

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**GRADO DE DERECHO**



**LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES  
EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

- Grado en Derecho 2016/2017
- Autor: Vicente García Alemañ
- Tutores: José Carlos Espigares Huete  
M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz del Valle
- Convocatoria: Julio de 2017

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>Pág. 4</b>
<b>2. DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....</b>	<b>Pág. 6</b>
A) El deber de diligencia y lealtad en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.....	Pág. 6
B) El deber de diligencia y lealtad en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.....	Pág. 8
C) Los informes del Gobierno Corporativo: Informes Olivencia y Aldama....	Pág. 9
D) La Ley de Transparencia de 2003.....	Pág. 11
E) La Ley de Sociedades de Capital de 2010.....	Pág. 12
F) La Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014.....	Pág. 14
<b>3. DEBER DE DILIGENCIA.....</b>	<b>Pág. 16</b>
A) Un deber general.....	Pág. 17
B) La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo.....	Pág. 18
C) Deber de dedicación adecuada.....	Pág. 20
D) Deber de vigilancia o supervisión.....	Pág. 21
E) Deber de informarse.....	Pág. 22
F) Protección de la discrecionalidad empresarial: <i>Business Judgment Rule</i> ..	Pág. 25
<b>4. DEBER DE LEALTAD.....</b>	<b>Pág. 31</b>
A) El contenido fundamental del deber de lealtad.....	Pág. 32
B) Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.....	Pág. 34
1. El deber de ejercitar las facultades para las finalidades para las que fueron concedidas.....	Pág. 34
2. El deber de guardar secreto.....	Pág. 35

<b>3. El deber de abstención.....</b>	<b>Pág. 38</b>
<b>4. Deber de desempeño con libertad e independencia de instrucciones de terceros.....</b>	<b>Pág. 39</b>
<b>5. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.....</b>	<b>Pág. 39</b>
<i>a) Prohibición de realizar transacciones con la sociedad.....</i>	<i>Pág. 40</i>
<i>b) Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.....</i>	<i>Pág. 45</i>
<i>c) Prohibición de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.....</i>	<i>Pág. 47</i>
<i>d) Prohibición de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.....</i>	<i>Pág. 49</i>
<i>e) Prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño del cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.....</i>	<i>Pág. 52</i>
<i>f) Prohibición de actividades competitivas.....</i>	<i>Pág. 54</i>
<b>C) Régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad.....</b>	<b>Pág. 57</b>
<b>D) Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte.....</b>	<b>Pág. 59</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>Pág. 60</b>
<b>6. ABREVIATURAS.....</b>	<b>Pág. 65</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>Pág. 66</b>
<b>8. WEBGRAFÍA.....</b>	<b>Pág. 70</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil en general y, en particular, el Derecho de Sociedades están sometidos a permanentes cambios por la necesidad constante de adaptarse a la realidad. Prueba de ello es la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo 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.

Dicha Ley, ha pretendido una revisión de los principales aspectos del gobierno corporativo. Ese propósito se ha traducido en una profunda revisión de la delimitación normativa de los deberes inherentes al cargo de administrador en una sociedad de capital. Es aquí donde se centra este trabajo, en la nueva regulación del deber de diligencia y de lealtad de las sociedades de capital que, tras la reforma, se desarrollan en los artículos 225 y 226 LSC (deber de diligencia), y 227y ss LSC (deber de lealtad).

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha modificado de manera notable las normas aplicables a los administradores en las sociedades de capital. Esto resultaba previsible desde los primeros pasos del proceso de reforma que ha desembocado en la citada norma que en su rúbrica, ya señala el propósito de modificar la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo.

Al analizar los cambios, es obligado echar la vista atrás hacia, en primer lugar, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de Mayo de 2013 por el que se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo cuyo objetivo principal era proponer las iniciativas y reformas que se consideraran adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, con la intención de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, en segundo término, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas que dicha Comisión presentó el 14 de Octubre de 2013.

Cualquier trabajo dedicado al gobierno corporativo sitúa el régimen aplicable al órgano de administración en el centro de su atención, y es lo que sucedió en el presente caso como acredita el contenido de las modificaciones dedicadas a los administradores dentro de la repetida Ley 31/2014 y que explica en sus aspectos fundamentales su preámbulo.

Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, introducidas por la Ley 31/2014 pueden agruparse en dos categorías: las que reforman la disciplina jurídica de la junta general y derechos de los accionistas, y las que reforman la ordenación del órgano de administración.

En lo que a los administradores se refiere, la reforma establece novedades importantes en la regulación del estatuto jurídico del administrador (sus funciones, deberes, responsabilidad y retribución), así como en la organización del consejo de administración al objeto de contribuir al correcto funcionamiento del mismo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En: <http://mercantil.blogs.lexnova.es/2015/02/24/los-deberes-de-diligencia-y-de-lealtad-de-los-administradores-en-la-reforma-de-la-lsc/> (Consulta: 13/01/2017)

Como señala expresamente su preámbulo, la tipificación más precisa de los deberes de los administradores ha sido uno de los contenidos esenciales de la reforma operada en la LSC por la reiterada Ley 31/2014, y es en esa materia en la que nos vamos a centrar en este trabajo.

La reforma ha significado reformulación de cada uno de esos deberes clásicos y obligatorios para todo administrador (diligencia, lealtad y secreto) y el establecimiento con respecto al deber de lealtad de soluciones especiales en cuanto a la imperatividad de su régimen legal y con respecto a la acción social basada en su infracción.

La enunciación separada de los deberes legales o su regulación a través de disposiciones específicas no nos debe llevar a ignorar algo elemental: estamos ante deberes inherentes al buen desempeño del cargo de administrador, de manera que la observancia de todos ellos es imprescindible, observancia que muchas veces afecta de manera simultánea a varios de esos deberes. Por ello no sólo vamos a centrarnos en cómo ha afectado la reforma al deber de diligencia y de lealtad, sino que también analizaremos los deberes inherentes a los mismos, como por ejemplo el deber de informarse, deber de secreto, etc, y, asimismo, haremos mención a la responsabilidad del administrador en caso de incumplimiento de los mismos sin indagar demasiado en ella.

La responsabilidad del administrador nace del incumplimiento de cualquiera de los deberes inherentes al desempeño del cargo. La mejor manera de cumplir cada uno de ellos es conociendo el contenido del hacer y no hacer que son su esencia, que a su vez se proyecta sobre los deberes colindantes, y por ello vamos a analizar todos éstos.

A continuación, vamos a tratar los cambios establecidos en ambos deberes analizando como ha influido esta reforma respecto al régimen anterior pero, no sin antes realizar un análisis histórico sobre lo mismo basándonos en los cambios que se han ido produciendo en éstos, es decir, cómo han ido evolucionando hasta el punto en el que nos encontramos hoy en día.

## 2. DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El deber de diligencia y de lealtad aparecen por primera vez en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Ambos deberes han sufrido constantes cambios a lo largo de los años debido a la preocupación del legislador por el gobierno corporativo de las sociedades de capital. Los grandes cambios que han sufrido tales deberes podemos resumirlos en dos aspectos: en primer lugar, la separación de ambos deberes ya que anteriormente se encontraban regulados en un mismo precepto legal; y en segundo lugar, se han ido introduciendo progresivamente elementos con el objetivo de delimitar la cláusula general del "ordenado empresario" y "representante leal". A continuación, vamos a explicar detalladamente cuales han sido los cambios que han ido sufriendo tales deberes de los administradores desde que aparecieron por primera vez en la LSA de 1951 hasta la situación en la que nos encontramos hoy en día, haciendo mención también a la responsabilidad de los administradores sin indagar demasiado en ella.

### A) El deber de diligencia y de lealtad en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951

El deber de diligencia y lealtad de los administradores de las sociedades de capital aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la LSA de 1951 (La Ley 10/1951). Antes de la promulgación de esta Ley, la regulación de los deberes de los administradores se hallaba encomendada a lo dispuesto en el Código de Comercio de 1829 y 1885 para los mandatarios mercantiles o comisionistas.

En relación al ejercicio de las distintas funciones que tiene atribuidas el órgano de administración, la normativa societaria impone a los administradores una serie de deberes con un contenido concreto (asistencia a las Juntas Generales, etc...), que podemos calificar como deberes específicos y que pueden ser, a su vez, ampliados y concretados por medio de la autonomía de la voluntad (Estatutos Sociales, etc...). Sin embargo, debido a la variedad y complejidad de las prestaciones y actividades que integran la relación de administración, estos concretos deberes legales y contractuales no pueden prever todos aquellos actos que en el desarrollo de sus funciones pueden llegar a llevar a cabo los administradores. Es por ello por lo que, junto a esos deberes específicos, se establece, mediante el recurso a unas cláusulas generales, unos deberes de carácter general relativos al modo en que los administradores deben desempeñar su cargo<sup>2</sup>.

Así, el deber general de diligencia de los administradores fue regulado por primera vez en el ordenamiento español en el artículo 79 de la LSA de 1951 (La Ley 10/1951), precepto que trataba de forma conjunta este deber y el régimen de responsabilidad estableciendo 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". Mediante esta fórmula integrada por las expresiones "ordenado comerciante" y "representante leal", el legislador español impuso de forma

---

<sup>2</sup> Guerra Martín, Guillermo, "La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital" en la obra colectiva, Guerra Martín, Guillermo (coordinador), *"La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital"*, Edición nº1, La Ley, Madrid, 2011, p. 9. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/) (Consulta: 13/2/2017).

expresa un tipo de diligencia distinto al que hasta entonces regía para los administradores de las sociedades anónimas. El hecho de que hasta la promulgación de la LSA de 1951, la caracterización de los administradores en el Código de Comercio de 1885 fuera la de mandatarios conllevaba que la diligencia exigible a los mismos en el desarrollo de sus funciones fuera la del "buen padre de familia", que era el modelo de conducta establecido en el artículo 1719 del Código Civil (La Ley 1/1889) para el mandato<sup>3</sup>. La LSA de 1951 sustituyó el grado de diligencia exigible a los administradores por la del "ordenado comerciante" y "representante leal".

No obstante, a pesar de dicha sustitución, el ordenamiento español se ha mantenido dentro de los denominados tipos objetivos de diligencia, ya que las cláusulas "ordenado comerciante", "representante leal" y "buen padre de familia" tienen en común que son conceptos indeterminados, abstractos, que carecen de un contenido concreto que, por tanto, deberá dársele en cada supuesto.

El artículo 79 de la LSA de 1951, establecía que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal...", por lo que, hacía referencia en un mismo artículo tanto al deber de diligencia como al deber de lealtad que debe de desempeñar un administrador en la gestión de una sociedad<sup>4</sup>.

En cuanto al régimen de responsabilidad, el artículo 79 dictaminaba que los administradores " 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..." Así, la LSA incluía una cláusula de exoneración para los casos de negligencia leve, por lo que solo cabría exigir responsabilidad a los administradores por infracción del deber de diligencia en los casos en los que hubiera mediado culpa grave<sup>5</sup>. De aquí las frecuentes interpretaciones para el administrador de una "franquicia" sobre la culpa leve, a cuyo amparo quedaron impunes auténticas conspiraciones y bancarrotas punibles.

Aquí tenemos que señalar la STS 13 de febrero de 1990 respecto a que la legislación ha mantenido un criterio benevolente no imputándoles a los administradores responsabilidad sino en casos de dolo o negligencia grave<sup>6</sup>.

De esta forma, la responsabilidad de los administradores se encuentra limitada en dos sentidos: por un lado, la exigencia de culpa grave; y por otro, la exención de

---

<sup>3</sup> Quijano González, Jesús, "La responsabilidad Civil de los administradores de la sociedad anónima", Valladolid, 1985, p. 196.

<sup>4</sup> Quijano González, Jesús, "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en la obra colectiva, Rodríguez Artigas, Fernando; Fernández de la Gándara, Luis; Alonso Ureba, Alberto; Velasco San Pedro, Luis; Esteban Velasco, Gaudencio (Directores), "Derecho de sociedades anónimas cotizadas", Vol. 2, Aranzadi, 2006, p. 922.

<sup>5</sup> Prades, Daniel, "La exigencia de responsabilidad a los administradores sociales: régimen jurídico. Evolución y situación actual", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº75, 2008, p. 13.  
En: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/328/256> (Consulta: 15/2/2017).

<sup>6</sup> STS 13-02-1990. En: [http://supremo.vlex.es/vid/209129407?\\_ga=1.246438402.783496081.1484240572](http://supremo.vlex.es/vid/209129407?_ga=1.246438402.783496081.1484240572) (Consulta: 15/2/2017).



responsabilidad en los casos que los administradores hubieran salvado su voto en aquellos acuerdos que hubieran causado daño (art.79 in fine LSA de 1951). Esto supuso que nos encontráramos ante un de un régimen especialmente benevolente respecto a las infracciones del deber de diligencia cometidas por parte de los administradores.

Por lo tanto, el régimen constituido por la LSA de 1951 se caracterizó, entre otras cosas, por ser un régimen benevolente con el administrador. Por estas razones, entre otras muchas, se vio necesaria la reforma de la misma, la cual tuvo lugar en el año 1989.

## **B) El deber de diligencia y de lealtad en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989**

La LSA de 1989 se caracteriza por configurar los deberes de los administradores y el sistema de responsabilidad de los administradores de una forma más nítida que la establecida en la LSA de 1951. En el TRLSA (La Ley 3308/1989) de 1989, el legislador introdujo una serie de cambios con respecto a la anterior regulación, si bien los mismos no tenían un carácter sustancial.

En primer lugar, procedió a la separación formal en dos preceptos distintos del deber de diligencia y del régimen de responsabilidad. En segundo lugar, se sustituyó el término "comerciante" por el de "empresario", si bien dicho cambio no afectaba a la conducta debida. Y por último, se añadió un párrafo segundo en el artículo 127 TRLSA de 1989 con el fin de regular expresamente el deber de secreto. Con ello, el deber de diligencia de los administradores de las sociedades anónimas quedó recogido en el artículo 127 TRLSA de 1989, que en su versión inicial tenía por rúbrica "Ejercicio del cargo" y establecía que: 1) "Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal". Y 2) "Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones"<sup>7</sup>.

Por otro lado ,respecto a la responsabilidad de los administradores, en el artículo 133 TRLSA de 1989 (homólogo del 79 original), los "actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo" pasaron a regularse expresamente como fuente de responsabilidad por daño, junto con los actos contrarios a la Ley o a los Estatutos Sociales. Además, se amplía la diligencia exigible y se reduce las posibilidades de exoneración o elusión de la responsabilidad por parte de los administradores por lo que, de esta forma, acaba con el problema de la "franquicia" por culpa leve mencionada anteriormente. Cuando dicho artículo habla de diligencia exigible, se está refiriendo a una mayor preparación profesional por parte del administrador que anteriormente no exigían ni el mercado ni la Ley<sup>8</sup>.

Este mismo sistema se estableció en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que en su artículo 61 reproducía el contenido del artículo 127 TRLSA de 1989 en cuanto a los deberes de los administradores<sup>9</sup> y, que en su artículo 69

---

<sup>7</sup> Guerra Martín, Guillermo, "La posición jurídica...", cit., p. 10.

<sup>8</sup> Prades, Daniel, "La exigencia de...", cit., pp. 24-25.

<sup>9</sup> Artículo 61 LSRL 1995: 1) "Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal". 2) "Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones.



LSRL se remitía con carácter general al TRLSA de 1989 en lo relativo a la responsabilidad<sup>10</sup>.

Por todo esto, la LSA de 1989 configuró un régimen mucho más riguroso que el anterior, elevando la diligencia exigible a los administradores al eliminar la exención de responsabilidad por culpa leve que fijaba la LSA de 1951. Por lo tanto, procedía la exigencia de responsabilidad en cualquier caso de negligencia, independientemente del carácter grave o leve. Además, también se introdujeron deberes específicos de los administradores en situaciones de crisis económica de la sociedad derivados del deber de diligencia, sobre los cuales contemplaban graves consecuencias en caso de incumplimiento.

### **C) Los Informes del Gobierno Corporativo: Informes Olivencia y Aldama**

Desde 1989 hasta el año 2003, se produce un periodo de intenso debate sobre el llamado Gobierno Corporativo, materia en la que esta incluida toda la regulación de los deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aquí tenemos que hacer referencia a los llamados informes de gobierno corporativo. Dichos informes surgen, principalmente, debido a la gran preocupación de los Estados por la buena marcha de las sociedades domiciliadas en ellos.

El creciente número de escándalos financieros, como el conocido caso Enron<sup>11</sup>, o como el caso Worldcom en Estados Unidos, y aquellos casos que no son tan conocidos en Europa como el caso Vivendi, han puesto de manifiesto actuaciones fraudulentas en la información financiera y en la gestión de estas empresas por parte de sus directivos, así como un incremento de expectativas no corregida por los órganos de supervisión correspondientes. Si a estos hechos sumamos el proceso de globalización en que están inmersas las economías internacionales, los cuales han pasado de un sistema centrado sobre todo en los bancos e instituciones financieras a un sistema centrado en la bolsa de valores, nos encontramos ante una revolución del movimiento del gobierno corporativo<sup>12</sup>.

La preocupación por esta nueva situación fue objeto de debate en todos los países europeos, creándose comisiones gubernamentales, etc, con el objetivo de promulgar una serie de leyes, regulaciones e incluso recomendaciones sobre el problema que suponía esta materia.

---

<sup>10</sup> Artículo 69 LSRL 1995: 1) "La responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad se regirá por lo establecido para los administradores de la sociedad anónima".

<sup>11</sup> Enron fue una compañía eléctrica la cual consiguió aparecer en la revista Fortune como la séptima mayor compañía de Estados Unidos. Sin embargo, en 2001 se descubrieron numerosas irregularidades en las cuentas de la compañía que acabarían arrastrándola a la quiebra. Fue considerado como el mayor escándalo financiero vivido en Estados Unidos hasta el momento.

En: [http://economia.elpais.com/economia/2006/07/05/actualidad/1152084782\\_850215.html](http://economia.elpais.com/economia/2006/07/05/actualidad/1152084782_850215.html) (Consulta: 20/2/2017).

<sup>12</sup> García Fernández, Roberto; Suárez Álvarez, Eva., "Informe Aldama: El gobierno corporativo en la web", *Revista Partida Doble*, Especial Directivos, nº167, 2005, p. 1. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/) (Consulta: 20/2/2017).

En España, el primer representante del movimiento del gobierno corporativo fue el Informe de Olivencia. En 1998 se presenta el Informe Olivencia, el cual incidía en la necesidad de una modernización de los consejos de administración y sintetizaba en una serie de recomendaciones un código de buen gobierno. Haciendo referencia a los deberes de los administradores, parte del carácter altamente abstracto o genérico de la regulación de la LSA de 1989 hacía sobre los deberes de los administradores para recomendar "que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanen de los deberes de diligencia y lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación"<sup>13</sup>.

Tras cuatro años de la aprobación de dicho informe, con la aparición de los fraudes financieros comentados, entre otros muchos, y de la transformación del mercado de capitales español, era necesario un análisis del estado actual de la aplicación del código de buen gobierno y la propuesta de unos criterios y pautas en lo que al gobierno de las sociedades se refiere con vistas a aumentar "la transparencia y la seguridad en los mercados".

Con esta misión, en 2003 se publica el denominado Informe elaborado por la "Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas", también denominado Informe Aldama. Dicho informe continúa con el trabajo realizado por el Informe Olivencia. En relación con los deberes de los administradores, el Informe Aldama, también se centra en dar relevancia al principio de seguridad y al deber de lealtad en relación con las responsabilidades de los administradores, ya tratado en el Informe Olivencia. El Apartado III de dicho Informe, decía que "es necesario el reconocimiento de determinados deberes y responsabilidades que refuercen la seguridad en aquellas situaciones en las que la gravedad de los conflictos de intereses de quienes han de tomar o ejecutar las decisiones hace que la transparencia sea insuficiente para proteger a los inversores"<sup>14</sup>. Es decir, considera necesario establecer una serie de deberes y responsabilidades que aseguren y potencien la seguridad de los mercados.

