 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, en cuyos casos, la autorización podrá ser otorgada por el órgano de administración, siempre que se garantice la independencia de los miembros respecto del administrador dispensado.

No obstante, estas deberán de ser examinadas caso por caso, y siempre y cuando, no causen un perjuicio para la sociedad y que se ajusten a las condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

---

<sup>32</sup> PORTELLANO DÍEZ, PEDRO. “El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés”. Thomson Reuters (2016). Pág. 25-26.

<sup>33</sup> RECALDE CASTELLS, ANDRÉS Y ARIAS VARONA, FCO. JAVIER. “Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 2016. Madrid. Dykinson. Pág. 98.

Para los casos en los que los administradores desempeñen una actividad competidora, esta solo podrá ser objeto de dispensa cuando se den las siguientes condiciones:

- No quepa esperar daño para la sociedad, o
- El que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

Para finalizar, la Ley somete a la junta general, a petición de cualquier accionista, el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas frente a la sociedad.

Nos encontramos ante una conducta desleal por parte del administrador, el cual, ha llevado a cabo actividades que compiten directamente con los intereses de la sociedad, frente a esta situación, se establece que cualquier socio puede pedir su destitución y la Junta deberá decidirla salvo que se justifique la decisión contraria.

Estableciéndose de esta forma, la sanción para la infracción del deber de lealtad por parte de un administrador que, sin autorización, compite con la sociedad<sup>34</sup>.

### **3.5 Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.**

Para finalizar con el deber de lealtad, vamos a tratar las consecuencias derivadas de su infracción. Para ello debemos de partir de lo dispuesto en el art.227.2 LSC:

*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.*

Esta previsión se completa con la del artículo 232 LSC, por la cual:

*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.*

En primer lugar, se establece que, por la infracción del deber de lealtad, no solo cabe la indemnización por el daño causado a la Sociedad, sino que también se deberá reintegrar,

---

<sup>34</sup> ALFARO, JESÚS. “La prohibición de competencia de los administradores”. 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-prohibicion-competencia-los-administradores>

además, el enriquecimiento injusto que hubiera obtenido como consecuencia de la comisión de dicha infracción.

Configurándose de esta forma el enriquecimiento injusto como un remedio complementario a la propia acción de indemnización de daños y perjuicios.

Esto nos lleva a plantearnos si en una situación donde el administrador ha incumplido con el deber de lealtad da lugar a una acción de indemnización de daños o a una de devolución del enriquecimiento injusto.

Podemos afirmar que ambas acciones son compatibles, en el caso en que el administrador haya obtenido un beneficio y como consecuencia, la sociedad haya sufrido una pérdida del incremento patrimonial, la forma de reparar el daño será a través de una acción de responsabilidad contra el administrador. Pero, si además hay una parte adicional del beneficio que no habría correspondido a la sociedad, ese excedente podrá reclamarse por el cauce de la acción de enriquecimiento injusto.<sup>35</sup>

Del segundo precepto, solo se establece que el hecho de instar una acción de responsabilidad contra los administradores por su conducta no excluye la posibilidad de emprender otras acciones legales, limitándose a reconocer que, tanto la indemnización por daños, como la devolución de enriquecimiento, son compatibles con el resto de las acciones que se puedan interponer ante el administrador frente a comportamientos infractores del deber de lealtad.

#### **4. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES PARA UN GOBIERNO CORPORATIVO SOSTENIBLE**

A lo largo de los últimos años, la sostenibilidad empresarial ha ido alcanzando mayor relevancia. La sociedad cada vez es más consciente del impacto que tienen las empresas en el medio ambiente, y de ello ha derivado la necesidad de las empresas de adoptar prácticas sostenibles para contribuir tanto al desarrollo social, como al propio crecimiento de la sociedad.

---

<sup>35</sup> García-Villarrubia. M. La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad. Boletín Mercantil, n.º 72. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/6158-la-legitimacion-activa-en-la-exigencia-del-deber-de-lealtad#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20art%C3%ADculo%20227.2%20LSC,injusto%20obtenido%20por%20el%20administrador%E2%80%9D>.

Y es que, la integración de la responsabilidad social corporativa en la gestión de la empresa tiene un impacto directo en los resultados económicos de la empresa y en su competitividad. En tal manera que aumenta los niveles de confianza y percepción de los inversores y consumidores, atrayendo y reteniendo a sus colaboradores.<sup>36</sup>

Son numerosas las propuestas y directivas que versan sobre esta materia y de las que vamos a hablar en este capítulo y como guardan una estrecha relación con los deberes de los administradores sociales.

Primero debemos matizar que cuando hablamos de un gobierno corporativo sostenible, no solo hablamos de políticas medioambientales, sino que debemos enfocarlo desde en una perspectiva tridimensional, basada en la creación de valor sostenible a largo plazo en lugar de beneficios a corto plazo, en el desarrollo económico, social y ambiental, conocida como “Triple cuenta de resultados”.

El gobierno corporativo implica la creación de un conjunto de políticas y prácticas que orienten a la empresa en su toma de decisiones, es por ello, que partimos con el artículo 249 bis de la LSC, que establece como facultades indelegables por el consejo de administración la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, por lo que, es el responsable de establecer las estrategias y supervisar su implantación. Así como, el artículo 529 ter LSC, en su apartado primero, establece específicamente las facultades que el consejo no puede delegar, siendo una de ellas, la política de responsabilidad social corporativa.

De ambos preceptos deducimos que un gobierno corporativo sostenible y el órgano de administración, van de la mano. A este le compete promover la sostenibilidad, mediante la implantación de políticas y prácticas empresariales responsables.

Pero, ahora bien, la sostenibilidad de una empresa no es una tarea fácil, y para poder llevarla a cabo de una manera efectiva es necesaria una normativa clara y específica.

A continuación, vamos a profundizar sobre el papel que juegan los administradores en materia de sostenibilidad empresarial. Para ello, vamos a analizar, aquellas propuestas

---

<sup>36</sup> Garrett, C. Gobierno corporativo: definición, estrategias y ejemplos. (2022) Disponible en: <https://climate.selectra.com/es/empresas/gobierno-corporativo#:~:text=El%20objetivo%20del%20gobierno%20corporativo,diferentes%20%C3%B3rganos%20de%20la%20empresa.>

en materia de gobernanza sostenible, que más hincapié han hecho sobre la debida diligencia de los administradores en este ámbito.

Partimos de la propuesta de resolución del Parlamento Europeo<sup>37</sup>, la cual, incluye una referencia expresa al deber de diligencia de los administradores. Mediante la misma, se establece la necesidad de que las empresas contribuyan de una forma más activa a la sostenibilidad empresarial, en especial, por parte del consejo de administración, considerando que su deber legal es integrar la sostenibilidad en la estrategia general de la empresa.

Al mismo tiempo, se considera que el deber de diligencia que tienen los administradores debería ir enfocando también en el deber de no dañar los ecosistemas y proteger los intereses de las partes interesadas pertinentes, incluidos los empleados, que puedan verse afectadas negativamente por las actividades de la empresa.

Establece como necesario que los órganos de administración de las empresas tengan la responsabilidad colectiva de definir, divulgar y supervisar una estrategia de sostenibilidad empresarial.

El 23 de febrero de 2022 la Comisión Europea presentó la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad<sup>38</sup>, respetando los derechos humanos, el medio ambiente y las normas laborales.

Cuyo propósito a nivel empresarial es evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida, estableciendo para ello unas normas sobre las obligaciones que deben seguir las empresas, así como normas derivadas de su incumplimiento, creando de esta forma un marco común a seguir por las empresas en materia de sostenibilidad.

Precisamente, por ello, surge esta Propuesta de Directiva sobre la Diligencia Debida, que tiene por objeto evitar y eliminar tales obstáculos a la libre circulación y las distorsiones de la competencia mediante la armonización de los requisitos para las empresas de llevar a cabo la diligencia debida en sus propias operaciones, filiales y cadenas de valor, así como las obligaciones conexas de los administradores<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible (2020/2137(INI)).

<sup>38</sup> Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>39</sup> GARCÍA CINTIA. “La sostenibilidad como deber del Órgano de Administración de una empresa”. 2022. Disponible en: <https://es.andersen.com/es/blog/la-sostenibilidad-como-deber-del-organo-de-administracion-de-una-empresa.html>

La propuesta establece algunas obligaciones y normas de actuación de los administradores a seguir para alcanzar sus objetivos mediante diligencia debida, sin dejar a un lado claro está, el interés de la propia empresa, por la que, en su condición de administrador, deben velar siempre.