Además, tal Informe propone aumentar la eficacia del deber de lealtad de los administradores que consistiría en detallar las obligaciones básicas derivadas del principio general, como sugería ya el Informe Olivencia, contemplando así una serie de deber de lealtad en concreto<sup>15</sup>. También propone una mayor extensión subjetiva del deber de lealtad para incrementar la seguridad de los mercados debido a que hay personas que actúan de forma oculta en la adopción de decisiones y, por ello, sugiere tal Informe las personas a las que debiera alcanzar tal extensión<sup>16</sup>. Y, por último, en referencia a los deberes de diligencia de los administradores, dicho Informe sugiere que deberían incluir una serie de supuestos para perfeccionarlo, así como "la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del Consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas otras que se toman por los consejeros en razón de interés personal, o en

---

<sup>13</sup> Informe Olivencia, 1998, Apartado 8.1, p. 46.

<sup>14</sup> Informe Aldama, 2003, Apartado III.1, p. 21.

<sup>15</sup> Informe Aldama, 2003, Apartado III.2.2, pp. 23-24.

<sup>16</sup> Informe Aldama, 2003, Apartado III. 2.3, pp. 25.

conflicto con los de la sociedad", y que "todos los miembros del Consejo de Administración, sean ejecutivos o no ejecutivos, desempeñen su cargo de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales"<sup>17</sup>.

En conclusión, dicho Informe enfoca los deberes de lealtad y de diligencia de una manera distinta. Por un lado, el deber de lealtad aboga por un aumento de rigor y exigibilidad mediante una mayor concreción de los deberes derivados a él. Y por otro, enfoca el deber de diligencia desde un ámbito más indulgente, dejando un ámbito de discrecionalidad sobre el que el administrador pueda actuar sin que ello suponga la exigencia de responsabilidad.

El Informe Aldama sirvió de guía para la promulgación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, más conocida como Ley de Transparencia.

#### **D) Ley de Transparencia de 2003**

En 2003 se publica la Ley 26/2003, de 17 de julio, más conocida como Ley de Transparencia, la cual modifica la LSA de 1989 y la Ley del Mercado de Valores de 1988. El objetivo de dicha ley era reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, poniendo en práctica las consideraciones del Informe Aldama, aunque nos encontramos con una gran diferencia entre el fin proclamado en la Exposición de Motivos de la norma y el verdadero efecto de su promulgación ya que es la LSA de 1989 la que sufre un mayor número de modificaciones y no la LMV, por lo que el impacto de la reforma no se produce únicamente para las sociedades cotizadas sino para todas las sociedades anónimas, ya sean abiertas o cerradas<sup>18</sup>.

Mediante la reforma llevada a cabo en el TRLSA de 1989 por la Ley 26/2003, conocida como Ley de Transparencia, el artículo 127 TRLSA de 1989 pasó a denominarse "Deber de diligente administración", manteniéndose no obstante la fórmula anterior de que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal". Asimismo, siguiendo las recomendaciones establecidas en el Informe Aldama e inspirándose en los artículos 121 a 127 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de noviembre de 2002 elaborada por la Comisión General de Codificación, el legislador realizó una regulación más detallada de los deberes de los administradores. Introdujo en el artículo 127 TRLSA de 1989 un segundo apartado relativo al deber de "informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad".

Asimismo, incorporó dos nuevos preceptos en los que pasó a regular el deber de fidelidad al interés social en el art. 127 bis TRLSA de 1989 y, los deberes de lealtad en el art. 127 ter TRLSA de 1989, donde desaparece la obligación genérica de actuar como un "representante leal, en pro de una exposición detallada de los deberes que lo integran. De esta manera el deber de lealtad queda regulado en el artículo 127 ter el cual, a su vez, aparece diferenciado del deber de fidelidad regulado en el artículo 127 bis.

---

<sup>17</sup> Informe Aldama, 2003, Apartado III.2.4, pp. 25-26.

<sup>18</sup> Quijano González, Jesús, "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad...", cit., p. 926.

Por último, reguló en el artículo 127 quáter TRLSA de 1989 el deber de secreto con un contenido más detallado que en la redacción inicial. Dicho deber se encontraba anteriormente en el artículo 127.2 TRLSA de 1989 pero fue sustituido por el "deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad", como hemos mencionado anteriormente, por lo que el deber de secreto pasó a regularse en dicho artículo 127 quáter. De esta forma, se separan por completo los deberes de diligencia y de lealtad, apareciendo ahora en artículos distintos, tal y como recomendaba el Informe Aldama<sup>19</sup>.

Hemos de destacar también, que dicha Ley de Transparencia añade un Título X de la Ley del Mercado de Valores, que regula algunas particularidades del régimen legal de las sociedades cotizadas<sup>20</sup>. La Ley de Transparencia introdujo en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, un nuevo artículo 114 en el que se regulan determinados deberes de los administradores de las sociedades cotizadas relativos a la solicitud pública de representación, las operaciones que pueden realizar con la sociedad y la prohibición de uso de información privilegiada<sup>21</sup>.

En esta reforma, nos encontramos con un doble marco de delimitación de los deberes de los administradores: por un lado, el régimen que se fija en la LSA (artículo 127 y ss), y por otro lado, el régimen de la LMV (artículo 114), lo que podía dar lugar a una serie de problemas de contenido y de coordinación a la hora de aplicar ambos instrumentos normativos. La solución que se llevo a cabo para evitar cualquier tipo de problemas entre ambos instrumentos normativos fue la de considerar aplicable el régimen de la LSA también a las sociedades cotizadas, con independencia de lo regulado en el Título X de la LMV.

## **E) Ley de Sociedades de Capital de 2010**

La Ley de Transparencia de 2003 siguió vigente hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, entre la Ley de Transparencia y la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital, surgieron actuaciones independientes como la publicación por la CNMV, en 2006, del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, que desarrolla uno de los deberes derivados del deber de diligencia, el deber de información, destacando la importancia de "disponer de una información completa y veraz sobre la situación de la empresa y su entorno es esencial para que el consejero pueda cumplir con eficacia su función de supervisión y desempeñar las demás responsabilidades que le encomiendan las Leyes". También, desarrolla otro de los aspectos más importantes del deber de diligencia, como es el régimen de dedicación. Recomienda que los administradores dediquen el tiempo y

---

<sup>19</sup> 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. Título X "De las sociedades cotizadas", Capítulo IV "De la información societaria".

<sup>20</sup> Crespo Rodríguez, Miguel; Zafra Jiménez, Antonio, "Transparencia y buen gobierno: su regulación en España, LA LEY, 2005, Madrid, p. 191. En: <http://books.google.es> (Consulta: 24/2/2017).

<sup>21</sup> Sobre el contenido y alcance de la reforma introducida por la Ley de Transparencia en materia de deberes de administradores, vid. Hernando Cebriá, Luis, "El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales", Madrid, 2009, p. 36.

esfuerzo necesario para desempeñar su función de forma eficaz, atendiendo en todo momento al interés social<sup>22</sup>.

En cuanto al problema del doble marco regulatorio de las sociedades cotizadas, la LSC deroga, casi en su totalidad, el Título X de la LMV e incluye en su articulado referencias específicas al régimen especial de las sociedades cotizadas.

Respecto a los deberes de los administradores, el deber de diligencia viene enunciado igual que en la LSA tras la reforma de la Ley de Transparencia, aunque ahora se encuentra en el artículo 225. El capítulo III de la LSC en sus arts. 225 a 232 incorpora la regulación de los deberes de los administradores, incorporada a la LSA por la Ley 26/2003 de transparencia, siguiendo las recomendaciones del Informa Aldama, con mayor desarrollo que en los arts. 127 y ss. LSA. Estos deberes en esencia siguen siendo dos: el de diligente administración y el de lealtad, aunque los arts. 225 y ss. LSC reconocen otros deberes, definidos por conductas propias que deben observar, en cumplimiento de aquellos dos. El art. 225.1 establece que desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, y su apartado 2 añade que cada uno de ellos diligentemente de la marcha de la sociedad. El art. 226 añade que "desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes de los estatutos". El deber de diligente administración tiene por finalidad maximizar el valor de la sociedad y el deber de lealtad afecta especialmente a la justa distribución de los beneficios<sup>23</sup>.

Con evidente acierto el art. 226 LSC bajo la rúbrica del "deber de lealtad" ha refundido en éste el que la LT introdujo con la denominación de "deber de fidelidad" en el artículo 127 bis LSA, que decía: "los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad del interés social, entendido como interés de la sociedad". El desglose de la LSA en dos deberes distintos era una redundancia innecesaria<sup>24</sup>.

El artículo 226 LSC sustituye, con acierto, el término "Ley" de la anterior redacción del artículo 133.1 LSA por el de "las leyes", que incluye no sólo todas las leyes en sentido formal sino también, sin duda, las normas reglamentarias, por ejemplo, el Plan General Contable.

La LSC elimina el llamado deber de fidelidad, añadiendo en su lugar la enunciación general del deber de lealtad, que vuelve a la cláusula general del "representante leal" establecido en el artículo 226. Además, esta Ley dedica los artículos 227 a 232 a hacer una exposición ordenada y sistemática de las manifestaciones más importantes del deber de lealtad.

El artículo 127 ter LSA desarrollaba en sus cinco apartados los que llamaba "deberes de lealtad" de los administradores, que relacionaba con la obligación de respetar las oportunidades de negocio de la sociedad administrada y con la de informar sobre posibles situaciones de conflicto de interés. Los arts. 227 a 232 LSC tras la

<sup>22</sup> Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo, 2006, recomendaciones 23 a 26.

<sup>23</sup> Vicent Chuliá, Francisco, "Introducción al Derecho Mercantil" 23ª Edición, Volumen I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 774.

<sup>24</sup> Vicent Chuliá, Francisco, "Introducción al...", cit., p. 774.



aprobación de la LSC en 2010, desarrollan en varios supuestos el deber de lealtad que define el art. 226 LSC como por ejemplo, el abuso de representación, aprovechamiento de oportunidades de negocio de sociedad, situaciones de conflicto de intereses, etc...<sup>25</sup>

Tras todos estos cambios sufridos por los deberes de diligencia y de lealtad podemos afirmar que ambos quedan ahora perfectamente tipificados en dos preceptos distintos. Sin embargo, encontramos un problema, y es que el deber de diligencia no ha evolucionado tanto como el deber de lealtad. El deber de diligencia (art. 225 LSC) sigue siendo enunciado mediante una cláusula general que vagamente se ha visto modificada desde el original artículo 79 LSA de 1951, mientras que el deber de lealtad, sí que ha sufrido un gran cambio desde ese mismo artículo ya que la Ley le ha dedicado hasta siete artículos ( arts. 226, 227, 228, 229, 230, 231 y 232 LSC) quedando así perfectamente delimitado a diferencia que el deber de diligencia. Por ello, como explicaremos detalladamente a continuación, una de las principales razones por las cuales se reforma la LSC en 2014 es para acabar con este problema y completar la formulación general del deber de diligencia.

## **F) La Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo y la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014**

El gobierno corporativo ha sido hasta ahora un movimiento característico únicamente de las sociedades cotizadas. La Ley 31/2014 supone un cambio radical en ese enfoque al decidir que los objetivos que animaban ese movimiento debían extenderse a todas las sociedades de capital, lo que sin duda planteaba como una de las primeras cuestiones a resolver el papel que debían jugar las normas legales en sentido estricto y aquellas otras que podían seguir incorporándose a recomendaciones y códigos típicos destinados a las sociedades presentes en los mercados de valores.

La Reforma tiene su origen en el encargo que el Gobierno realizó a una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo ( la "Comisión de Expertos") en mayo de 2013 para que analizara la situación del buen gobierno corporativo en España y propusiera las medidas necesarias para mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas. El encargo se concretaba en dos objetivos: por un lado, la presentación de propuestas normativas de reforma de la legislación societaria y, por otro, un trabajo de revisión y actualización del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas junto con la CNMV<sup>26</sup>.

El primer objetivo cristalizó en la presentación de un "Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas" emitido por la Comisión de Expertos el 14 de Octubre de 2013 en el que la Comisión de Expertos propuso diversos cambios normativos en la LSC ( LSC de 2010), relativos al gobierno de las sociedades, estructurados en dos bloques: por una parte, modificaciones en Junta General y derechos de los accionistas y, por otra, Consejo de Administración y estatuto jurídico de los administradores, sus deberes, responsabilidad, organización y funcionamiento, la remuneración de sus miembros y las comisiones integradas en este. Es importante destacar que el Informe

<sup>25</sup> Vicent Chuliá, Francisco, " Introducción al...", cit., p. 775.

<sup>26</sup> Cuatrecasas Gonçalves Pereira, "Nota monográfica sobre 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", *Diario La Ley*, n°8436, La Ley, 2014, p. 1. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/) (Consulta: 4/3/2017).

incluía propuestas normativas que afectaban tanto a sociedades cotizadas como a no cotizadas (sociedades anónimas y sociedades limitadas)<sup>27</sup>.

El Proyecto parte de la firme convicción de que es necesario reformar el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, para hacerlo más severo y eficaz. Para ello se tipifican de forma precisa los deberes de diligencia y lealtad y los procedimientos que se deben seguir en caso de conflicto de interés<sup>28</sup>.

En cuanto al deber de diligencia, se modifica la regulación actual de forma que sea necesario adaptar este deber en función de las funciones encomendadas a cada administrador y considerando de alguna manera la división del trabajo dentro del Consejo. Por otra parte, el estudio hace hincapié en la introducción de la llamada *Business Judgment Rule*, con el objetivo de "proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio"<sup>29</sup>. Pretende revisar el alcance de responsabilidad de los administradores y dotarla de cierta seguridad jurídica a fin de que no se puedan ver afectados por asumir riesgos "normales" dentro del ejercicio de la actividad empresarial. Con ello, se pretende que los empresarios asuman riesgos e innoven, siempre eso sí, dentro de parámetros racionales y de diligencia propios de un ordenado empresario.

En lo que se refiere al deber de lealtad, modifica el régimen actual subsanando ciertas deficiencias detectadas en su aplicación. De este modo, se reformula la definición deber genérico, y se ordena y describe las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, se completa el catálogo actual -especialmente en materia de conflicto de interés y reglamentando el régimen de dispensa de las prohibiciones. Además, se extiende el deber de lealtad a los administradores de hecho y, por último, se amplía el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción<sup>30</sup>.

Las medidas propuestas en el Estudio sobre modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo pasarían a formar parte del ordenamiento jurídico español a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que reforma en parte la LSC, que pretende mejorar el gobierno corporativo de las sociedades de capital. Las reformas introducidas siguen el mismo camino que las conclusiones extraídas por el Informe de la Comisión de Expertos en relación con los deberes de los administradores.

Entrando a analizar la reforma, viendo los cambios de la anterior a la actual legislación, trataremos los preceptos que más nos conciernen en relación a los deberes de los administradores, que son los artículos 225 y 226 LSC (deber de diligencia), y los artículos 227 y ss LSC (deber de lealtad).

---

<sup>27</sup> Cuatrecasas Gonçalves Pereira, "Nota monográfica sobre la Ley 31/2014...", cit., p. 1.

<sup>28</sup> Sebastián Quetglas, Rafael, "El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas", *Revista La Ley mercantil*, nº3, 2014, p. 2. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/) (Consulta: 7/3/2017).

<sup>29</sup> Sebastián Quetglas, Rafael, "El proyecto de ley para...", cit., p. 3.

<sup>30</sup> Sebastián Quetglas, Rafael, "El proyecto de ley para...", cit., p. 3



### 3. DEBER DE DILIGENCIA

La reforma del deber de diligencia se ha proyectado en una doble dirección. El artículo 225 se ha visto ampliado en el contenido de lo que ha pasado a llamarse el "deber general de diligencia". Este deber se modifica con el objetivo de que la diligencia quede delimitada y graduada, la cuál variará según el cargo y funciones, modulándose su exigibilidad. El artículo 226 acoge un cambio de especial importancia al incorporar a nuestro ordenamiento la regla denominada del buen criterio empresarial que es una traducción de la conocida doctrina jurisprudencial estadounidense a favor de la primacía de la *Business Judgment Rule*.

Tras la reforma de la LSC, el deber de diligencia se desarrolla en los artículos 225 y 226, que dicen así:

#### 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.*

#### 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.*

El primer apartado del artículo 225 enuncia la cláusula general del deber de diligencia, y se incluyen dos nuevos elementos, la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores que servirán para concretar el estándar de diligencia debida en cada caso. Respecto al apartado dos, establece un deber de adecuada dedicación por parte de los administradores, el cuál se considera uno de los deberes más importantes derivados del deber de diligencia. Y, en cuanto al tercer apartado, refuerza la idea de que el administrador tiene el deber y la obligación de informarse sobre el funcionamiento de la sociedad y no solo el deber, es decir, tiene el

derecho a pedir la información que necesite para ejercer su cargo correctamente, información que la propia sociedad está obligada a proporcionarle<sup>31</sup>.

Respecto al artículo 226, que anteriormente contenía la enunciación general del deber de lealtad, contiene ahora el llamado principio de discrecionalidad empresarial, estableciendo determinados elementos para que las decisiones estratégicas empresariales, con independencia de su resultado final para la sociedad, se entiendan correctamente adoptadas de conformidad con la diligencia exigible a los administradores. Es una nueva norma que lleva por rúbrica la protección de la discrecionalidad empresarial, entendiéndose que discrecionalidad empresarial se da cuando los administradores actúan de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento adecuado<sup>32</sup>.

Este principio se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español tras esta reforma, aunque en la práctica jurisprudencial ya se venía aplicándose antes de su establecimiento en el artículo 226. En el artículo 226 se incorpora a nuestro Derecho societario la *Business Judgment Rule*, dedicándose exclusivamente a tal fin.

## A) Un deber general

La reforma del deber de diligencia comienza con la incorporación al artículo 225 LSC del adjetivo que convierte a ese deber en general. Cuando se titula la delimitación de su contenido con "deber general de diligencia" sustituyendo el anterior "deber de diligente administración" cabe preguntarnos si esa calificación se refiere a que estamos ante un deber común a todos los administradores o bien, que se refiere al propio deber. Lo que haría el artículo 225 LSC sería limitarse a enunciar el contenido básico, sin llegar a referirse a reglas específicas que estén destinadas a regular el comportamiento que todo administrador debe desempeñar de conformidad con ese deber.

Que los administradores hayan de actuar como un "ordenado empresario" no significa que les califique como empresarios, sino que debe de actuar como lo haría un ordenado empresario si estuviera en su situación.. Los administradores no son empresarios aunque actúen en nombre y por cuenta de la sociedad. Y, cuando se hace referencia a "ordenado", la Ley se refiere a que todas las gestiones de la sociedad deberá llevarlas a cabo el administrador de forma prudente y ordenada.

Ahora bien, como dice Sánchez-Calero, estamos ante un deber aplicable a cualquier administrador y en cualquier tipo de sociedad de capital, y por ello podemos afirmar que la ley acierta al proponer una delimitación genérica de este deber. Diligencia es sinónimo de orden, prudencia, de oportunidad y de otro tipo de criterios de actuación que deben respetarse en las innumerables decisiones que debe de adoptar un administrador en el marco de su competencia<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cuatrecasas Gonçalves Pereira, "Nota monográfica de la Ley 31/2014...", cit., p. 7.

<sup>32</sup> Cuatrecasas Gonçalves Pereira, " Nota monográfica de la Ley 31/2014...", cit., , p. 8.

<sup>33</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad". En: "Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz", Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 899.

Para los administradores de las sociedades de capital el deber de diligencia exige una profesionalidad cualificada en el desempeño del cargo que difiere de la de un buen padre de familia, ya que ésta no es suficiente, y se acerca a la requerida al profesional o experto en el ejercicio de una determinada profesión, en tanto que presenta un mayor grado de exigencia<sup>34</sup>.

No puede de ninguna forma pretenderse una definición legal de la diligencia que ignore la imprescindible flexibilidad de ese deber vigente en pequeñas y grandes sociedades. En lugar de establecer un hacer o no hacer acordes con la diligencia, como es el caso del deber de lealtad, lo que ha hecho el artículo 225 LSC es incluir una serie de criterios de modulación que permite determinar en cada caso concreto el contenido del deber de diligencia<sup>35</sup>.

Los criterios que establece son la diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores.

## **B) La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas**

El sistema legal de responsabilidad de los administradores ha sido objeto de críticas debido a que no había una distinción basada en las distintas posiciones que dentro de un órgano de administración de una sociedad mercantil se podían establecer. Es decir, no había una exigencia de responsabilidad distinta en atención al cargo que cada uno podía desempeñar en el propio órgano de administración. Solo a la hora de regular las causas exoneratorias de responsabilidad aceptaba la ley el examen de la conducta y responsabilidad de cada administrador atendiendo a las circunstancias particulares de cada uno. La participación del administrador en la decisión, la ignorancia del mismo en ésta o la reacción a la misma podían servir para que quien aparecía como responsable solidario pudiera acreditar su desempeño individual en relación con el acto ilícito y lesivo que operaba como presupuesto de responsabilidad.

Sin embargo, se echaba en falta que esa valoración individual de la posición de los administradores fuera acogida por la ley con carácter general y distinguiendo la importancia que cada uno de los componentes de un mismo órgano de administración ostenta a la hora de llevar a cabo la gestión de la sociedad. Lo que viene a decir el artículo 225.1 LSC es que en esa habitual distribución de cargos dentro del órgano de administración, no puede esperarse idéntica diligencia del presidente ejecutivo o del consejero delegado que del consejero común. No puede exigirse una responsabilidad similar a la hora de desempeñar diligentemente el cargo ya que el consejero ejecutivo goza de una completa y puntual información de la marcha de la sociedad y una capacidad distinta a la hora de impulsar la actividad de la sociedad a diferencia de el

---

En: [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores\\_sanchez-caleroguilarte\\_RIO\\_2015.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte_RIO_2015.pdf?sequence=1) (Consulta: 18/3/2017).

<sup>34</sup> Sánchez Calero, Fernando, "Los administradores en las sociedades de capital", Edición 2, Thomson Civitas, 2007, pp. 177-178.

<sup>35</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes...", cit., pp. 899.

consejero delegado o común por lo que, ostenta mucha más información y capacidad que el resto de consejeros y a su vez, mayor responsabilidad<sup>36</sup>.

El deber de desempeño del cargo no aparece expresamente regulado en la LSC. El artículo 225 LSC dice que "los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y estatutos con la diligencia de un ordenado empresario...". De la misma forma, respecto al deber de lealtad, el artículo 227 LSC establece que "los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante...". Podemos interpretar que ambos preceptos 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 y por otro, según el cumplimiento de las leyes y estatutos por el administrador.

Respecto al cumplimiento de las leyes y estatutos, hemos de señalar que tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, el nuevo artículo 225 establece expresamente que los administradores deben de cumplir con lo dispuesto en las leyes y estatutos. De esta forma, se resuelve el problema que, tradicionalmente, surgía en atención a que tanto el deber de diligencia como el deber de lealtad establecían la forma en la que el deber de desempeñar el cargo debía ejercerse. El legislador deja claro que la forma de interpretar el cumplimiento de las leyes y los estatutos vendrá determinada por el deber de diligencia.

Ahora bien, tenemos que entender que considera dicho artículo cuando habla de Leyes y Estatutos. El Informe Aldama dictamina que "la primera obligación de la empresa es el cumplimiento de su misión dentro del marco general"<sup>37</sup>, por lo que cuando habla el artículo 225 LSC de cumplir las Leyes, no sólo debemos ceñirnos a lo establecido en la LSC, sino también a otras normas de distinto rango legal como por ejemplo, el Código de Buen Gobierno Corporativo. Y, en cuanto a los Estatutos, la propia Junta General podrá regular el contenido y la exigencia de dicho deber, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites fijados por la LSC. Asimismo, la Junta General también podrá regular las competencias de los administradores más allá de los límites impuestos por las leyes.

Otro de los elementos a considerar son las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. Las funciones del administrador son básicamente dos: representar y gestionar la sociedad.

El administrador será el encargado de representar a la empresa en sus relaciones con el exterior, para ejecutar las decisiones sociales. Esto implica, que el administrador puede obligar a la persona jurídica frente a terceros, mediante la celebración de contratos y otros negocios jurídicos. El administrador así mismo, puede otorgar poderes en terceras personas que se convierten en representantes de la sociedad para determinados asuntos.

En cuanto a la gestión de la sociedad, el administrador es el principal directivo de la empresa. Corresponde al administrador el control del correcto desarrollo de todas las decisiones de la administración y gerencia. En la LSC, aparecen expresamente algunas

---

<sup>36</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes...", cit., pp. 900.

<sup>37</sup> Informe Aldama, 2003, Apartado III.3, pp. 27.

funciones propias de la labor de administración de la sociedad que deben ser realizadas por el administrador pero, no se trata de una lista cerrada puesto que existen otras obligaciones implícitas en la normativa. Observamos funciones como convocar a la Junta General, recibir notificaciones dirigidas a la sociedad, llevar el libro de registro de socios y custodiar la documentación de la sociedad, etc...<sup>38</sup>

Los estatutos de la sociedad, como hemos mencionado anteriormente, pueden recoger específicamente otras responsabilidades o funciones del administrador. También en un pacto de socios o en un acuerdo privado con la persona que ejercerá de administrador pueden establecerse otras obligaciones, limitaciones o criterios para el desarrollo del cargo, aunque en este caso sólo tendrán efectos entre los firmantes del pacto.

El hecho de que los administradores manejen una información privilegiada como es la de saber el funcionamiento y marcha económica de la sociedad, implica que tenga mayor cautela a la hora de tomar decisiones tanto en momentos de auge económico de la sociedad como incluso más en momentos críticos. Es evidente que se debe pedir responsabilidad al administrador que conociendo la mala situación que atraviesa la empresa en la que ejerce su cargo, no haga nada para impedirlo o que siga actuando como si nada ocurriera, adoptando acuerdos que pueden comprometer a la sociedad a obligaciones que no puede afrontar, impropio de un administrador el cual debe actuar con la diligencia de un ordenado empresario.

### **C) Deber de dedicación adecuada**

El deber de tener una dedicación adecuada al desarrollo del cargo se pone de manifiesto en el artículo 225.2 LSC tras la reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Su objetivo era lograr una mayor tipificación del deber de diligencia.

Tras esta reforma dicho deber queda tipificado expresamente por primera vez en la LSC. Aunque anteriormente tal deber si había sido mencionado por los Informes del Gobierno Corporativo, así como por el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2006, nunca se había regulado expresamente como tal. Por ejemplo, el Informe Aldama hacía referencia a este deber defendiendo que el deber de diligencia debería incluir lo siguiente: "Dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzos necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello y la colaboración o asistencia que considere oportuna".<sup>39</sup>

Finalmente, la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 2013 propone la inclusión de este deber de forma expresa<sup>40</sup> y así, por primera vez, el

---

<sup>38</sup> Funciones del administrador de una sociedad. En: <https://www.mylabogados.es/funciones-del-administrador-de-una-sociedad/> (Consulta: 21/3/2017).

<sup>39</sup> Informe Aldama, Apartado III, 2.4, p. 26

<sup>40</sup> Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, Apartado 4.2.1, 2013, pp. 37-38

deber de dedicación adecuada queda regulado expresamente en el artículo 225.2 tras la reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014.

Ahora bien, antes de dicha reforma no se ponía en duda que el deber de diligencia imponía a los administradores la obligación de "actuar", es decir, de ocuparse y preocuparse de los asuntos sociales como si fueran propios. Por lo tanto, la nueva norma no supone un gran cambio respecto al régimen anterior, su regulación sólo tiene un valor declarativo, quedando así constatado la existencia de un derecho preexistente.

En cuanto a la función de este deber, consiste en la realización de todas las actividades precisas para la consecución del objeto fin social y, dado el carácter fiduciario de la posición de los administradores, anteponiendo siempre el interés social a su interés privado.

El deber de dedicación al desempeño del cargo ha de ser adecuado y, por tanto, para determinar su cumplimiento habrá que contemplar tanto el tamaño de la empresa social como el género de actividad que constituya su objeto social y, del mismo modo, habrá que distinguir en función del cargo y de las facultades propias del desempeño del cargo que corresponde desplegar a cada administrador, de modo que el cumplimiento del deber de tener una dedicación adecuada al cargo persiguiendo los intereses de la sociedad conforme a la diligencia exigible debe determinarse atendiendo a las concretas facultades que en cada caso cada uno de los administradores haya asumido<sup>41</sup>. Es decir, cada administrador deberá de desempeñar su cargo según las funciones que se le han encomendado y siempre velando por el interés de la sociedad por encima de cualquier otro interés.

#### **D) Deber de vigilancia o supervisión**

La doctrina y los mencionados informes sobre gobierno corporativo han destacado como parte integrante del contenido del deber general de diligencia otros deberes y obligaciones que, sin embargo, no han sido objeto de regulación expresa por el legislador. En este sentido se hace referencia al "deber de vigilancia o supervisión" que consistiría en llevar a cabo un control sobre la gestión de la sociedad, por lo que la obligación recae fundamentalmente sobre los denominados consejeros no ejecutivos en relación a los ejecutivos o delegados que son los que se ocupan de la gestión ordinaria social<sup>42</sup>, si bien algunos autores señalan que este deber conlleva vigilar el desenvolvimiento de la empresa social en su conjunto y que, por tanto, no surge solo cuando se produce una delegación de facultades sino que forma parte del contenido de la obligación de desempeñar el cargo...<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Llebot Majó, Josep Oriol, Los deberes y la responsabilidad de los administradores, en la obra colectiva, Rojo, Ángel; Beltrán, Emilio (Dirección), "La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles", 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 10-11.

<sup>42</sup> Rodríguez Artigas, Fernando, "El deber de diligencia" en la obra colectiva, Esteban Velasco, Gaudencio (coord.), "El gobierno de las sociedades cotizadas", Madrid, 1999, p. 431.

<sup>43</sup> Pérez Carrillo, Elena, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº14, 2000, p. 274 y ss.



El deber de diligencia supone, además, el deber de vigilar la sociedad activa y continuamente. Los administradores deben adoptar las medidas necesarias para que sea efectivo el control de la sociedad. Este deber corresponde individualmente a los administradores pero su cumplimiento está determinado por la estructura del órgano de administración y las funciones que le corresponden. De esta manera, los administradores deben supervisar los órganos y las personas en quienes deleguen sus facultades como los consejeros delegados, y la labor de los directivos.

La vigilancia supone que los administradores tienen el deber de supervisar y controlar que la dirección de la sociedad cumple con los objetivos marcados y respeta el objeto e interés de la sociedad. La diligencia obliga a los administradores a tener conocimiento sobre las decisiones más relevantes de gestión que se toman y el modo en el que se ejecutan los acuerdos o decisiones que se hayan de forma más general. La diligencia exige también tener conocimiento sobre los diversos riesgos, ya sean financieros o no financieros, que puedan afectar a la sociedad, y establecer y verificar los sistemas más adecuados para su identificación y tratamiento.

El cumplimiento de esta función de vigilancia o supervisión ha de hacerse compatible con las propias exigencias de la gestión de la sociedad y puede hacer oportuna alguna formalización de su ejercicio. El cumplimiento de tal función como vocal de un consejo de administración presenta ciertas peculiaridades derivadas de su funcionamiento colegiado. También puede resultar ilustrativo considerar algunas conductas que orienten el modo de proceder de los consejeros, muy relacionados con el derecho de información al que se hará referencia a continuación. El deber de vigilancia o supervisión supone de este modo, requerir al presidente del consejo ciertas funciones como por ejemplo, requerir al presidente el consejo para que facilite determinada información sobre la gestión o permita determinadas actuaciones de inspección en la sociedad o sus establecimientos; o bien, poner en conocimiento del presidente del consejo, o al propio consejo, los defectos que se hayan apreciado en los sistemas de control de la sociedad y realizar propuestas de mejora, etc...<sup>44</sup>

## **E) Deber de informarse**

Al margen de deberes específicos legalmente dispuestos que ayudan a concretar el contenido del deber general de diligencia, destaca la mención expresa al deber de informarse diligentemente, deber que se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento societario por la reforma operada en la LSA por la Ley 26/2003, de 17 de julio estableciendo: "Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad". El deber se mantuvo prácticamente inalterado en la primera redacción del artículo 225.2 LSC, donde simplemente se modificó el "sobre la marcha" por "de la marcha". En la actualidad, tras la reforma de la Ley 31/2014, se mantiene en la LSC, aunque matizado, en el artículo 225.3, que dispone: "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".

---

<sup>44</sup> Uría Menéndez, "Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil", Madrid, 2015, pp. 9-10.

En: [http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia\\_UM.pdf?id=5679](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679) (Consulta: 25/3/2017).



Este deber de los administradores de informarse y participar en la gestión social se incluía entre las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama. También el Código Unificado de Buen Gobierno se refiere a esta cuestión señalando que "disponer de una información completa y veraz sobre la situación de la empresa y su entorno es esencial para que el consejero pueda cumplir con eficacia su función de supervisión y desempeñar las demás responsabilidades que la encomiendan las Leyes. Por ello, las sociedades deberán articular los cauces o mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de este derecho, e incluso arbitrar, cuando excepcionalmente sea menester por la trascendencia o carácter controvertido de la decisión de adoptar, los medios para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento externo preciso"<sup>45</sup>.

La importancia del deber de informarse del administrador -que se manifiesta en que el legislador haya considerado necesaria su expresa disposición legal, a pesar de hallarse ínsito en el propio deber general de diligencia- deriva de la vinculación entre información y gestión adecuada. Su capacidad de ser diligente dependerá directamente de lo informado que esté de la marcha de la sociedad, información que se precisa con el desarrollo de actuaciones de manera directa por el administrador como a la hora de controlar o supervisar a los órganos delegados<sup>46</sup>.

En una primera aproximación conceptual, el deber de informarse puede definirse como una expresión del deber de diligencia que busca establecer un estándar de conocimiento exigible a todos los miembros del órgano de administración sobre la marcha de la sociedad; información que se requiere para el correcto desempeño del cargo y, específicamente, para la diligente toma de decisiones de gestión.

La norma en su redacción originaria, delimita el ámbito material del deber a "la marcha de la sociedad", mientras que la redacción vigente habla de que el administrador tendrá que recabar la información "adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones". Ciertamente, aunque la norma no lo dispusiera, no es exigible el conocimiento de información que trate sobre materia que no sea la propia del desarrollo del objeto social o de necesario conocimiento para la gestión de la empresa<sup>47</sup>.

A diferencia de lo que sucedía en el 2003, la redacción vigente vincula expresamente el grado de información exigible a las funciones individualmente atribuidas al administrador, cuando dispone que el deber se exige al administrador "en el desempeño de sus funciones (...) para el cumplimiento de sus obligaciones". Se dispone, por tanto, en la actualidad de un deber de informarse que deja de comportarse como un norma que determina un marco de referencia de mínimos, para adaptarse, de una manera elástica, al cargo y funciones propios de cada administrador. Ahora bien, el hecho de que el deber disponga distintos grados de exigibilidad dependiendo de las funciones atribuidas a cada administrador, no debería entenderse, en sentido contrario, como un límite al acceso a la información para los demás administradores, ejercitado el

---

<sup>45</sup> Vid. Código Unificado de Buen Gobierno, ap. II, p. 22, recomendaciones 23,24 y 25.

<sup>46</sup> Sánchez Calero, Fernando, "Los administradores en las...", p. 186

<sup>47</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis", 2016, Aranzadi, p. 140-141.

derecho de información de buena fe, a pesar de que, ciertamente, la dicción del artículo 225.3 LSC se preste a confusión<sup>48</sup>.

Por otra parte, la redacción derogada exigía que el administrador se informara diligentemente. Aunque la referencia expresa a la diligencia se haya eliminado del artículo 225.3 LSC, este deber no puede entenderse más que como un deber de informarse de manera diligente, ya que a la hora de evaluar la diligencia empleada al informarse, resultará de aplicación la doctrina expuesta en relación con la valoración del cumplimiento del estándar de diligencia establecido en la cláusula general del artículo 225.1 LSC. Por tanto, el cumplimiento diligente no se alcanza mediante la acumulación de información, sino por el conocimiento de aquella que sea realmente relevante para el correcto ejercicio de la labor de administración, y en concreto, para la toma de decisiones de gestión determinadas. Se valora, por tanto, desde un punto de vista cualitativo, no cuantitativo<sup>49</sup>.

Ahora bien, se considera importante vincular la diligencia al criterio de la relevancia, más que al de la razonabilidad, en tanto el primero es más fácilmente objetivable que el segundo. Lo razonable o no de la obtención de información depende, en gran medida, del juicio o circunstancias personales del administrador. En cambio, parece preferible que, tanto en términos generales como a la vista de la actividad y circunstancias específicas de la empresa, se pueda, de manera genérica, determinar ex ante cuál es la información que los administradores deben conocer y que resulta necesario recabar es decir, determinar que información se considera relevante y por lo tanto que información ha de recabar el propio administrador para el bien de la empresa<sup>50</sup>.

Cuestión distinta será, una vez determinada cuál es la información relevante, y por tanto, la que debe ser conocida por cada administrador, que no se pueda hacer al administrador responsable por los daños derivados del desconocimiento en tanto dicho desconocimiento no lo sea objetivamente imputable por haber cumplido con unos estándares de diligencia suficiente a la hora de recabar información. En la medida en que el deber de mantenerse informado recae sobre cada uno de los administradores, es conveniente separar la información sobre la que el administrador diligente debe mantenerse informado de las circunstancias por las que el administrador la conocía o desconocía<sup>51</sup>.

Por último, la actual redacción de la LSC recoge el derecho (individual) del administrador de recabar la sociedad la información adecuada y necesaria, derecho que, a pesar de no estar recogido por la Ley hasta esta última reforma, se venía reconociendo tanto en la doctrina como por el Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 1986)<sup>52</sup>. Dicha sentencia analiza un supuesto en que uno de los administradores había ejercido

<sup>48</sup> Antes de la reforma Sánchez Calero, Fernando, "Los administradores...", cit., p. 186, manifestaba: "el consejero no ejecutivo, tiene la facultad y el deber de disponer y de tener acceso a toda la información comunicada al Consejo de Administración y la que se precisa para el cumplimiento de su función, lo que se vincula con la obligación de los administradores ejecutivos y especialmente del Presidente del Consejo (sea o no ejecutivo) de suministrar a los no ejecutivos la información que soliciten".

<sup>49</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes...", cit., p. 142.

<sup>50</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes...", cit., p. 142.

<sup>51</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes...", cit., p. 143.

primordialmente la gestión social, mientras que el otro se había limitado a llevar a cabo determinados actos: concretamente, la emisión de ciertas letras de cambio y talones, y la firma de un contrato de arrendamiento. En esta ocasión, la sentencia concede al segundo administrador el derecho a la información, si bien no con base a los artículos 65 y 110 de la LSA de 1951, sino en la figura de la rendición de cuentas. La sentencia resulta en buena parte adecuada a la posterior doctrina de nuestros Tribunales, pues, adelantándose a los informes Olivencia y Aldama, reconoce el derecho de todo administrador a solicitar, en cualquier momento y no únicamente con motivo de la celebración de una Junta, la información que ignore sobre la marcha de la sociedad<sup>53</sup>.