En el cumplimiento de sus obligaciones, los administradores deberán implantar una política de diligencia debida actualizable anualmente, que integre un código de conducta al que deben ajustarse. Asimismo, deberán tomar las medidas necesarias para ajustar la estrategia corporativa, teniendo en cuenta los impactos adversos existentes y potenciales sobre los derechos humanos y medioambientales que se hayan podido identificar, prevenir o mitigar<sup>40</sup>.

La Comisión defiende que los beneficios para las empresas de seguir una estrategia alineada con objetivos de sostenibilidad serán mayores, en términos reputacionales, que los gastos derivados de la adopción de medidas necesarias para cumplir con los deberes que impondrá la norma<sup>41</sup>.

En conclusión, es necesaria una transformación por parte de las empresas hacia un futuro más sostenible, como hemos mencionado, este cambio se debe producir de la mano del órgano de administración, correspondiéndole la responsabilidad de dirigir la empresa de manera sostenible, considerando los aspectos económicos, sociales y ambientales.

## **5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA**

Tras el proceso de investigación realizado sobre los deberes fiduciarios de los administradores sociales, hemos extraído varias conclusiones alcanzadas a partir de los objetivos propuestos al inicio de este trabajo.

PRIMERA. Como hemos podido observar a lo largo del primer capítulo sobre la evolución en la normativa de derecho societario, nos encontramos ante una materia sometida a constantes cambios. El crecimiento de los mercados de capital obliga a las empresas a estar siempre actualizadas.

---

<sup>40</sup> MENÉNDEZ/URÍA. ESG: Propuesta de directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos. 2022. Pág. 6.

<sup>41</sup> COHEN BENCHETRIT, A. “Sostenibilidad en la estrategia del consejo de administración”. 2022. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/sostenibilidad-en-la-estrategia-del-consejo-de-administracion-2022-07-26/>

Los administradores no siempre han jugado un papel primordial dentro de la estructura empresarial, pero fruto del auge de la globalización y el aumento de la importancia de las empresas multinacionales, su crecimiento y complejidad, surgió la necesidad de que los administradores adquirieran un papel más estratégico y de liderazgo en la organización, centrando más el foco en su regulación, por lo que, se han ido delimitando sus funciones y el alcance de sus deberes.

Siempre se ha asociado la figura del administrador como el encargado de representar y salvaguardar los intereses de los accionistas con el objetivo de maximizar sus intereses únicamente.

Esto ahora ha cambiado, se ha producido un cambio en el enfoque del órgano de administración, lo que ha dado lugar a una evolución en sus deberes fiduciarios, enfocados ahora no solo en el interés de los accionistas, sino teniendo en consideración el interés todas las partes interesadas, maximizando su crecimiento a largo plazo, y considerando no solo los aspectos financieros, sino también aspectos sociales, medioambientales y de gobernanza. Todo ello mediante una actuación transparente y un comportamiento ético de los administradores.

En conclusión, el deber de diligencia y lealtad de los administradores ha evolucionado de manera significativa a lo largo del tiempo, pasando por una concepción genérica y abstracta a una regularización detallada, configurándose como una de las bases para alcanzar un buen gobierno corporativo.

SEGUNDA. En lo que respecta al deber de diligencia, si bien, la introducción de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial presenta una de las mayores novedades introducidas en la LSC, ya había sido recogida a lo largo de los años tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La introducción de la *Bussines Judgement Rule*, dota de seguridad jurídica a los administradores ante la toma de decisiones empresariales arriesgadas, fomentando las mismas, y dejando a un lado el miedo constante a que un resultado económico negativo para la empresa genere como consecuencia una responsabilidad social.

Ahora bien, bajo mi punto de vista, el legislador ha regularizado la regla de una forma tanto genérica y ambigua, quedando algunas cuestiones sujetas a libre interpretación,

que en determinados casos podrían dar lugar a una total impunidad de los administradores cuando hayan de tomar decisiones estratégicas o de negocio.

Considero que, para mejorar la regla de protección de la discrecionalidad empresarial, el legislador debería revisar sobre quien recae la carga de la prueba en los casos en los que se está cuestionando la conducta de los administradores.

Debemos partir de la base de que la regla establece cuatro presupuestos que se deben dar, bajo los cuales amparan la conducta del administrador. Ahora bien, no supone la misma facilidad probatoria para el administrador que afirma haber actuado diligentemente demostrar que actuó en base a la buena fe, sin interés personal en el asunto, y bajo el uso de toda la información necesaria para llevar a cabo su decisión mediante un procedimiento adecuado, que, para la parte actora, que en este caso es aquel sujeto que se ha visto perjudicado por dicha conducta.