Así, el deber de información se ha de interpretar como un derecho-deber que, en ambas facetas, ha de considerarse como individual, en tanto cada uno de los miembros del órgano tiene el deber, y por tanto, el derecho a estar informado.

En definitiva, el derecho del administrador a recabar información no es más que la herramienta de la que dispone para hacer efectivo su deber de estar informado. 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.

Una vez analizado el artículo 225 LSC, pasamos a analizar el artículo 226 LSC el cual, sin duda, ha supuesto uno de los grandes cambios llevados a cabo por la Ley 31/2014.

## **F) Protección de la discrecionalidad empresarial: *Business Judgment Rule***

Una de las características más novedosas de la reforma de la Ley 31/2014 es la regulación en el artículo 226 LSC de *Business Judgment Rule* o regla de discrecionalidad empresarial en el ordenamiento societario español. La inclusión de esta regla fue amparada por la doctrina y por los distintos informes de gobierno corporativo, especialmente, el Informe Aldama.

La *business judgment rule* ( regla del juicio empresarial) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos. Específicamente, la regla -en la aplicación originaria realizada por los tribunales del estado de Delaware- presume, *iuris tantum*, que cuando los administradores adoptan decisiones empresariales lo hacen de manera informada, de buena fe y persiguiendo el mejor interés de la sociedad. La presunción actúa siempre y cuando la actuación de los gestores puede considerarse racionalmente adoptada, quedando así, exentos de responsabilidad<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Tradicionalmente, las sentencias que abordaban el derecho de información del administrador lo hacían en supuestos de ejercicio de tal derecho por aquel que reúne la condición de administrador y socio. Destaca nuestra doctrina la STS de 9 de mayo de 1986, precisamente, por afrontar la cuestión del derecho de información <<como tal>>.

<sup>53</sup> Rodríguez Palmero, Pablo, "Derecho de información de los administradores", *Diario La Ley*, En: <http://pablorodriguezpalmero.com/derecho-informacion-administradores-antes-despues-ley-transparencia/> (Consulta: 1/4/2017).

<sup>54</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes...", cit., p. 173.

El Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 2014 recomendó expresamente, por primera vez, la inclusión de la Business Judgment Rule en la LSC<sup>55</sup>.

Hasta el momento, la *business judgment rule* no había encontrado acogida normativa en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esta situación cambió en la última reforma operada en la LSC. El Proyecto de Ley por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo prevé una nueva redacción del artículo 226 LSC. En su nueva redacción, el artículo 226.1 dispone: "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". En el segundo número del artículo 226 se excluyen del ámbito de la 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"<sup>56</sup>.

No obstante, hemos de señalar que la Business Judgment Rule ya se aplicaba por nuestros tribunales antes de su inclusión en 2014. Destacamos algunas sentencias como la SAP de Madrid, sección 28ª, de 28 de octubre de 2011 [JUR 2012/3387] (que resolvió acerca de una acción social de responsabilidad) entendió que no cabe hacer responsable al administrador del llamado "riesgo empresa"<sup>57</sup>. O bien, la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 24 de enero de 2008, en un caso de ejercicio de la acción social de responsabilidad<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> El Estudio expresamente dice "resulta conveniente, en línea con la evolución de derecho de los países de nuestro entorno y -como ya había sugerido en su momento el Informe Aldama-, consagrar legislativamente la denominada business judgment rule, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio. Se trata de una exigencia necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos". Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, 4.2.1, 2013, p. 38.

<sup>56</sup> Recamán Graña, Eva, "Los deberes...", cit., p. 174.

<sup>57</sup> La Sentencia manifestó lo siguiente: "Como señala la doctrina más cualificada, los administradores deben responder no del fracaso de su gestión, sino de la adopción de aquellas medidas que un ordenado empresario no habría adoptado en el planteamiento y en la ejecución de un determinado negocio, en el bien entendido de que no existe una relación absoluta entre la adopción de las decisiones adecuadas y el éxito de la empresa, el cual reviste un carácter eminentemente contingente". En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf> (Consulta: 2/4/2017).

<sup>58</sup> La Sentencia manifestó lo siguiente: "Resulta difícil intentar establecer unos parámetros cuando el modelo de diligencia establecido en las normas es ciertamente ambiguo e impreciso, remitiéndose al concepto de ordenado empresario y representante leal, que tienen complicada concreción. Esta indefinición se acrecienta cuando el acto que se denuncia como negligente es un acto incardinable nítidamente en decisiones puramente empresariales, basada en criterios económicos y de mercado, directamente relacionado con la viabilidad de la empresa social. Ante tales supuestos cabe traer a colación la business judgment rule, doctrina propia del common law desarrollada por los tribunales de los Estados Unidos, que cumple como función evitar que las decisiones empresariales tomadas por los administradores sean materialmente sustituidas en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia". En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf> (Consulta: 2/4/2017).

La introducción de este precepto en el ordenamiento societario español supondrá el acogimiento expreso de la llamada regla del juicio empresarial o business judgment rule. La Business Judgment Rule constituye un criterio jurisprudencial propio del common law, desarrollado por los tribunales de los Estados Unidos en aplicación del deber de diligencia y recogida después en distintos textos normativos. La versión más conocida de esta regla se encuentra formulada en la sección 4.01 de los Principes of Corporate Governance elaborados por el American Law Institute, según la cual los consejeros o ejecutivos que adopten de buena fe una decisión empresarial cumplen con el deber de diligencia si, en primer lugar, no están interesados en el asunto de la decisión empresarial (secc. 1.23); en segundo lugar, si están informados respecto de la materia objeto de la decisión empresarial en la medida en que el correspondiente consejero o ejecutivo considere razonablemente adecuada dadas las circunstancias; y en tercer lugar, si creen un modo racional que dicha decisión empresarial sirve al mejor interés de la sociedad<sup>59</sup>.

La doctrina y jurisprudencia norteamericanas han entendido que los administradores y gestores societarios antes de tomar una decisión deben hacer uso de un criterio de razonabilidad en la tarea de recabar, calibrar y estudiar cuantas informaciones sean necesarias para la formación correcta y diligente de las decisiones empresariales. Este ámbito de control de la decisión empresarial adoptada por los administradores es donde se aplica la Business Judgment Rule, la cual otorga al administrador un alto grado de protección frente a la reclamación de responsabilidad por daños al patrimonio social.

Según el Tribunal Supremo de Delaware<sup>60</sup>, se trata de una "una presunción de que al tomar una decisión empresarial, los administradores actuaron con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión tomada era beneficiosa para los intereses de la sociedad". Por otro lado, el Tribunal de Ohio<sup>61</sup> expresaba que la Business Judgment Rule no es sino "una presunción iuris tantum de que los administradores de la sociedad están mejores preparados que los tribunales para tomar decisiones empresariales y de que actuaron sin buscar el beneficio personal, con un grado de diligencia razonable y de buena fe".

Hemos de comprobar ahora si es posible la aplicación de esta técnica proveniente del Derecho estadounidense por parte de nuestros Tribunales, es decir, si es compatible o no con el régimen de los administradores sociales remodelado y desarrollado por la Ley de Transparencia y consolidado por la LSC.

En cuanto al artículo 226 LSC establecido por la Ley 31/2014, la introducción de este precepto en el ordenamiento societario español supondrá el acogimiento expreso de la llamada regla del juicio empresarial o Business Judgment Rule. Como hemos mencionado anteriormente, esta regla tiene la función de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera éste las decisiones derivadas de la empresa. Para nuestro legislador, el espacio de relativa inmunidad que

---

<sup>59</sup> Serrano Cañas, José Manuel, "La incorporación de la Business Judgment Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista La Ley mercantil*, nº6, Sección Sociedades, 2014, p. 5. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/) (Consulta: 2/4/17).

<sup>60</sup> Caso *Aronson v. Lewis*; Delaware 1984, 473, A.2d 805 (Del. 1984).

<sup>61</sup> Caso *Gries Sportss Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co.* (Ohio, 1986).



es inherente a la aceptación de la Business Judgment Rule no puede predicarse de cualesquiera decisiones que se deriven del cumplimiento del deber general de diligencia. La protección sólo alcanza a la "discrecionalidad empresarial", es decir, a las decisiones relativas a la llevanza del negocio.

Es obvio que la protección de la discrecionalidad empresarial no puede ser incondicionada, hay una serie de límites y condicionantes respecto a su aplicación. La exclusión del control judicial solo esta justificada cuando se cumplen una serie de criterios. El legislador incorpora, uno por uno, los distintos criterios que conlleva la presunción de cumplimiento de "estándar de diligencia de un ordenado empresario", que, constituyen los requisitos de aplicación de la Business Judgment Rule. Los criterios son los siguientes:

En primer lugar, hacemos referencia al deber de diligencia ya que, la regla del juicio empresarial solo juega en relación con la responsabilidad por negligencia, es decir, evita el control judicial de la actuación de los administradores siempre y cuando suponga un cumplimiento o incumplimiento de su deber de actuar con la diligencia debida. Pero en ningún caso podrá ser de aplicación cuando la conducta del administrador se valora desde el prisma de la lealtad o deslealtad de su comportamiento. El Proyecto no pretende excluir la responsabilidad de los administradores por cualquier concepto, el mismo establece que , en ciertas condiciones, se entenderá que se ha cumplido con el estándar de diligencia de un ordenado empresario, según el artículo 225.1 LSC. Por lo tanto, esa inmunidad que otorga la Business Judgment Rule a los administradores solo tendrá efecto a la responsabilidad por negligencia y nunca a la responsabilidad por deslealtad<sup>62</sup>.

En segundo lugar, tenemos que hacer mención a las decisiones estratégicas y de negocio. El proyectado artículo 226 LSC hace referencia a que los administradores están protegidos frente al ejercicio de acciones de responsabilidad en el ámbito de su actividad de gestión de la empresa. Quedarán excluidas respecto de esta inmunidad sus equivocaciones en relación con este ámbito empresarial siempre que, a su vez, se den una serie de circunstancias. Por otra parte, el Proyecto se refiere a decisiones, es decir, la inacción negligente no está sujeta a tal protección pero, sí está sujeta la decisión consciente e informada de no actuar<sup>63</sup>.

En tercer lugar, nos encontramos con la información suficiente y procedimiento adecuado. Para poder afirmar que se ha cumplido con el estándar de diligencia exigible es necesario que el administrador haya actuado "con información suficiente y con arreglo a un procedimiento adecuado". Por lo tanto, quedarán excluidos de tal protección los administradores que no se hayan informado suficientemente. No se trata solo del deber de exigir de la sociedad la información adecuada y necesaria para el desempeño del cargo sino, sobre todo, de procurarse el asesoramiento técnico que sea preciso en función de la naturaleza, el alcance y la trascendencia de la decisión adoptada. No obstante, para poder valorar si la información manejada por el administrador ha sido suficiente implica un juicio sobre la diligencia previa del

<sup>62</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business judgment rule en Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital, 2014, pág. 5. En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf> (Consulta: 3/4/2017).

<sup>63</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business...", cit., p. 5

administrador que no alcanza a la decisión tomada finalmente (esto es lo que garantiza la Business Judgment Rule) sino, a sus actuaciones en relación con la obtención de información y asesoramiento. Tal información ha de ser comprobada para poder afirmar que se analizó de una manera adecuada por el propio administrador y que la decisión que adoptó tras dicho análisis fue correcta<sup>64</sup>.

Respecto al procedimiento adecuado, no se aplicará el proyectado artículo 226.1 LSC si se infringió el procedimiento previsto para la toma de la decisión cuestionada, esto es, el procedimiento legal, estatutario o reglamentario. Para que el administrador este sujeto a esa protección de su discrecionalidad, el comportamiento del mismo ha de ser cabal.

En cuarto lugar, tenemos que señalar la buena fe y la falta de interés personal. El administrador solo estará sujeto a protección siempre que a la hora de tomar la decisión estratégica o de negocio, haya obrado de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión. Es cierto que estas condiciones remiten al deber de lealtad pero, su exigencia viene a demostrar que los administradores quedan protegidos solamente por los defectos de juicio, y no cuando hayan sido desleales. Si el propio administrador tiene interés personal en la decisión a adoptar, podemos encontrarnos ante una situación de conflicto de intereses y un claro riesgo de comportamiento desleal por parte del mismo por lo que, no estaría sujeto a la protección del proyectado artículo 226.1 LSC.

En cuanto a la buena fe, el administrador ha de actuar con buena, esto es, la decisión adoptada por el administrador debe ir orientada hacia el mayor interés de la sociedad. Aquí tenemos que retrotraernos a lo mencionado anteriormente respecto a la obtención de información suficiente ya que, el mero hecho de informarse suficientemente por el administrador no supone que goce de inmunidad si la información obtenida no ha sido analizada correctamente y la misma nos conduce a la toma de decisiones totalmente ilógicas. Dichas decisiones no estarán amparadas por la regla del juicio empresarial debido a que toda decisión ha de ser analizada por el administrador por lo que, en caso de no hacerlo, el comportamiento del administrador se considerará contrario a la buena fe exigida y por ello no gozará de inmunidad<sup>65</sup>

En quinto lugar, tenemos que hacer referencia al cumplimiento de la Ley y de los estatutos. Aunque el proyectado artículo 226.1 LSC no lo tipifique expresamente, es evidente que dicha regla requiere que la decisión de los administradores no pueda ser contraria ni a la Ley ni a los estatutos. Pero esto no ocurre siempre, ya que hay ocasiones en las que los propios administradores actúan violando normas legales no referidas al procedimiento o ni si quiera relativas al derecho de sociedades. Eso sí, si en estos casos hubiera daño, no estarían sujetos a la protección de la Business Judgment Rule<sup>66</sup>.

Ahora bien, ni el Informe de expertos, ni el propio Proyecto de reforma del gobierno corporativo han concretado los conceptos jurídicos indeterminados que encierran los criterios delimitadores de la aplicación de la Business Judgment Rule, esto es, la buena fe, el interés personal, la información suficiente y el procedimiento de

<sup>64</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business...", cit., pp. 5-6.

<sup>65</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business...", cit., p. 6.

<sup>66</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business...", cit., p. 6 .



decisión adecuado. Habrán de ser los jueces y tribunales quienes fijen los criterios o pautas de enjuiciamiento que permitan conocer caso por caso la mala fe del administrador, o la existencia de un interés personal en el asunto, o la falta de información suficiente o, la no adecuación del procedimiento decisorio<sup>67</sup>.

De todas formas, podemos afirmar que el cumplimiento de estos criterios conlleva a una presunción de cumplimiento del deber general de diligencia por lo que, supondría la imposibilidad de ejercer cualquier tipo de acción de responsabilidad contra el administrador por el incumplimiento de este deber de diligencia. Ahora bien, aunque el legislador establezca que no cabe ningún tipo de acción de responsabilidad cuando se han cumplido con los criterios que presumen el cumplimiento del deber de diligencia, algunos autores han defendido que siempre debe de haber una posibilidad de ejercer tales acciones ya que, el propio administrador puede haber actuado cumpliendo cada uno de los criterios fijados pero, eso no quiere decir, que la decisión adoptada por el administrador haya sido totalmente razonable por lo que, el administrador puede haber adoptado una decisión irrazonable aún habiendo cumplido con los criterios que presuponen que ha actuado con la diligencia debida. Por esta razón, se entiende que en este tipo de casos si cabría ejercer acción de responsabilidad<sup>68</sup>.

Así pues, los criterios de la Business Judgment Rule que se recogen en el estatuto de deberes de los administradores sociales establecen las pautas válidas de estimación y de imputación de la responsabilidad por negligencia del administrador social. Dichos criterios sólo definirían la diligencia inexcusable, es decir, aquella zona en la que el administrador puede moverse con total seguridad, confiado en que su actuación no genera responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, Font Galán dice, que la Business Judgment Rule propone una "interpretación funcionalista -no generalista- del deber de diligencia con el objeto fundamental de inmunizar a los administradores frente a posibles imputaciones de responsabilidad por daños causados a la sociedad. Tales criterios de interpretación y aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores integran, pues, el contenido mínimo del deber de diligencia. Contenido éste concéntrico al que, más rico y complejo, debe ser tenido como contenido esencial y natural de este deber de diligencia en su aplicación general en el gobierno de la sociedad y no ya en un ámbito de aplicación funcional y restringido a la cuestión de la imputación o no a los administradores del daño causado a la sociedad por actuaciones u omisiones en el ejercicio del cargo"<sup>69</sup>.

La diligencia ha de basarse en un estado de información suficiente y necesaria sobre la marcha de la sociedad, con el objetivo de garantizar que el objeto social se desarrolle de la forma más fiel al interés social, respetando siempre la legalidad fijada en tanto en deberes legales de obligado cumplimiento, como los deberes estatutarios. Se alude a un principio de independencia de juicio y de objetividad de los administradores con respeto al interés social. Dicho principio está ahora plasmado también en el Proyecto de reforma de la LSC en su artículo 228.d que hace referencia al deber de

<sup>67</sup> Serrano Cañas, José Manuel, "La incorporación de la...", cit., p. 12.

<sup>68</sup> Serrano Cañas, José Manuel, "La incorporación de la...", cit., p. 12

<sup>69</sup> Font Galán, Juan Ignacio, "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", *Revista Derecho de Sociedades*, nº25, 2005, p. 95.

"desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros". El administrador ha de hacer frente a la gestión y representación de la sociedad de la forma más independiente posible, evitando las situaciones de conflicto de intereses, lo que le conlleva estar informado sobre la marcha de la sociedad<sup>70</sup>.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos de aplicación de la Business Judgment Rule, todo hace indicar que ante una decisión empresarial adoptada de mala fe, o desinformada, o no respetuosa con los protocolos decisorios, o en la que exista un conflicto de interés, decae la presunción de cumplimiento del deber de diligencia. Por lo tanto, aquel que desee ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores deberá de probar que se ha producido un comportamiento negligente por parte del administrador, así como la existencia de un daño y que dicho daño se ha producido en base a ese comportamiento negligente por parte del administrador, es decir, un nexo causal entre ambos. Esto ha supuesto en la práctica una tarea casi imposible de demostrar.

En todo caso, se ha de matizar que el incumplimiento de alguno de estos criterios previstos para la aplicación de la Business Judgment Rule, no implica que los administradores hayan de ser considerados responsables. Únicamente conlleva que el juez podrá entrar a analizar la conducta de los administradores y entonces determinar si la misma fue acorde o no con el nivel de diligencia exigible, es decir, si actuó como un "ordenado empresario". Si el juez finalmente determina que el administrador no ha actuado de acuerdo con la diligencia exigible, y siempre que como consecuencia de las decisiones adoptadas se ocasionarán daños, se podrá exigir responsabilidad por negligencia a los administradores<sup>71</sup>.

#### **4. DEBER DE LEALTAD**

El deber de lealtad consiste en la obligación de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses con ésta, subordinando los propios a favor de aquélla, salvo que ésta autorice tal actuación. El deber de lealtad debe predicarse tanto respecto de los socios como de los administradores o gestores, imponiendo la obligación de orientar su actuación o gestión hacia la promoción del interés social, así como la de perseguir éste con preferencia a cualquier otro, o no actuar de forma incompatible con él. De este modo, el ámbito propio en el que opera el deber de lealtad será el de los conflictos de intereses, prohibiendo la realización de ciertas conductas cuando supongan subordinar el interés social al propio o al de terceros.

Puede afirmarse que el desarrollo normativo viene caracterizado por el progresivo reforzamiento de los deberes de lealtad. Si el deber de diligencia se ha mantenido más o menos estable, salvo la inclusión de la regla de discrecionalidad empresarial (Business Judgment Rule), los deberes de lealtad han ido perfilándose cada vez con más precisión, reforzándose no solo su importancia, sino también los instrumentos para asegurar su respeto. Esta finalidad es evidente en la última reforma.

---

<sup>70</sup> Serrano Cañas, José Manuel, "La incorporación de la...", cit., p. 11.

<sup>71</sup> Díaz Moreno, Alberto, "La business..." cit. p. 7.

## A) El contenido fundamental del deber de lealtad

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC en materia de gobierno corporativo, propone reforzar el deber de lealtad de los administradores que pasaría a regularse en los artículos 227 a 232 LSC. Se sistematizaría y reforzaría el régimen de sus obligaciones ampliando el elenco de las actuales, bien mediante su mayor desarrollo, o bien mediante nuevas obligaciones.

Dicha Ley 31/2014, siguió las indicaciones de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo para la modificación de tales preceptos. Tales indicaciones se fructificaron en el Informe de 14 de octubre de 2013.

En relación a lo que atañe al deber de lealtad, el Informe señala que "la Comisión de Expertos considera que es urgente y necesario reforzar el régimen del deber de lealtad actualmente contemplado en el artículo 226 de la LSC, con el fin de subsanar ciertas insuficiencias que se han advertido en su regulación: (i) en la tipificación y sistematización de las conductas desleales; (ii) en la identificación de los destinatarios de los deberes de lealtad; (iii) en el volumen de las sanciones aplicables; y (iv) en los cauces previstos para exigir las correspondientes responsabilidades. De este modo, se contribuirá a incrementar la eficacia de este capítulo fundamental de la regulación societaria tanto en el plano de orientación de las conductas como en el plano sancionatorio, todo ello en línea, también, con algunas indicaciones de la PMC. En particular, además de consignar una fórmula más adecuada para el deber genérico, parece preciso, en primer lugar, ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, completando el catálogo actual -sobre todo en materia de conflicto de interés- con base en la experiencia doctrinal y comparada, así como reglamentar adecuadamente el régimen de dispensa de las prohibiciones; en segundo lugar, es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también los denominados administradores ocultos; en tercer lugar, se debe ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción (se trata de una vieja previsión ya contenida en el Código de Comercio para algunos casos paradigmáticos de violación del deber de lealtad, que ahora se generaliza a todos los supuestos)<sup>72</sup>.

El artículo 227 LSC sustituye la expresión de que los administradores deben desempeñar el cargo "en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad" por la de que deben obrar "de buena fe en el mejor interés de la sociedad". Con ello el legislador se centra en el interés de la sociedad, y relega preponderancia al concepto de interés social. Se ha entendido por interés social como el interés de los socios en la maximización del valor de la inversión o de los beneficios, y que, por el contrario, el interés de la sociedad puede suponer una apertura a la búsqueda del bien de la empresa trascendiendo de la propuesta clásica de creación de valor para el accionista<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, 2013, p. 38-39. En: <http://revistas.innovacionmh.es/index.php?journal=lexmercatoria&page=article&op=view&path%5B%5D=893> (Consultado: 7/4/2017).

<sup>73</sup> Jordá García, Rafael, "Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo", *Diario LA LEY*, nº8324, Sección Tribuna, 2014, p. 4. En: <http://www.laleydigital.es> (Consulta: 7/4/2017).

Además se añade que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio de la sociedad, sino la de devolver a ésta el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

El artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dentro del Capítulo III, del Título VI, recoge, a modo de cláusula general, el deber de lealtad de los administradores sociales, disponiendo lo siguiente:

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

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

El deber de lealtad requiere que el administrador ejerza sus funciones siempre a favor del interés de la sociedad. Los administradores también deberán de ejercer su cargo con la diligencia de un fiel representante y, además, se espera del administrador lo que se esperaría de un representante que actúa con fidelidad a quien representa. El deber de lealtad obliga al administrador a actuar de buena fe y siempre guiándose hacia aquello que sea más favorable para la sociedad.

Termina el artículo 227.1 LSC con esa mención del deber de lealtad por medio de la referencia del mismo al interés social. Centrarse en la defensa de ese interés de la sociedad es la función esencial que debe respetar todo administrador. Al subrayar que el cargo debe desempeñarse en el mejor interés de la sociedad se está además subrayando un elemento de calidad no vale cualquier atención hacia ese interés sino la que de acuerdo con las particulares circunstancias de cada acuerdo o decisión reclama ese ejercicio leal como vía para la más efectiva tutela del mismo. Todos los administradores deberán atender al interés social e ignorar cualquier otro. El administrador debe elegir aquella actuación que conlleva la mejor defensa del interés de la sociedad, aunque ello pueda ser perjudicial o insatisfactorio para otros intereses<sup>74</sup>.

Que la lealtad se defina en relación con el interés de la sociedad, que determinan los socios y se refiere a su interés común, permite entender que los administradores hayan de rendir cuentas de su gestión explicando cada una de las actividades que desempeñen. Es la Junta General la que se encarga de aprobar la gestión realizada por los administradores como representantes de la sociedad.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el deber de lealtad es un deber de orden público, y su regulación tiene carácter imperativo, de manera que no son válidas las disposiciones estatutarias que puedan limitar o resulten contrarias al mismo. El deber de lealtad no supone que se impongan unas prohibiciones absolutas de conducta a los administradores, ya que, en la naturaleza de los intereses que tratan de protegerse se encuentra el carácter relativo de las prohibiciones establecidas, de manera que resulte posible la dispensa de las prohibiciones por la propia sociedad<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 903

<sup>75</sup> Uría Menéndez, "Guía práctica sobre deberes...", cit., p. 12.

En: [http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia\\_UM.pdf?id=5679](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679) (Consulta: 9/4/2017).

Hemos de mencionar algunas sentencias como la SAP de Barcelona de 3 de septiembre de 2009, la cual manifestó que "La interdicción de la norma descansa en la anteposición de los intereses propios del administrador frente a los de la sociedad con infracción de su deber de lealtad social". Y también, la STS de 6 de marzo de 1992, la cual dice "Si el administrador es conocedor de una oportunidad de negocio de interés para la sociedad aunque sea fuera de su actividad profesional debe ofrecérselo a la sociedad"<sup>76</sup>. También hemos de señalar la STS de 21 de julio de 2006, la cual dice "La lealtad, no es sino una manifestación del deber de actuar en defensa de la Sociedad con la finalidad de conseguir el fin de la misma, siendo la falta de lealtad una violación de los deberes inherentes al cargo, debiendo anteponerse siempre el interés de la Sociedad a los intereses propios"<sup>77</sup>.

Esta norma es la pieza central del sistema, a partir de la cual se establece un conjunto de prohibiciones y de comportamientos tipificados como contrarios al deber. Aquí nos encontramos con la inclusión de nuevos comportamientos y una mejor definición de los anteriores en los artículos 228 (obligaciones básicas del deber de lealtad) y 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de interés). A continuación, analizaremos tales artículo minuciosamente.

## **B) Las obligaciones básicas del deber de lealtad**

El artículo 228 LSC enumera las obligaciones básicas en las que se concreta el deber de lealtad. Una parte de ellas ya estaban presentes en la LSC antes de la reforma por medio de la Ley 31/2014, que las ha reubicado en un precepto de alcance general, a veces con ligeras modificaciones (el deber de secreto, el deber de abstenerse de participar en decisiones que impliquen un conflicto de interés y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés). Otras se han incorporado con la reforma del texto legal (la prohibición de ejercicio de facultades con fines distintos para los que fueran concedidas, el deber de ejercicio del cargo con independencia).

El deber de evitar el conflicto de interés es objeto de desarrollo en el siguiente artículo. Tanto en ese caso, como el de abstenerse de participar en las decisiones conflictivas, se impone a los administradores un especial deber de transparencia sobre la situación (229.3 LSC). Por último, la referencia a los conflictos con personas vinculadas requiere tener también presente lo dispuesto en el artículo 231 LSC. En conclusión, a pesar del desglose formal en preceptos distintos, lo cierto es que los artículos 228, 229 y 231 componen un régimen unitario desde el punto de vista de la definición de los deberes, de los que, sin duda, el conflicto de interés supone el más relevante.

### **1. El deber de ejercitar las facultades para las finalidades para las que fueron concedidas**

El artículo 228.a LSC establece que "La lealtad implica que el administrador no ejercite sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido

<sup>76</sup> En: <http://studylib.es/doc/4477097/deberes-de-los-administradores-sociales-en-la-ley-de-soci...> (Consulta: 9/4/2017).

<sup>77</sup> En: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regimen-general-deber-lealtad-637778461> (Consulta: 9/4/2017).



concedidas". La atribución de facultades a los administradores tiene la finalidad de permitirles la gestión y representación de la sociedad en interés de la misma. Su ejercicio, por tanto, está limitado a tal finalidad. Cualquier otra finalidad, para satisfacer intereses propios o de terceros, supone la infracción del deber de lealtad. Introduce así la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el Derecho de sociedades de capital la doctrina de la desviación de poder propia del Derecho administrativo.

Algunos de los deberes que se concretan en el artículo 229 LSC son una concreción de este planteamiento general. Además, es posible que, por razón de la distribución interna de tareas, se atribuyan facultades específicas a ciertos administradores, incluso por la vía de la delegación de facultades. La inclusión de este deber específico resulta también útil para explicitar que, en tales casos, el ejercicio de esas facultades debe estar dirigido exclusivamente a la satisfacción del fin por el que fueron concedidas<sup>78</sup>.

## 2. El deber de guardar secreto

El deber de secreto apareció regulado por primera vez en la LSA de 1989 en su artículo 127.2. Más tarde, tras la Ley de Transparencia de 2003, se encontraba regulado en el artículo 127. quáter y, tras la LSC de 2010 quedó recogido en el artículo 232. Finalmente, tras la reforma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, quedó regulado en el artículo 228.b. El contenido esencial de la obligación de guardar secreto sigue siendo el mismo que antaño aunque, es evidente, que presenta algunas matizaciones respecto a las normativas anteriores. Dicho deber lo podemos dividir en dos alcances: material y temporal.

El artículo 228.b LSC establece que "el administrador ha de 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 que la ley lo permita o requiera".

Dicho precepto pone en duda si la ubicación de tal deber de guardar secreto hubiera sido más adecuado en el marco del deber de lealtad de los administradores o bien en el marco del deber de diligencia de los administradores, del cual, se dice, que el deber de secreto es subsidiario. La diligencia implica que, 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 (225.3 LSC), ello significa que la información es un derecho-deber que permitiría, ordinariamente, al administrador acceder a información sensible, es decir, conocer datos que, en el caso de no ser usados como es debido, pueden ocasionar perjuicio al mejor interés social<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Arias Varona, Francisco Javier, "Régimen general del deber de lealtad de los administradores. Obligaciones básicas y conflicto de interés" en la obra colectiva, Recalde Castells, Andrés Juan; Arias Varona, Francisco Javier (Coord.), *"Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital"*. En: *ibros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regimen-general-deber-lealtad-637778461* (Consulta: 10/4/2017).

<sup>79</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad", en la obra colectiva, Hernando Cebriá, Luis (coord.), *"Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de"*

La pregunta que nos hacemos entonces es si el deber de secreto, es propio de una actitud diligente o de una actitud de lealtad por parte del administrador. Es diligente la actitud del administrador que se informa y exige ser informado para poder cumplir con sus obligaciones, y es negligente el administrador que revela la información por mera imprudencia o por no haber valorado adecuadamente la importancia de esa información para la sociedad ni la capacidad lesiva que tendría la misma para el interés social en el caso de ser divulgada. Pero, es fiel y leal el administrador que no desvela esa información. De este modo, constituye una conducta contraria al deber de lealtad la revelación de información societaria secreta cuando se persiga obtener un beneficio propio o para un tercero causando un daño a la sociedad u obteniendo un enriquecimiento injusto. Por ello podemos afirmar que el deber de secreto se encuentra correctamente ubicado en el marco del deber de lealtad<sup>80</sup>.

El deber de secreto aparece por primera vez, como hemos mencionado anteriormente, en la LSA de 1989 la cual en su artículo 127.2 establecía el deber de "guardar secreto sobre informaciones de carácter confidencial". La versión de esta norma tras la LT en su artículo 127. quáter diferenciaba entre el deber de "guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial" y la obligación de "guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del cargo". Esta diferencia se mantuvo en el artículo 232.1 LSC de 2010. La nueva redacción establecida por la Ley 31/2014, no distingue entre secreto y reserva, ni hace alusión a la información confidencial. Ahora hay obligación de guardar secreto sobre lo que antes había obligación de guardar reserva, es decir, sobre informaciones, datos, informes o antecedentes<sup>81</sup>.

Sin embargo, la nueva redacción se refiere a la información a la que haya tenido acceso el administrador y no a la que conozca, por lo que esta haciendo referencia a una información de carácter confidencial, ya que, solo el administrador puede ostentar información reservada de la sociedad la cual es considerada como información confidencial. Por ello, podemos afirmar que aunque la nueva redacción no haga alusión a la información confidencial, dicha obligación de guardar secreto corresponde tanto a información secreta o confidencial, de acuerdo con lo explicado anteriormente, como a otras informaciones que sean consideradas como "secreto", como por ejemplo, secretos industriales, etc...

Hemos de hacer referencia también a la redacción del artículo 232.1 LSC de 2010, el cual se diferencia del actual 228.b debido a que éste establece que el administrador deberá guardar secreto respecto de la información que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, y no en el ejercicio del mismo como establecía el artículo 232.1 LSC.

Tenemos que destacar la STS de 4 de octubre de 2011 la cual establece cuales son los presupuestos para que el deber de confidencialidad el artículo 127. quáter LSA pueda ser exigido a los administradores. Dicha sentencia defiende que solo podrá ser exigido

---

*Capital para la mejora del gobierno corporativo*", Capítulo 5, p. 204.

En: [http://www.academia.edu/24596132/Cap%C3%ADtulo\\_5.\\_Obligaciones\\_b%C3%A1sicas\\_derivadas\\_del\\_deber\\_de\\_lealtad\\_art.\\_228](http://www.academia.edu/24596132/Cap%C3%ADtulo_5._Obligaciones_b%C3%A1sicas_derivadas_del_deber_de_lealtad_art._228) (Consulta: 11/4/2017).

<sup>80</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas derivadas...", cit., p. 205.

<sup>81</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit. p. 206



cuando, la información sea confidencial; que el conocimiento de la información se haya obtenido como consecuencia del ejercicio del cargo aunque no necesariamente en el ejercicio del mismo; que la divulgación de dicha información sea apta para provocar consecuencias perjudiciales para el interés social; que la comunicación se divulgue a terceros; y quién reciba la información no tenga derecho a ser informado<sup>82</sup>.

El artículo 232.1 LSC de 2010 tipificaba expresamente la prohibición de comunicación a terceros o divulgación de la información confidencial al hecho de que tal comunicación o divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Esta circunstancia fue silenciada por la Ley 31/2014, en su artículo 228.b LSC entendiéndose que no hacía falta concretar la prohibición de comunicación a terceros o su divulgación ya que la simple obligación de guardar secreto es una manifestación del deber de lealtad y este exige el desempeño del cargo de administrador con la lealtad de un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Lleva implícito por tanto tales acciones<sup>83</sup>.

Ahora bien, el artículo 228.b LSC impone la obligación de guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso el administrador en el desempeño de su cargo, pero nada dice sobre el uso o utilización por el administrador de esa información aún sin desvelar la misma. En el caso de producirse esto, no sería enjuiciable por violación del deber de secreto, sino que habría que fijarnos en la información utilizada y si dicha información se ha utilizado en provecho propio o ajeno. Sin embargo, es posible que dicha utilización pueda producir que se transfiera a terceros de manera directa o indirecta. En este caso, sí podría llegar a aplicarse la responsabilidad por violación de la obligación de secreto<sup>84</sup>.

Además, la conducta sería también sancionable desde la competencia desleal, por considerarse así la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, siempre y cuando la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto (artículo 13.1 y 2 Ley de Competencia Desleal)<sup>85</sup>.

En cuanto al alcance temporal de la obligación de guardar secreto, el deber de secreto se ha de guardar no sólo mientras se está desempeñando el cargo, sino también cuando se haya cesado en él (artículo 228.b LSC). Debe de quedar claro que la obligación se refiere solo a información reservada o confidencial, por lo que, en caso de que dicha información deje de considerarse como reservada o confidencial, la vulneración de la misma por el ex-administrador no supondría la vulneración de su deber de lealtad.

Ahora bien, ¿cuánto tiempo ha de mantener el ex-administrador esta obligación de secreto? Esto ha sido siempre objeto de polémica, ya que, la doctrina anterior a la

---

<sup>82</sup> STS 4-10-2011 En: <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/108603/sentencia-ts-662-2011-sala-1-de-4-de-octubre-derecho-societario-administradores-deber-de-sec>(Consulta: 11/4/2017)

<sup>83</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit. p. 208

<sup>84</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit. pp. 211-212.

<sup>85</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit. p. 212

reforma de la LSC por la Ley 31/2014, defendía desde que el plazo debería ser indefinido, hasta que el mismo debiera finalizar a los 4 años "a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de administración", basándose en el plazo de prescripción que establece el artículo 949 del Código de Comercio<sup>86</sup>.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 241 bis LSC acaba con este problema estableciendo que "La acción de responsabilidad contra los administradores sea social o individual, prescribirá a los 4 años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse".

Se recoge así en el precepto el principio *actionondum nata non praescibitur* (la acción que todavía no ha nacido no ha podido prescribir) alegado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de noviembre de 2008 y, según el cual, para que la prescripción comience a correr en su contra, la parte que pretende ejercitar la acción debe disponer de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En este sentido también, la STS de 14 de marzo de 2007.<sup>87</sup>

Por lo tanto, la obligación de secreto del ex-administrador tendrá un carácter indefinido, pero el plazo para ejercitar la acción contra cada concreta y particular violación de aquella obligación será de cuatro años desde el día en que hubiere podido ejercitarse, es decir, desde el día en el que se conoce que se haya producido esa comunicación o divulgación de la información.

Ahora bien, esta obligación de secreto no ha de cumplirse siempre ya que cuenta con una excepción. El artículo 228.b LSC establece que "deberá de guardarse secreto salvo en los casos que la ley lo permita o requiera". Por lo tanto, esta obligación estará siempre sujeta a lo dispuesto en las otras normativas.

### 3. El deber de abstención

Como establece el artículo 228.c LSC, "El administrador debe 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".

La formulación de este deber mejora la precedente contenida en el artículo 229.1 LSC de 2010. La vigente expresión de este deber ha ganado precisión porque, además de la reiteración de que la abstención procede en situaciones de conflicto directo o indirecto, se añaden otros criterios que aportan certidumbre a su exigibilidad. El administrador ya no solo deberá abstenerse en la votación del acuerdo sino en su propia deliberación cerrando el debate doctrinal sobre si la abstención del artículo 229.1 LSC abarca solo el voto o también la participación en la deliberación<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Sánchez Calero, Fernando, "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista Derecho Privado*, Madrid, 1994, pp. 112-113

<sup>87</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit. p. 214

<sup>88</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 905.

Asimismo, la abstención se debe observar cuando el conflicto no afecte al administrador personalmente, pero sí a una persona vinculada con él como por ejemplo, el cónyuge el administrador.

Y por último, según la nueva regulación del conflicto de interés, la obligación de abstención no alcanza a los acuerdos o decisiones que afecten al administrador en su condición de tal, como puede ser su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros análogos. El administrador podrá votar en estos. Dicha regulación proviene del ordenamiento alemán.

#### **4. El deber de desempeño con libertad e independencia de instrucciones de terceros**

Como dictamina el artículo 228.d LSC, "Los administradores están obligados a desempeñar sus funciones con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros".