De esta forma, se equilibraría la balanza, y quedaría protegido tanto el administrador que en la toma de decisiones haya actuado diligentemente, y por tanto, cuente con la seguridad jurídica pertinente, y a su vez, quedaría protegida, en todo caso la parte que pueda resultar perjudicada ante una actuación negligente del administrador, trasladando la carga probatoria a la parte que presenta mayor facilidad, asegurando así un proceso justo y equitativo.

TERCERA. Hemos mencionado en gran cantidad de ocasiones, la importancia que tiene el órgano de administración para una empresa, y el cual pasa casi siempre desapercibido para el ojo humano, pero podemos observar como una de las cuestiones más relevantes para la sociedad recae en sus manos.

La sociedad cada vez está más volcada con el desarrollo sostenible, es por ello, que las empresas deben hacer compatible el desarrollo de sus actividades profesionales con la implantación de políticas sostenibles.

Fruto de la investigación realizada sobre el desarrollo sostenible empresarial, hemos observado, como nos encontramos aún, frente a una materia algo dispersa y poco unificada, que cada vez adquiere más interés por parte del legislador, dándole un importante enfoque a través de la imposición de obligaciones a los órganos de administración, para promover la implantación de medidas y políticas en esta materia.

La Propuesta de Directiva realizada por la Comisión Europea, supone un punto de inflexión sobre el cambio que debe de empezarse a producir dentro de las propias empresas para contribuir a crear un impacto positivo en la sociedad y el medio ambiente.

Ahora bien, bajo mi opinión, con la implantación de la Propuesta, se requeriría realizar algunas modificaciones dentro de nuestra propia normativa, encaminadas a satisfacer las medidas que esta promueve, de esta forma, se podría establecer:

- Enfocar el deber de diligencia de los administradores hacia la construcción de un marco legal específico en relación con las obligaciones de sostenibilidad abordadas por la propuesta. Cumpliendo su deber de actuar como un ordenado empresario además de con las leyes y los estatutos, con las normas ambientales, sociales y de gobernanza, que la misma promueve. Lo que daría lugar a una armonización entre la normativa europea y nacional.
- Así como, la responsabilidad ante el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad, estableciendo un marco general de responsabilidad, que incluya como debe responder en caso de incumplimiento, y las consecuencias legales que se generarían en caso de no cumplir con sus obligaciones, en aquellos aspectos relacionados con la sostenibilidad.

En definitiva, cada vez es más necesaria la implantación de políticas de gobierno corporativo sostenible, por lo que, las empresas dentro de su desarrollo habitual deberán integrar la sostenibilidad en todas las áreas, adaptando e integrando las nuevas normas, contribuyendo así a promover la sostenibilidad empresarial y a cumplir con los estándares requeridos a nivel europeo.

Todo ello, mediante la introducción de las medidas necesarias y el establecimiento del marco de las funciones y deberes a seguir por el órgano de administración para su correcto desarrollo. La delimitación de estos deberes no solo dotaría de seguridad jurídica a las empresas, sino también a los propios administradores, puesto que, conocer el alcance de sus funciones y los límites a las mismas, le permitiría llevar a cabo su actuación bajo los estándares exigidos de diligencia y lealtad.

## **6. BIBLIOGRAFÍA, ENLACES WEB Y REFERENCIAS NORMATIVAS**

### **BIBLIOGRAFÍA**

Broseta Pont., Martínez Sanz, F. (2021). *Manual de derecho mercantil* (28a ed.).

Madrid: Tecnos. págs. 510 a 514.

Cazorla González-Serrano, L. (2013). *Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en España*, Madrid.

Castrillo Santamaría, R. (2018). *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Emparanza Sobejano, A. (2016). *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ferran Farriol, J. (2004). *La Responsabilidad de los Administradores en la Administración Societaria*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Morales Barceló, J. (2019). *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Otegui Jáuregui, K. (2018). *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*. Madrid: Marcial Pons.

Portellano Díez, P. (2016). *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*. Cizur Menor, Navarra: Civitas.

Recalde Castells, A., Arias Varona, Fco. Javier. (2016). *Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. Madrid: Dykinson.