Dicho artículo incorpora una novedad interesante al exigir que los administradores desempeñen su cargo bajo un criterio individual y libre. Puesto que el cargo de administrador es individual, la persona nombrada debe de actuar conforme a lo que considere es un comportamiento leal, y sobre todo, sin verse condicionado por los intereses de otras personas con las que mantenga relación<sup>89</sup>. Deben de anteponer el interés social de la entidad ante cualquier decisión que deban de adoptar en el ejercicio del cargo y, evitar verse afectados por relaciones de dependencia ya que vincularían la actuación del administrador con determinados intereses. Por ello, no pueden estar influenciados por terceros.

La principal característica de esta independencia es la capacidad de los miembros del órgano de administración de extraer sus propias conclusiones tras haber considerado con imparcialidad toda la información y opiniones relevantes, sin ninguna influencia indebida por parte de la alta dirección ni de intereses externos inadecuados<sup>90</sup>.

#### **5. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés**

Con carácter general, el artículo 228.e LSC establece que el administrador ha de adoptar medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Estamos ante una obligación básica porque el artículo 229 LSC se va a encargar de detallar el deber de abstención, que es una expresión particular del deber de lealtad consistente en evitar situaciones de conflicto de intereses.

Esta es la concreción de la denominada por la doctrina "no-conflict rule", según la cual el administrador "resulta obligado a evitar situaciones subjetivamente idóneas para

---

<sup>89</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 906.

<sup>90</sup> Informe del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, "La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias", 2006, p.6. En: <http://www.bis.org/publ/bcbs122es.pdf> (Consulta: 13/4/2017).

generar conflicto de interés o conflicto de deberes (que es lo que previene ya el nuevo artículo 229 LSC) y, de no poder hacerlo, a actuar con transparencia y obtener la correspondiente dispensa de la sociedad (como contempla el reformado artículo 230 LSC)<sup>91</sup>.

Es por ello que la ley no se limita a exigir al administrador que si llega a encontrar en una situación de intereses lo comunique y se abstenga de participar en cualquier decisión relativa a ella, sino que, como medida preventiva, le impone específicamente el deber de eludir tales situaciones.

Finalmente, es el artículo 229 LSC el que establece cuales son los comportamientos de los cuales debe abstenerse el administrador para cumplir con su deber de evitar las situaciones de conflicto de interés. Situaciones que explicaremos a continuación.

Con la nueva redacción dada al texto legal, el legislador unifica varias obligaciones de abstención que hasta ahora se encontraban distribuidas por el articulado legal (utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador en provecho propio; aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio; desarrollar actividades que sean competencia de la sociedad), e incluye nuevas obligaciones no previstas por el régimen que hasta el momento ha estado vigente.

Las nuevas obligaciones de abstención consisten en la prohibición de: realizar transacciones con la sociedad, salvo operaciones ordinarias de escasa relevancia y sin influencia en la imagen fiel del patrimonio; hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados; y 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.

#### *a) Prohibición de realizar transacciones con la sociedad*

La Ley 31/2014 ha recogido, en sede societaria, la regulación de las operaciones vinculadas en el artículo 229.1 a) LSC reclamada desde hacía tiempo por la doctrina.

Con el término "operaciones vinculadas" se conocen aquellas operaciones en las que existe una transacción entre la sociedad y otra parte que tiene capacidad de influencia en el proceso de toma de decisión respecto a la realización de transacción. El término transacción no se debe considerar como un intercambio de cosa por precio, sino cualquier acuerdo o trato realizado entre las partes. Constituyen el prototipo de conflicto de interés de potencial extractivo, puesto que existe un elevado riesgo de expropiación del conjunto de los socios en beneficio de un administrador (o persona relacionada con él) o de unos socios (los minoritarios) en beneficio de otros. En ambos casos, el beneficiario puede acometer la expropiación mediante el uso de de su posición (abuso). La expropiación puede llevarse a cabo, por expresarlo en términos muy sencillos, vendiendo algo que la sociedad no necesita, o, aun necesítándolo, a un precio superior a lo de mercado (o si la sociedad es vendedora, a precio inferior)<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas...", cit., p. 233.

<sup>92</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés", Aranzadi, 2015, p. 91.

El artículo 229.1 a) establece lo siguiente: el administrador debe de abstenerse de "realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, 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".

Cuando el administrador contrata con la sociedad a la que él mismo administra, se genera una situación de existencia de conflicto de intereses. Dicho artículo tiene la finalidad de impedir que el propio administrador anteponga intereses propios o los de las personas vinculadas al mismo a los de la sociedad. Por lo tanto, podemos ver como el deber de lealtad no sólo obliga al administrador a no subordinar el interés de la sociedad al suyo propio, sino que le impone defender exclusivamente ese interés social. Por lo tanto, le impide realizar transacciones en las que, supuestamente, concurren dos intereses contrapuestos, el suyo y el de la compañía, con independencia de que se lesionen o no estos últimos.

Ahora bien, tenemos que analizar el ámbito objetivo y subjetivo de esta prohibición, es decir, que prohíbe realmente el apartado a).

Respecto al ámbito objetivo, lo que se prohíbe es realizar transacciones con la sociedad, es decir, que el administrador debe de abstenerse celebrar negocios de cualquier tipo con la compañía ya sean compras, arrendamientos, ventas, etc...

No obstante, hemos de recordar que de acuerdo con lo establecido en el art. 229.1 a) al administrador no se le prohíbe contratar con la sociedad cuando las operaciones que lleve a cabo sean ordinarias, que se hubiesen concertado en condiciones estándar para los clientes y ser de escasa relevancia económica. Si la operación es ordinaria y se hace en condiciones estandarizadas, el hecho de que exista una contraposición de intereses resulta irrelevante, porque en ningún caso el administrador podrá hacer prevalecer sus intereses a expensas de los de la compañía. Se puede decir que si el conflicto llegará a producirse, quedaría neutralizado. En este sentido, tampoco resulta necesario prohibir aquellas operaciones que supongan una reducida importancia económica porque la dependencia de los intereses de la sociedad a los del administrador no afectaría apenas al patrimonio de la sociedad. Ahora bien, para que se pueda aplicar tal excepción para que el administrador pueda contratar con la sociedad, se requiere cumplir todos los requisitos mencionados anteriormente<sup>93</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo, debemos tener en cuenta que tal prohibición abarca una pluralidad de hipótesis cuyo denominador común es que el administrador realice transacciones con la sociedad, incluyendo los supuestos en los que un tercero actúa en nombre del administrador, o aquellos en los que el administrador actúa mediante persona interpuesta.

De acuerdo con Díaz Moreno, dicha prohibición comprende los supuestos denominados de auto-contratación, es decir, actuando el administrador como representante de la sociedad y en su propio nombre, y cuando el administrador

---

<sup>93</sup> Díaz Moreno, Alberto, "Deber de lealtad y conflicto de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)", 2014, p.2.

En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf> (Consulta: 14/4/2017).

representa también al tercero que contrata con la compañía. Estos supuestos quizás puedan quedar cubiertos por el artículo 228. a) LSC que impide al administrador ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que han sido concedidas. Pero la prohibición también se refiere, y quizás de forma más primordial, a las situaciones en las que el administrador contrata con la sociedad, ya sea directamente o a través de persona interpuesta, sin intervenir él mismo como representante de ésta. Esto supone un gran problema debido a la influencia que tiene el administrador en el proceso de toma de decisiones en el seno de la compañía.

Hemos de mencionar también, que el conflicto de intereses no solo surge cuando el administrador realiza transacciones con la sociedad en interés propio, sino que también surge cuando el administrador realiza transacciones con la sociedad en interés ajeno. Es decir, en el caso de que el administrador prevalezca los intereses de esa persona vinculada a los intereses de la sociedad, existirá conflicto de intereses. Por lo tanto, la prohibición que establece el artículo 229 LSC afectará a aquellas personas consideradas vinculadas al administrador. Aquí tenemos que hacer referencia al artículo 231 LSC el cual establece qué personas se consideran vinculadas a la figura del administrador.

Ahora bien, es perfectamente posible que se produzca un conflicto de intereses cuando la sociedad contrata directamente con un tercero con el que el administrador se encuentra vinculado y comparte intereses, pero en la medida en que el administrador no haya realizado transacción alguna con la compañía no habrá específicamente violación del artículo 229.1 a) LSC. No obstante, su deber de lealtad le impide participar en la deliberación y votación de los acuerdos o decisiones correspondientes a tal operación y debe comunicar que existe un conflicto de intereses en la misma<sup>94</sup>.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 230.2 LSC cabe la posibilidad de realizar tales transacciones con la sociedad cuando la propia sociedad se lo autorice al administrador. Es decir, la sociedad puede asumir esa existencia de riesgo que el artículo 229.1 a) trata de evitar y autorizar así al administrador de realizar esa operación aun existiendo una situación de conflicto potencialmente peligrosa. Dicha dispensa que establece el art. 230.2 LSC debe de aplicarse a casos singulares (determinadas transacciones), impidiendo así autorizar al administrador a realizar transacciones con la sociedad con carácter general.

De acuerdo con el art. 230.2 LSC, tal autorización por parte de la sociedad deberá llevarse a cabo por la Junta General cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al 10% de los activos sociales. El administrador en conflicto no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones en la Junta cuando se delibere sobre la dispensa. El acuerdo de autorización para la misma podrá ser impugnado si lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros de acuerdo con lo establecido en el artículo 204.1 LSC.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la concedan respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la

---

<sup>94</sup> Díaz Moreno, Alberto, "Deber de lealtad...", p. 3



inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso (art. 230.2 LSC).

Aunque la prohibición de operaciones vinculadas y la figura del auto-contrato están muy relacionadas, no deben confundirse, pues la regulación de la primera atiende a la perspectiva "societaria", mientras que la del auto-contrato lo hace a la perspectiva "civil-registral", donde resulta de gran importancia la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>95</sup>.

En este apartado tenemos que hacer mención a la resolución del 3 de Agosto de 2016 por parte de la Dirección General de los Registradores y del Notariado. A continuación vamos a explicar más detalladamente la misma.

Dicha Resolución trata la diferenciación de las situaciones de verdadero auto-contrato que limitarían el poder de representación de los administradores sociales, y las situaciones de simple conflicto de interés en las que no exista auto-contrato, que no lo limitarían.

Entrando en el meollo de la resolución, la misma trata de una venta de una sociedad mercantil de nacionalidad alemana a favor de la esposa del gerente que representaba la sociedad, estando los cónyuges casados bajo el régimen matrimonial alemán de nivelación de bienes, que es similar a nuestro régimen de participación en ganancias, en el que no surge durante el matrimonio un patrimonio común. La DGRN en este caso, califica la situación como de conflicto de interés y no de auto-contrato, diferenciando ambos supuestos, y en relación con estos supuestos de conflictos de interés indirectos que contempla la nueva legislación societaria. Aunque la DGRN admite que están sujetos a una posible impugnación, defiende que su control es exclusivamente judicial, lo que implica excluir que puedan ser objeto de calificación registral considerando que estas situaciones no limitan el poder representativo de los administradores, a diferencia, al parecer, del auto-contrato en sentido propio<sup>96</sup>. Sólo cuando exista auto-contrato, o múltiple representación, en el sentido civil, tendremos un defecto de la relación representativa que impide la escritura/inscripción, pero no en otro caso.

Sin embargo, no fue esta posición la que defendía la propia DGRN en la resolución de 30 de Junio de 2014 donde declaró no inscribible una novación de hipoteca por existir conflicto de intereses, eso sí, añadiendo el matiz de que tal Resolución de 2014 es anterior a la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modificó el art. 229, entre otros. La DGRN admitía que no existía auto-contrato, pero que no era esa la cuestión sino la situación de conflicto la que invalida la actuación del representante, y confirma la calificación negativa. Identifica un defecto representativo sólo por razón del conflicto, no por el auto-contrato.

---

<sup>95</sup> Cabanas Trejo, Ricardo, "Representación de la sociedad, auto-contrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad (a propósito del cambio de opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *Diario LaLey*, N° 8935, Sección Doctrina, 2017, p.1. En: <http://www.laleydigital.es> (Consulta: 15/4/2017)

<sup>96</sup> En: <http://www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-ineficacia-de-las.html> (Consulta: 15/4/2017).

En este sentido, destacamos el siguiente párrafo de la Resolución: "Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Por todo ello, los dos ámbitos, auto-contrato y conflicto de intereses, deben mantenerse separados. Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la LSC y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la LSC"<sup>97</sup>.

Para la DGRN en el ámbito societario debe diferenciarse la situación de auto-contrato de la del conflicto de intereses en la actuación del administrador de una compañía. Es importante diferenciar ambas debido a que en las situaciones de auto-contrato no cabría invocar la extensión del poder de representación de los administradores, ni la protección de los terceros adquirentes de buena fe.

La DGRN para distinguir las situaciones de auto-contrato y las de conflicto de intereses establece lo siguiente: "Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe auto-contratación, ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico. En estos casos es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véanse Resoluciones de 9 de julio de 2014 y 20 de octubre de 2015) que en la valoración de la suficiencia de las facultades del representante debe el notario hacer mención expresa a la facultad de auto-contratar".

De acuerdo con Francisco Mariño, parece que se seguirán incluyendo dentro de los supuestos de auto-contrato y no de conflicto de interés, aquellos en los que sin coincidir la misma persona en las dos partes del negocio, lo hacen terceros que ejercen sus facultades por delegación del mismo y bajo su control, como si el negocio lo realiza un apoderado de un administrador que contrata con el mismo administrador, actúe este en nombre propio o en representación de la sociedad o de cualquier tercero, o con otro apoderado designado por el mismo administrador<sup>98</sup>.

Por otro lado, se considerarían supuestos de conflicto de interés y no de auto-contrato, aquellos en los que la sociedad contrata con quien es su administrador, estando representada en el acto por otro de sus administradores con facultades suficientes.

Que no haya conflicto societario no corrige la necesidad de obtener el acuerdo de la JG desde la otra perspectiva "civil-registral", pues tanto el notario como el Registro de la Propiedad exigirán la previa autorización de la JG cuando el administrador contrate consigo mismo. Pero, a la inversa, cuando haya conflicto, pero no auto-contrato, el control por parte de estos funcionarios se debe excluir<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Cabanas Trejo, Ricardo, "Representación de la...", p. 10.

<sup>98</sup> En: <http://www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-ineficacia-de-las.html> (Consulta: 15/4/2017).

<sup>99</sup> Cabanas Trejo, Ricardo, "Representación de la...", p. 11.

El control notarial/registral debe limitarse a la autorización propia del auto-contrato, verificando que se han cumplido los requisitos exigidos para validar el acuerdo de la JG, sin necesidad de entrar en las condiciones materiales del negocio.

*b) Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas*

El segundo de los supuestos prohibidos por el artículo 229.1 LSC es utilizar el nombre de la sociedad o condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. Es la única interdicción para la que no cabe dispensa (es una prohibición absoluta) nos obliga a comenzar buscando su rasgo distintivo. En la propia redacción del artículo 229.1.b) observamos dos supuestos, los cuales, explicaremos a continuación: utilizar el nombre de la sociedad e invocar la condición de administrador.

La letra b) del actual artículo 229.1 LSC trae a su causa en lo que antes de la Ley 31/2014 constituía el artículo 227 LSC: "Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas". Ciertos autores consideraron que el supuesto de la norma guardaba estrecha conexión con la problemática del "falsus procurator"<sup>100</sup>. Otros vieron en el antiguo artículo 227 LSC una suerte de precepto "arregla todos los conflictos de interés" en el que cabía, entre otros, los supuestos de operaciones vinculadas en los que el administrador (o una parte vinculada a él) era la contraparte -autocontratación en sentido amplio-, incluso supuestos en los que el administrador instruía a un apoderado de la sociedad para que este último firmara un contrato con el administrador a fin de evitar que formalmente fuera evidente la autocontratación.

Otro sector, muy influyente, objetó desde el principio el tenor y el ámbito de aquel antiguo artículo 227 LSC. Se dijo que no se entendía bien la primera parte ("utilizar el nombre de la sociedad") y que la segunda ("invocar la condición de administradores") era excesiva. Se señaló que no había ninguna razón que justificara prohibir a una persona que hiciera pública su condición de administrar e incluso invocarla para lograr mayor credibilidad en determinadas transacciones privadas. Y así se indicaba que no puede ser reprochable que, por ejemplo, el consejero delegado de una sociedad comunicara su condición para facilitar la obtención de un préstamo personal en un banco o conseguir que un propietario le alquilara su piso<sup>101</sup>. Se concluía indicando que lo que no era conforme al deber de lealtad era comprometer la garantía de la sociedad ni explotar su posición de administrador con fines privados, obteniendo, por ejemplo, ventajas de terceros ligadas a transacciones de la sociedad<sup>102</sup>.

Esa crítica fue la base de reformulación del antiguo artículo 227 LSC, y ha dado lugar a la letra b) del nuevo artículo 229.1 LSC. El problema es que las dos conductas a las que se refiere este último precepto podría parecer que ya están prohibidas por otros preceptos tal y como los formuló la Comisión de Expertos y luego refrendó el

<sup>100</sup> Así Sánchez Calero, Fernando, " Los administradores en..." cit., p. 192

<sup>101</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 106.

<sup>102</sup> Paz-Ares, Cándido, "Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 115-116.

Parlamento. En efecto, la primera de ellas (utilizar el nombre de la sociedad para influir indebidamente en operaciones privadas) podría ser un supuesto de operación vinculada en la medida en que la sociedad actúe como garante de operaciones puramente privadas.

La segunda de aquellas (invocar la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas) también podría quedar cubierta por la letra d) del artículo 229.1 LSC ( que prohíbe "obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y de su grupo de asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía") en la medida en que el administrador utilice su posición corporativa para obtener ventajas o remuneraciones de terceros<sup>103</sup>.

Mientras que las letras a) y d) del artículo 229.1 son supuestos en los que cabe dispensa, en la letra b) no es posible tal. Los supuestos del artículo 229.1 b) LSC han de ser tan reprochables, han de chocar de manera tan intensa con la más básica noción de lealtad de los administradores, que ni si quiera sea concebible la posibilidad de dispensa. El empleo del enigmático adverbio "indebidamente" ("influir indebidamente") nos ayudará a la comprensión de aquello. Es cierto que la expresión no es del todo afortunada porque la esencia de la ilicitud no está en el beneficio privado que pueda llegar a obtener el administrador. Donde, en rigor, está la clave de la deslealtad es en el perjuicio que indebidamente puede causarse a la sociedad administrada. Lo que seguramente el Legislador pretendía con "influir indebidamente" es llamar la atención sobre el hecho de que ha de tratarse de una influencia cualificada por el hecho de que el beneficio del administrador comporta un riesgo de perjuicio indebido para la sociedad<sup>104</sup>.

Ahora bien, tenemos que hacer mención a los dos supuestos que figuran en el artículo 229.1.b) que son: utilizar el nombre de la sociedad e invocar la condición de administrador.

El primer supuesto de hecho del artículo 229.1.b) LSC, utilizar el nombre de la sociedad, no está pensando, en realidad, en que el administrador convierta a la sociedad en garante en sentido técnico-jurídico de la transacción privada. Más bien, está referido a la hipótesis de que el administrador haga creer al tercero, en contra de la realidad, que la sociedad, en caso de incumplimiento por parte del administrador, saldrá en su auxilio, o que creará las condiciones jurídicas o económicas que favorecerá la operación entre el administrador y el tercero .

Se trata, pues, del supuesto en que el nombre de la sociedad se utiliza en vano ( sin necesidad o justificación). El administrador, en realidad, no desea ni que la sociedad técnicamente actúe en calidad de garante ni que realice algo previamente que facilite la transacción privada. Si lo quisiera, podría pedirlo (artículo 230.2 en rel. artículo 229.1.b LSC. En realidad lo que quiere es engañar a la contraparte de la transacción. Y, claro, el dolo no encuentra amparo en nuestro ordenamiento ( v. artículos 1102 y 1270 CC)<sup>105</sup>.