Vázquez Ruano, Trinidad. (2018). *Principios de corporate governance. La personificación de la función supervisora de la administración societaria*. Madrid: Dykinson.

### **ENLACES WEB**

- ALFARO, JESÚS. (2017). *La prohibición de competencia de los administradores*.

Disponible en:

<https://almacenederecho.org/la-prohibicion-competencia-los-administradores>

- COHEN BENCHETRIT, A. (2022). *Sostenibilidad en la estrategia del consejo de administración*.

Disponible en:

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/societario/sostenibilidad-en-la-estrategia-del-consejo-de-administracion-2022-07-26/>

- FLORES SEGURA, M. (2018). *Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores*, Lecciones Mercantil.

Disponible en:

<https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores>

- GARCÍA CINTIA (2022). *La sostenibilidad como deber del Órgano de Administración de una empresa*.

Disponible en:

<https://es.andersen.com/es/blog/la-sostenibilidad-como-deber-del-organo-de-administracion-de-una-empresa.html>

- GARCÍA-VILLARUBIA. M. (2019). *La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad*. Boletín Mercantil, n.º 72.

Disponible en:

<https://www.uria.com/es/publicaciones/6158-la-legitimacion-activa-en-la-exigencia-del-deber-de-lealtad#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20art%C3%ADculo%2027.2%20LSC,ijnjusto%20obtenido%20por%20el%20administrador%E2%80%9D.>

- GARCÍA-VILLARUBIA. M. (2022). *La regla de la discrecionalidad empresarial*. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial#:~:text=Los%20presupuestos%20son%2C%20seg%C3%BAn%20resulta,haya%20sido%20con%20informaci%C3%B3n%20suficiente.>

- GARRETT. C. (2022). *Gobierno corporativo: definición, estrategias y ejemplos*.

Disponible en:

<https://climate.selectra.com/es/empresas/gobierno-corporativo#:~:text=El%20objetivo%20del%20gobierno%20corporativo,diferentes%20%C3%B3rganos%20de%20la%20empresa.>

- OSBORNE CLARKE. (2020). *La “business judgement rule” como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones*. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/la-business-judgement-rule-como-mecanismo-de-limitacion-de-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-la-toma-de-decisiones>
- SARRIA FERNÁNDEZ, A. y PAZOS BARBOZA, B. (2019). *Del sesgo retrospectivo y la regla de discrecionalidad del juicio empresarial*, Revista foro derecho mercantil N°:63, Págs. 7-25.  
Disponible en:  
[https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil\\_ca51cd467ecb4713961a3ce47698fa9c/revista-foro-de-derecho-mercantil/del-sesgo-retrospectivo-y-la-regla-de-discrecionalidad-del-juicio-empresarial](https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_ca51cd467ecb4713961a3ce47698fa9c/revista-foro-de-derecho-mercantil/del-sesgo-retrospectivo-y-la-regla-de-discrecionalidad-del-juicio-empresarial)

## NORMATIVA

- España. Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. Boletín Oficial del Estado, 18 de julio de 1951, núm. 199, p. 3355 a 3374.
- España. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Boletín Oficial del Estado, de 27 de diciembre de 1989, núm. 310, p. 40012 a 40034.
- España. Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Boletín Oficial del Estado, de 24 de marzo de 1995, núm. 71, p. 9181 a 9206.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero de 2000, núm. 7.
- Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas

cotizadas. Boletín Oficial del Estado, de 18 de julio de 2003, núm. 171, p. 28046 a 28052.

- España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado 03 de Julio de 2010, núm. 161.
- España. Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín Oficial del Estado, de 4 de diciembre de 2014, núm. 293, p. 99793 a 99826.
- España. Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Boletín Oficial del Estado, de 13 de abril de 2021, núm. 88, p. 40928 a 40980.

## **7. ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE OTRAS RESOLUCIONES**

### Sentencias de la Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2000 (RJ 696/1997).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 2007 (RJ 168/2007).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de diciembre de 2022.

### Sentencias de la Audiencia Nacional

- Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal de 11 de enero de 2018 (RJ 7/2017).

### Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 (RJ 523/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 (RJ 662/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018 (RJ 316/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (RJ 613/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2020 (RJ 665/2020).

## RESOLUCIÓN PARLAMENTO EUROPEO:

- Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de diciembre de 2020, sobre la gobernanza empresarial sostenible (2020/2137(INI))
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de febrero de 2022, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