Comportamientos como los descritos pueden llegar a causar un perjuicio a la sociedad. La sociedad podría llegar a verse envuelta en reclamaciones, judiciales o

<sup>103</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 106.

<sup>104</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 107.

<sup>105</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 108.

extrajudiciales, del tercero al comprobar que la sociedad o no cubre los incumplimientos del administrador o no ha realizado ciertas actuaciones que, en el caso de haberse hecho, hubieran posibilitado un mayor éxito de la transacción entre el administrador y el tercero.

Este tipo de conductas ataca directamente al corazón mismo de una de las obligaciones básicas del deber de lealtad de un administrador, para la que no cabe dispensa y que no por casualidad el legislador cita en primer lugar en el artículo 228 LSC, el cual dice así: "No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas". Se trata, por tanto, de un uso indebido de tales facultades que pueden producir un perjuicio a la sociedad<sup>106</sup>.

En cuanto al segundo supuesto, se trata de invocar la condición de administrado (corrupción). Dicho supuesto antiguamente se conocía como "mediación onerosa", y que ahora el Código Penal denomina "corrupción en los negocios". Cuando se alega la condición de administrador lo que se está haciendo es acogerse a ella para obtener un beneficio propio que es o posiblemente será un perjuicio para la sociedad.

La mediación onerosa se da cuando el administrador, a cambio de un beneficio, permite que un tercero contrate con la sociedad cuando éste en realidad no debería hacerlo ya que sus condiciones, frente a la de otros operadores, no son las mejores. Y, también cuando debería permitírsele en todo caso porque sus condiciones son las mejores pero el administrador solo le permitirá contratar con la sociedad si accede a pagar un ilícito peaje<sup>107</sup>.

En ambos casos, el perjuicio es para la sociedad ya que, en el primer caso la sociedad está contratando con un tercero el cual ostenta peores condiciones que el resto de operadores por lo que el beneficio a favor de la sociedad va a ser mínimo. Y, en el segundo caso, debido a ese pago que realiza el tercero para poder contratar con la sociedad cuando, en realidad, no debería hacer tal pago, el mismo intentará equilibrar ese "sobrecoste" utilizando, por ejemplo, servicios de menor calidad o bien bajando la calidad de los productos, etc...

*c) Prohibición de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados*

La prohibición de hacer uso de los activos sociales se explica perfectamente desde la perspectiva contractual. Los bienes que se aportan a la sociedad o los que sucesivamente pasen a formar parte de su patrimonio están exclusivamente afectos al fin social. Por ello su uso para fines distintos es contrario al contrato de la sociedad. Nadie puede utilizar activos sociales para algo que no sea obtener beneficios para la sociedad.

Tampoco resulta novedoso que la prohibición afecte no solo a los propios socios, sino también a los administradores. Si la prohibición de hacer uso de los activos sociales hasta ahora no se había explicitado para las sociedades de capital era porque se reputaba obvia: se desprendía de la finalidad típica del contrato de sociedad. No habrá incumplimiento del contrato si el uso de un activo social, como un vehículo o un

<sup>106</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 109.

<sup>107</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 109.

inmueble, forma parte de su "paquete retributivo de administrador" convenientemente aprobado.

Respecto a la aplicación de esta prohibición resulta, en principio, indiferente que el uso de los activos sociales se haga para cubrir necesidades personales de los administradores o se hayan invertido en una operación lucrativa para sí o para un tercero; que haya voluntad de integrar definitivamente el activo en el patrimonio del administrador o de un tercero, o tan solo de manera temporal con voluntad de devolución (salvo que sea instantánea o prácticamente inmediata); que, en caso de devolución, el activo haya experimentado algún tipo de transformación o, por el contrario, permanezca inalterado; o que el uso por el administrador cause perjuicio o no a la sociedad<sup>108</sup>.

Para poder llevar a cabo tal prohibición de hacer uso de los activos sociales tenemos que aplicar dos límites: el primero es la adecuación social; y el segundo, la existencia de circunstancias extraordinarias.

El primer límite es el de la adecuación social, que debe ser entendido y aplicado en un sentido muy restrictivo. Mediante este límite no se pretende justificar lo que hoy quizás pueda considerarse "normal o habitual" en determinados ámbitos o empresas y que, sin embargo, es absolutamente intolerable. No habrá deslealtad cuando se trate de un uso insignificante, incidental o accesorio de un activo social o de un uso inofensivo de un activo de muy escaso valor. Así, no podemos considerar objeto de deslealtad el uso del teléfono de la sociedad para hacer una llamada particular, pero la intensidad del uso o las circunstancias que lo rodean pueden provocar su inacceptabilidad como solicitar constantemente material de oficina y llevárselo a su casa.. La moderación, la ocasionalidad, la intranscendencia y el no abuso es lo que permite distinguir lo tolerable de lo decididamente inadmisibles. Y, por supuesto, infringirá el deber de lealtad el comportamiento del administrador que adquiere un activo o induce su adquisición, aduciendo que es un activo de interés para la sociedad cuando sabe que, por sus características ese activo va a estar infrautilizado, circunstancia que aprovechará él para hacer uso de dicho activo como el alquiler de una casa<sup>109</sup>.

Respecto al segundo límite, igualmente la existencia de circunstancias extraordinarias limita la activación de la prohibición. Podemos considerar que el administrador no ha infringido cuando el uso que hace del activo es necesario para evitar un peligro inminente o imprevisible que amenace con causar un daño desproporcionadamente elevado al administrador frente a lo que cause a la sociedad como por ejemplo, cuando alguien ha sufrido un accidente y se encuentra en estado grave, etc... En cambio, no podemos considerar que no ha cometido infracción el administrador que sabiendo que no va a poder hacer frente al pago de una deuda hipotecaria, utiliza el dinero de la sociedad para pagarla a fin de no perder su casa, aunque haya un excedente de tesorería.

Si la ratio de la prohibición del artículo 229.1.c) LSC radica en que los bienes que se aportan a la sociedad o los que sucesivamente pasen a formar parte de su patrimonio

---

<sup>108</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 124.

<sup>109</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., pp. 124-125.



están exclusivamente afectos al fin social, está claro que resulta irrelevante la naturaleza de dichos bienes<sup>110</sup>.

La prohibición de hacer uso de los activos sociales se extiende, no solo a los activos materiales sino también a los inmateriales. También, por tanto, queda prohibido el uso de derechos de propiedad intelectual e industrial de la sociedad. Y, por supuesto, también aquellos bienes inmateriales conocidos como "know-how" o secretos empresariales (artículo 13 de la LCD). Precisamente la precisión que hace el artículo 229.1.c) LSC a "incluida la información confidencial" debe entenderse hecha a los secretos empresariales. La razón de ser de su tutela jurídica, estriba en su valor como arma competitiva desde el momento en que quien lo posee disfruta de una ventaja en el mercado de la que carecen sus rivales. Habrá secreto empresarial siempre que la información en verdad sea secreta, haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla como tal y, además, tenga valor comercial. Tan marcado es su valor patrimonial que los secretos pueden ser objeto de negocios jurídicos, incluida la licencia<sup>111</sup> [STS 21-10-2005 (RJ 2005, 8274)]<sup>112</sup>.

#### *d) Prohibición de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad*

Esta prohibición es clave en el régimen de los conflictos de interés. Anteriormente, dicha prohibición no estaba considerada como una pieza clave en nuestro país debido a que la redacción legal que tenía creaba desasosiego entre los operadores. Este problema de formulación legal lastró el despegue de la doctrina de las oportunidades de negocio. Sin embargo, ha sido la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, quien ha logrado resolver dicho problema estableciendo ahora una sencilla y clara regla.

La jurisprudencia y dogmática norteamericanas fueron las primeras en detectar que tal prohibición de desviar oportunidades de negocio se trata de una manifestación del deber de lealtad. Fue el American Law Institute quien se ocupó específicamente de tal cuestión. Entendemos como oportunidades de negocio de la sociedad tanto aquellas operaciones y negocios convenientes y necesarios para la realización o desarrollo de la actividad social, como las operaciones y negocios respecto a los que la sociedad ha manifestado su interés, ya que el administrador está al servicio de la sociedad, siempre ha de renunciar, a favor de la sociedad, a aquellas actividades que, en opinión de los órganos sociales, maximicen o puedan maximizar el bienestar de la sociedad<sup>113</sup>.

El motivo para prohibir que un administrador desvíe para sí o para un tercero una oportunidad de negocio que pertenece a la sociedad no descansa en ninguna característica única y singular del ordenamiento norteamericano. Se trata, por el contrario, de cortar la posibilidad de que los administradores lleven a cabo una

<sup>110</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., pp. 125-126.

<sup>111</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 127.

<sup>112</sup> Dicha sentencia entiende que "know-how" es el "Conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, la prestación de un servicio o una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación".

En: [http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc\\_dilluns\\_CP/VidalQuadras\\_Ramon\\_%20Know-how\\_en\\_ES.pdf](http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/VidalQuadras_Ramon_%20Know-how_en_ES.pdf) (Consulta: 21/4/2017).

<sup>113</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 130.

determinada práctica extractiva en perjuicio de la sociedad y de todos sus socios. Esa racionalidad fue apreciada pronto por la doctrina de varios países como Alemania y Reino Unido, y también por la de nuestro país. Más tarde, el Informe Olivencia se hizo eco de la importancia de prever expresamente la prohibición de desvío de las oportunidades de negocio de la sociedad. Dicho Informe definía las oportunidades de negocio como "cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero"<sup>114</sup>. Convertía cualquier actividad económica de un administrador en oportunidad de negocio<sup>115</sup>.

Pero el problema es que con posterioridad al Informe Olivencia todas las redacciones que se han dado a la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio han añadido complejidad innecesaria y, sobre todo, oscuridad. Tres meses después de la emisión del Informe Olivencia, y en concreto el 19 de mayo de 1988, la CNMV aprobaba el llamado "Reglamento Tipo del Consejo de Administración" que aspiraba a reflejar las recomendaciones del Informe Olivencia. Dicho Reglamento fijaba tres criterios para identificar qué oportunidades de negocio correspondían a la sociedad.

El primero era consciente con el Informe Olivencia: "cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero". El segundo era cuando se tratara de "una actividad o inversión en la que haya utilización de medios e información de la compañía". El último criterio indicaba : cuando "sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero en realidad estaba dirigido a la compañía"<sup>116</sup>. Estos criterios impedían a los operadores jurídicos y económicos identificar realmente qué es una oportunidad de negocio "de" la sociedad<sup>117</sup>.

El Informe Aldama de enero de 2003, conciente de la situación, encaraba la materia de forma austera. Dicho Informe proponía que, entre las manifestaciones del deber de lealtad, se tipificara la obligación de "No aprovecharse de las oportunidades de negocio que conozca por su condición de consejero". Pero no parece que la solución satisficiera al Legislador. Así, pocos meses después del Informe Aldama, la Ley de Transparencia engendró, para la Ley de Sociedades Anónimas, la siguiente redacción (que después pasaría a la Ley de Sociedades de Capital): "Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador"<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Informe Olivencia, 8.4 "Uso de activos sociales y oportunidades de negocio", 1989, p. 48.

<sup>115</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 130.

<sup>116</sup> Reglamento del Consejo de Administración, Capítulo IX "Deberes del Consejero", artículo 28.2 "Oportunidades de negocios", p. 15.

<sup>117</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 131.

<sup>118</sup> Ley de Transparencia 2003, Título X, Capítulo IV, artículo 127.2 ter "Deberes de lealtad".

Cuanto más palabras se empeñaba el Legislador en emplear para formular la prohibición de aprovechamiento de oportunidades de negocio, menos claro resultaba qué oportunidades de negocio eran "de" la sociedad y por qué motivos eran "de" ella. Lo evidencia el menguado número de sentencias que sobre el tema hallamos en nuestras bases de datos, y que contrasta con el raudal de resoluciones judiciales de otras jurisdicciones. Por ello la Comisión de Expertos elaboró una nueva redacción sobre las oportunidades de negocio. Dicha Comisión, prudentemente, volvió a la elegancia del Informe Aldama sencillamente "prohibiendo el desvío de las oportunidades de negocio de la sociedad"<sup>119</sup>.

La simplicidad en la formulación de esta prohibición por parte de la Comisión de expertos, evidencia su voluntad de no tener en cuenta los hechos pasados respecto a la regulación previgente y, entendemos de dar por buena la posición doctrinal que ha suscitado mayor consenso. El artículo 229.1.d) finalmente estableció que el administrador está obligado a abstenerse de "Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad". Tal artículo prohíbe al administrador desviar en beneficio propio o de un tercero una oportunidad de negocio que, de acuerdo con las posibilidades y necesidades de la sociedad, podría ser desarrollada y obtenida por la sociedad. Como dicen los tribunales norteamericanos, el aprovechamiento por el administrador de una oportunidad de negocio de la compañía "genera un conflicto entre los deberes de los administradores hacia la sociedad y el interés propio del administrador en explotar para sí la oportunidad de negocio".

Un ejemplo de oportunidad de negocio es que el administrador recibe una oferta para desarrollar un negocio y éste dimite como administrador y constituye una sociedad de la que es el único socio para tal fin. Si el administrador, en su condición de tal, tiene conocimiento de una oportunidad de negocio que, en principio, encaja con el objeto social, debe anteponer el interés social al propio y abstenerse de realizar la oportunidad de ganancia en su favor metiéndola donde pertenece, esto es, dentro del patrimonio social, lo que obliga no sólo a abstenerse de realizar el negocio personalmente, sino a realizarlo a favor de la sociedad. Si el administrador tiene "dedicación exclusiva", es decir, ha aceptado dedicarse exclusivamente a la gestión de la sociedad en su contrato con ésta, no hay duda de que cualquier oportunidad de negocio pertenece a la sociedad. En caso de duda, se presume siempre a favor de la sociedad dicha oportunidad de negocio.

Tampoco hay duda de que estamos ante una oportunidad de negocio que corresponde a la sociedad cuando la propia sociedad haya manifestado su interés en el negocio de que se trate. Si la sociedad indica al administrador que le interesa el negocio de que se trate, éste no podrá apoderarse de dicha oportunidad de negocio. La sociedad puede manifestar su interés, bien a través de las correspondientes instrucciones impartidas al administrador por la Junta General o la Junta de socios (artículo 161 LSC). El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina en la STS 6 de marzo de 1992. También es de interés la STS 3 de septiembre de 2012 la cual considera aprovechamiento de una oportunidad de negocio por un administrador la contratación con un cliente, inmediatamente después de su cese como administrador y respecto de un cliente con quien la sociedad había tenido tratos preliminares.

---

<sup>119</sup> Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, 4.2, artículo 229.d), p. 40.

El administrador no podrá justificar el llevar a cabo el negocio por su cuenta si no ha comunicado la existencia de la oportunidad de negocio a la sociedad y ha solicitado la autorización de la Junta para realizar el negocio por su cuenta en lugar de que sea la sociedad la que lo lleve a cabo.

Excepcionalmente, el administrador podrá aprovechar una oportunidad de negocio para sí cuando quede demostrado que la sociedad no quiere o no puede aprovecharla. De todas formas, es obligación del administrador intentar que la sociedad finalmente pueda aprovecharse de la oportunidad de negocio.

Ahora bien, hemos de señalar que ésta doctrina se desarrolló en el seno de las sociedades de personas y como concreción del deber de lealtad entre socios a partir de la famosísima sentencia del Juez Cardozo en el caso *Meinhard v. Salmon* (N.Y. 1928) donde formuló el deber de lealtad de los socios entre sí. La sociedad creada entre Salmon (socio gestor) y Meinhard (socio financiador) se refería al desarrollo y explotación de un solar en la mejor zona de Nueva York. Lo que hizo Salmon fue renovar el acuerdo de cesión con los propietarios del solar cuando el contrato en vigor iba a expirar. Y como para la renovación no necesitaba ya el dinero de Meinhard, lo hizo solo. Pero el juez Cardozo, confirmando la sentencia de instancia, consideró que la renovación era una oportunidad de negocio que correspondía a la sociedad y que Salmon no podía aprovechar para sí. La sentencia es hoy recordada, no por el fallo, sino por la fórmula utilizada por Cardozo para definir los deberes de lealtad<sup>120</sup>.

*e) Prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño del cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía*

En la letra b) del artículo 229.1 LSC, y en concreto, en el supuesto de "invocar la condición de administrador" deben residenciarse los supuestos de corrupción con independencia de que el que tenga la iniciativa sea el administrador (éste pide) o que la iniciativa parta de un tercero ( y el administrador acepte). Igualmente a los efectos de la aplicación del artículo 229.1.b) LSC debe resultar irrelevante cómo se articule o manifieste el beneficio obtenido por el administrador directamente o con ocasión de un negocio privado.

Paz-Ares defiende que el deber de lealtad esta sometido a dos reglas que son: "ningún conflicto" y "ningún beneficio". En virtud de la primera, el administrador "resulta obligado a evitar situaciones objetivamente idóneas para generar conflictos de interés o conflicto de deberes" y, de no poder hacerlo, a actuar con transparencia y obtener la correspondiente dispensa de la sociedad. La regla "ningún conflicto" tiene una función profiláctica y se justifica como precaución frente al riesgo de que una persona sufra una influencia competitiva (derivada de sus intereses propios o de sus deberes frente a terceros) en la toma de decisiones sujetas a un deber de protección de intereses ajenos. Intuitivamente, la situación de doble retribución -interna y externa- parece dar lugar a una situación de esa índole. No puede ignorarse, que la retribución externa puede llegar a generar una nueva lealtad a favor del accionista que satisface la retribución, eventualmente susceptible de colisionar con la lealtad debida a la sociedad. El riesgo no es, en absoluto, despreciable, y ante él parece que el derecho debe de

<sup>120</sup> Caso *Salmon v. Meinhard*. En: <http://derechomercantiles.es/2011/08/el-caso-mas-famoso-de-la-historia-del.html> Consulta: 23/4/2017).

adoptar medidas razonables para conjurarlo o reducirlo<sup>121</sup>. Paz-Ares criticaba que en la actualidad la regla "ningún conflicto" se haya imperfectamente recogida en el artículo 229 LSC, pero, de prosperar la propuesta de la Comisión de Expertos, las cosas se habrán clarificado notablemente.

Y, respecto a la segunda regla, "ningún beneficio", Paz-Ares dice que el administrador que realmente quiera evitar verse incurso en una situación de conflicto de interés o de conflicto de deberes no debe aceptar ningún beneficio de terceros asociados -directa o indirectamente- al cumplimiento de su cargo. La regla no se circunscribe a las ventajas patrimoniales ilícitas (sobornos, etc...) las cuales, incluso, están tipificadas ahora en el Código Penal. La regla ha de extenderse a cualquier retribución aun cuando no obedezca a un "motivo corrupto". La razón de vedar las retribuciones externas es evidente. El hecho mismo de recibir una ventaja es idóneo para debilitar la posición de autonomía y la libertad o independencia de juicio del consejero. La racionalización de esta intuición común se halla en lo que los sociólogos denominan "norma de reciprocidad", que expresa un conjunto de expectativas en virtud de las cuales la parte que allega un recurso a otra fuerza obliga a ésta a retornarle el favor<sup>122</sup>.

El peligro que se trata de paliar con la regla "ningún beneficio" y, en definitiva, con la prohibición de las retribuciones externas es justamente el peligro del agradecimiento, que puede materializarse en faltas conscientes o inconscientes de independencia o imparcialidad.

Por tanto, el espacio natural del artículo 229.1.e) LSC es el que aquellas ventajas o remuneraciones que sin propósito corrupto, pueden, por las circunstancias, llegar a poner en peligro la independencia que requiere el cargo de administrador. La razón de la prohibición radica en que el administrador puede verse inclinado -consciente o inconscientemente- a comportarse con reciprocidad, esto es, a portarse bien con aquel que previamente había mostrado su deferencia 36. En nuestra cultura se considera que es de buena educación ser agradecido. Y, en principio, nada hay de malo en ello. El artículo 229.1.e) LSC en modo alguno pretende generar una cultura de ingratitud. Lo que se quiere es llamar la atención (y evitar) que, consciente o inconscientemente, el administrador se muestre agradecimiento a costa no del propio patrimonio, sino del patrimonio ajeno (el de los socios), tomando decisiones que no son las que tomaría un diligente empresario. Es más cómodo disparar con pólvora del rey que con la propia. Y es aquí donde está el riesgo de extracción de rentas ajenas, de las rentas que legítimamente pertenecen a los socios<sup>123</sup>.

No es necesario probar, pues, que el administrador fue parcial en su toma de decisiones. La infracción de su deber de lealtad acontece desde el mismo instante en que el administrador se puso él mismo en riesgo de conflicto de interés al aceptar un beneficio o remuneración procedente de un tercero. El mejor medio para atajar ese riesgo de parcialidad es la transparencia. El mero hecho de que un administrador declare que le han ofrecido un cierto beneficio hará que él mismo refrene cualquier tipo de

<sup>121</sup> Paz-Ares, Cándido, "La anomalía de la retribución externa de los administradores", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º1, 2014, pp. 6-7. En: <http://www.indret.com/pdf/1037.pdf> (Consulta: 23/4/2017).

<sup>122</sup> Paz-Ares, Cándido, "La anomalía...", cit. pp. 8-9.

<sup>123</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p.



tentación o inclinación; y, además, a partir de ese momento, se sabrá observado en la toma de decisiones que pueda afectar a aquella persona de la que recibió el beneficio<sup>124</sup>.

*f) Prohibición de actividades competitivas*

El último de los supuestos específicamente prohibidos por el artículo 229.1 LSC es, paradójicamente, el primero, y durante mucho tiempo el único, de los supuestos de conflicto de interés regulados por nuestra legislación histórica de las sociedades de capital. Ya lo recogían lo que podríamos denominar leyes societarias de primera generación: el artículo 83 II de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (aunque más que como prohibición, como supuesto de causa de cese del administrador) y el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953. Y desde entonces hasta ahora, dicha prohibición se ha mantenido de manera ininterrumpida pasando por la Ley de Transparencia de 2003 y la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El ordenamiento jurídico español ha sido consciente del problema que puede ocasionar el hecho de que los administradores sociales se dediquen a actividades empresariales que compitan con las desarrolladas por la sociedad que gestionan y administran.

En principio podría pensarse que la Comisión de Expertos y después la Ley 31/2014 han intentado transformar por completo la prohibición de competencia. Para llegar a esa conclusión bastaría con comparar el actual tenor del artículo 229.1.f) LSC (y el artículo 230.3 LSC) con el previgente artículo 230. Pero los operadores jurídicos saben que se han producido pocos cambios sustantivos al respecto. Básicamente lo que se ha hecho es plasmar lo que la doctrina y, desde luego, los tribunales venían entendiendo y aplicando al leer el antiguo 230. Esa doctrina y jurisprudencia es lo que ha tenido en cuenta la Ley 31/2014, y no la *Companies Act* la cual carece de una prohibición expresa de competencia, aunque, en todo caso, los administradores tienen prohibido competir.

Por esa razón, acierta la flamante sentencia de 27-5-2015 de la Audiencia Provincial de Valladolid cuando dice: "la nueva redacción del deber de lealtad del administrador, en su vertiente de prohibición de competencia, no añade nada en lo esencial a la normativa vigente hasta el 24 de diciembre de 2013". De esta manera se ha salvado la unión que había entre la literalidad de la norma y la realidad de su aplicación, y los primeros en agradecer esto son los administradores, ya que son los destinatarios primarios de la prohibición. Y también los tribunales, que ya no necesitarán recurrir constantemente a la doctrina del Tribunal Supremo para justificar por qué el previgente artículo 230 LSC no podía ni debía aplicarse al pie de la letra<sup>125</sup>.

El motivo por el cual los administradores están sujetos a dicha prohibición de competencia no consiste en blindar a la sociedad de toda competencia. Cualquier persona puede competir con la sociedad salvo el administrador, ya que el administrador posee mucha información decisiva de la propia sociedad y eso supondría una situación de franca vulnerabilidad para la sociedad. Además el administrador que hace

<sup>124</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 144.

<sup>125</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 145.



competencia a la sociedad, lo más probable es que no persiga los intereses de ésta con la misma tenacidad ya que velará antes por su propio interés. La finalidad de la prohibición necesariamente ha de determinar el alcance de la prohibición, y es la Ley 31/2014 la que ha fijado esto<sup>126</sup>.

La letra f) del artículo 229.1 LSC contempla dos supuestos respecto a la interdicción de competir: la prohibición de competencia efectiva, que está pensando para los administradores de la sociedad tutelada; y el llamado "conflicto permanente", que está dirigido a los consejeros que, no compitiendo, han sido designados mediante el sistema de representación proporcional por un socio que compite con la sociedad de la que forma parte.

Respecto a la competencia efectiva, el anterior artículo 230.1 establecía: "Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social...". Esta redacción fue tomada por la LT de 2003 del artículo 65 de la LSRL de 1995. Esta redacción generó polémica a la hora de determinar el alcance de la prohibición, ya que algunos defendían que para determinar ese ámbito lo decisivo es el objeto social establecido en los estatutos con independencia de que las actividades allí fijadas se ejercitaran o no. Y otros defendían que lo determinante son las actividades verdaderamente desarrolladas por la sociedad. Ya sabemos que en sede de conflicto de interés, hay que estar a la realidad y no a la literalidad del peligro de prácticas extractivas. Y así lo entendía la doctrina mayoritaria desde siempre<sup>127</sup>.

Pero ha sido directamente el TS el que ha asumido el máximo protagonismo a la hora de determinar el alcance de la prohibición. Primero fue la STS de 12-6-2008, en cuyas palabras está precisamente el origen directo de la mención a competencia "actual o potencial" que ahora hace el actual artículo 229.1.f) LSC: "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". Y pocos meses después vino la STS 5-12-2008 que, fijando doctrina en interés casacional, señaló: "La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas"<sup>128</sup>.

La Ley 31/2014 sencillamente ha reflejado lo que la doctrina jurisprudencial manifestaba respecto al alcance de tal prohibición de competencia.. Se indica que ha de ser "efectiva" lo que significa que la competencia ha de versar sobre actividades realmente llevadas a cabo por la sociedad tutelada, y no simplemente contenidas en el objeto social . La Ley 31/2014 ha suprimido el insidioso ap. 2 del antiguo artículo 229 el cual ponía en duda el alcance del mismo. Aquel artículo 229 establecía "Los

<sup>126</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 146.

<sup>127</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 147.

<sup>128</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 149.

administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan"<sup>129</sup>.

En cuanto al conflicto permanente, la referencia que se le da al mismo es precisamente la que los tribunales utilizaron en el caso que enfrentó a FCC con uno de sus socios, Acciona (Sentencia de la AP de Barcelona de 14-12-2005). La referencia a "de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad" está diseñada para supuestos en los que un socio habitual o constantemente entra en competencia con la sociedad de la que es socio y pretende designar miembros en el consejo de administración por el derecho de representación proporcional. Se disipan así las dudas planteadas por algunos de los primeros comentaristas de la Ley 31/2014 sobre el alcance de la referencia al "conflicto permanente"<sup>130</sup>.

Ahora bien, la introducción de este supuesto en sede de conflicto de intereses (artículo 229 LSC) comporta una ventaja sobre el régimen anterior. Antes de la Ley 31/2014, la carga de la reacción recaía sobre la junta. Esta tenía que basarse en el artículo 224.2 LSC para cesar a los consejeros designados. Ahora, y esto sí es un gran cambio, la carga se pone en el consejero o, mejor dicho, en el que tiene el dominio del hecho: el socio que mediante el sistema de representación proporcional le quiere designar. En el momento en el que formule ante la sociedad su petición de designación deberá advertir que él, el socio, es competidor de la sociedad (ex artículo 229.3 LSC), es decir, una comunicación de conflicto de interés con todo lo que eso comporta<sup>131</sup>.

Realizada la declaración de conflicto de interés por parte del socio que hace uso del derecho de representación proporcional, si la junta no procede a cesarlos de inmediato, ello debe considerarse equivalente al acuerdo de concesión de dispensa del artículo 230.3 LSC. Pero si para evitar el riesgo de que la junta proceda al cese inmediato del consejero designado, el socio omite la comunicación del conflicto de interés, puede incurrir en responsabilidad frente a la sociedad. Aquel socio es el que tiene el dominio del hecho, él es el que manda, el que decide, y es él el que debe de responder. En cuanto a la dispensa, la obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtener de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la Junta General. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la Junta General resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

El administrador vulnera la prohibición de competencia por el hecho de dedicarse a una actividad idéntica, análoga o complementaria a la del objeto social de la sociedad, sin contar con la autorización de la Junta de socios. También se considera que existe competencia cuando se desarrolle una actividad no idéntica o similar pero que dañe los intereses de la sociedad. Esta actividad puede desarrollarse tanto de forma directa y

<sup>129</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 150.

<sup>130</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 153-154.

<sup>131</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 156.

personal por el administrador como de forma indirecta a través de sociedades en las que éste participe como socio, trabajador por cuenta ajena o directivo<sup>132</sup>.

Según la STS de 26 de diciembre de 2012, la vulneración de la prohibición de competencia tiene lugar por la mera dedicación del administrador a una actividad idéntica, análoga o complementaria a la del objeto social de la sociedad, sin autorización de la Junta.

Por último, el incumplimiento supondrá la obligación de indemnizar a la sociedad por los daños causados así como la devolución del enriquecimiento injusto que se obtenga. La acción deberá ejercitarse en un plazo máximo de 4 años desde que se conoce el incumplimiento.

### C) Régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad

Una de las novedades más importantes que introduce la reforma del deber de lealtad por la Ley 31/2014, se establece en el artículo 230 LSC que ha pasado a titularse régimen de imperatividad y dispensa.

El artículo 230 LSC nos dice en primer lugar, que el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. Esta imperatividad del deber de lealtad implica que no se trata de una materia dispositiva y que no puede verse sometido, según nos dice Sánchez-Calero, a una configuración estatutaria que limite, trivialice o sea contraria a ese carácter<sup>133</sup>. Ha de impedirse que la regulación legal sustantiva pueda ser derogada o trivializada de cualquier otra forma, y ello por dos razones fundamentales que se encuentran en el ámbito interno y externo.

En primer lugar, en el ámbito interno, debido a que si los socios acuerdan eximir al administrador de sus deberes de lealtad, en realidad, le están exonerando de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento, lo cual es contraria a la idea de compromiso por parte de éste. La segunda razón se proyecta en el ámbito externo, la cual consiste en que la renuncia a la protección de la lealtad equivale a configurar atípicamente la propiedad sobre los activos cuya gestión se confía al administrador. Pero ese principio de indisponibilidad o imperatividad ha de ser compatible, sin embargo, con un principio de dispensabilidad *ad hoc*<sup>134</sup>.

Para resolver cualquier duda respecto a qué significa ese carácter imperativo, el artículo 230.1 LSC establece que las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias al deber de lealtad no serán válidas. Esta imperatividad del deber de lealtad no supone un impedimento para que todas y cada una de sus manifestaciones tengan el mismo grado de imperatividad. No imponen a los administradores prohibiciones absolutas de conducta, de hecho, cada una de esas manifestaciones del deber de lealtad requiere de un tratamiento *ad hoc*. Por ello, podemos afirmar que ello es conveniente,

<sup>132</sup> Portellano Díez, Pedro, "El deber de los...", cit., p. 156.

<sup>133</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 911.

<sup>134</sup> Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber de lealtad", *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº39, 2015, p. 57. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766> (Consulta: 2/4/2017).

pues no tendría sentido poner trabas o impedir operaciones potencialmente productivas y rentables para la sociedad. Debido a esto, se contempla un régimen de dispensa.

En este sentido, el apartado dos del artículo 230 LSC recoge esa compatibilidad entre la dispensabilidad *ad hoc* y el carácter imperativo. En cuanto al fundamento legal, la imperatividad del deber de lealtad tiene como finalidad proteger o defender a los socios, los cuales podrán prescindir de esa protección en base a su autonomía negocial y atendiendo a las específicas circunstancias. Por lo tanto, esa imperatividad si es dispositiva para los socios, pero el alcance es limitado, por lo que nos encontramos con un régimen de imperatividad flexible, cuyo mecanismo legal no es otro que la dispensa. El Informe Aldama ya hacia referencia a establecer una imperatividad flexible<sup>135</sup>.

En cuanto a las obligaciones básicas del deber de lealtad del artículo 228 LSC, encontramos por primera vez esa imperatividad flexible de la que hablabamos ya que, con carácter general, son todos los deberes imperativos con la excepción de la obligación de guardar secreto la cual es posible levantar esa prohibición y hacer uso de la información confidencial, y también, con la excepción de la obligación de adoptar medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés.

Como dice Sánchez-Calero, la dispensa será siempre excepcional por ser especial, esto es, por referirse a casos singulares. Ha de descartarse la posibilidad de dispensas genéricas a favor de un determinado administrador, o proyectadas sobre operaciones, negocios, etc... El objeto de la dispensa es la observancia de cualquiera de las concretas prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 LSC. La concesión de la dispensa supone autorizar expresamente que el administrador pueda realizar una operación que está prohibida con carácter general. El beneficiario directo de la dispensa puede ser un administrador, pero también puede serlo una persona vinculada con él, afectada por la prohibición contemplada en el artículo 292. LSC<sup>136</sup>.

La Comisión de Expertos ha estimado que la competencia para impartir la autorización debe ser atribuida a la Junta General solo en los supuestos más graves. Haciendo suya la propuesta, el legislador los ha concretado en los tres siguientes: en primer lugar, cuando tenga por objeto la dispensa de la obligación de no competencia (artículo 230.3 LSC); en segundo lugar, se refiere a la prohibición de retribuciones externas de administradores, es decir, cuando se trate de la remuneración que no corresponde al cometido inherente al cargo; y en tercer lugar, cuando afecte a una transacción vinculada cuyo importe exceda un determinado porcentaje, el 10% del valor de los activos de la compañía (artículo 230.2 LSC)<sup>137</sup>.

En el resto de supuestos, la ley de reforma ha admitido que la dispensa puede ser concedida por el órgano de administración u otra instancia de la sociedad formada única y exclusivamente por administradores independientes (artículo 230.2 LSC), es decir, que no estén ligados o contaminados con los administradores afectados por lazos o

---

<sup>135</sup> Informe Aldama, 2.2, 2003, p. 24.

<sup>136</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 912.

<sup>137</sup> Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber...", cit., p. 58.

vínculos especiales, más allá de los naturales que deriven de las relaciones de trato y colegialidad propios de la pertenencia al mismo órgano<sup>138</sup>.

Por último, tenemos que hacer referencia al cese del administrador cuando el mismo se beneficie por una dispensa. Se trata de un administrador que inicialmente se vio favorecido por el régimen de dispensa y que en la ejecución de la operación se advierte que el riesgo de perjuicio para la sociedad no es solo ya probable, sino que puede llegar a ser relevante. El último párrafo del artículo 230.3 LSC autoriza a cualquier socio a proponer a la Junta General el cese del administrador. Este supuesto es una concreción del supuesto general de cese de los administradores, que no reclama constancia previa en el orden del día (artículo 223 LSC) y del especial de cese de los administradores con intereses contrapuestos a la sociedad (artículo 224.2 LSC)<sup>139</sup>.

La propuesta de cese del administrador no se trata de un derecho de minoría, sino una iniciativa al alcance de cualquiera de los socios. El socio que solicita tal propuesta de cese es a quien le corresponde alegar y acreditar ese riesgo que pueda llegar a sufrir la sociedad. Eso sí, el administrador podrá votar en esa propuesta de cese de acuerdo con lo establecido en el artículo 228.c) LSC el cual dice "se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado".

#### **D) Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte**

La finalidad de este trabajo no es realizar un análisis de la responsabilidad de los administradores pero, consideramos necesario hacer un breve apunte sobre la misma. La reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, también se ocupa de sistematizar las consecuencias de la infracción del deber de lealtad.

Tenemos que hacer mención al artículo 227.2 LSC el cual atribuye a la sociedad, no sólo la acción de daños -ejercitable a través de la acción social de responsabilidad-, sino también la acción de enriquecimiento injusto. El artículo 232 LSC aclara que el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador desleal "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".

El administrador habrá infringido los deberes inherentes al desempeño de su cargo y habrá de indemnizar los daños causados pero, además, habrá de reintegrar a la sociedad aquello en lo que se hubiera enriquecido.

Un gran acierto llevado a cabo por la reforma ha sido extender el régimen de responsabilidad de los administradores a personas vinculadas al mismo (artículo 236 LSC) y que se facilite la interposición de la acción social de responsabilidad (artículo 238 LSC) ya que, se ha reducido la participación necesaria para obtener legitimación

---

<sup>138</sup> Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber...", cit., p. 58.

<sup>139</sup> Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores...", cit., p. 916.

respecto al régimen anterior, y se permite interponerla directamente sin necesidad de acuerdo de la Junta en los casos de infracción del deber de lealtad (artículo 239.1 y 2).

Sin embargo, Paz-Ares sigue siendo crítico con ciertos aspectos de la reforma. Critica la extrema dificultad con que se encuentran los accionistas para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores. El accionista o accionistas que deseen litigar tienen que obtener primero una resolución de la Junta General denegando el ejercicio de la acción por la sociedad, y en todo caso, poseer, al menos, "una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta General", esto es, nada más y nada menos, que el 5% del capital social, la cual la tacha de una barrera prácticamente infranqueable debido a que el prototipo de accionista minoritario de esta clase de sociedades no posee jamás un paquete de ese porte, ya que si lo poseyera probablemente estaría sentado en la mesa del Consejo<sup>140</sup>.

Por otro lado, la insuficiencia en la identificación de los destinatarios del deber de lealtad es otro déficit o imperfección que ha pretendido corregir la nueva norma. Paz-Ares dice que aquí era necesario extender el régimen de responsabilidad a todas aquellas personas que, aún sin ostentar la posición formal del administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. La extensión alcanza en la reforma a las personas físicas que representan a los administradores personas jurídicas (artículo 236.5 LSC); al más alto directivo cuando se le ha situado fuera del consejo de administración (artículo 236.4 LSC); y, sobre todo, a los administradores de hecho.

La noción consagrada ahora por el artículo 236.3 LSC engloba, no solo a los que tradicionalmente se reputaban como tales, es decir, aquellos que ejercían funciones de administrador sin serlo, sino también a los conocidos como "administradores ocultos" que se definen, según la Comisión de Expertos, como aquellas personas "bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad"<sup>141</sup>. Este cambio ha sido un gran acierto por parte de la reforma.

Por último, en cuanto a la prescripción, el artículo 241 bis establece que "la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse".

## 5. CONCLUSIONES

Esperamos con este trabajo haber resuelto cuales han sido los cambios que han sufrido los deberes de diligencia y de lealtad tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

A través de la nueva redacción que realiza la Ley 31/2014, el legislador ha pretendido completar la enunciación de la cláusula general del deber de diligencia, así como reforzar la seguridad jurídica mediante la introducción de la Business Judgment Rule, y realizar una completa regulación del deber de lealtad para asegurar el buen gobierno de las sociedades. Se tipifican más específicamente los deberes de diligencia y de lealtad y los procedimientos que se deberían seguir por conflicto de intereses. A

<sup>140</sup> Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber...", cit., p. 60.

<sup>141</sup> Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber...", cit., p. 58.



continuación, vamos a exponer las conclusiones a las que hemos llegado tras el análisis de estos deberes:

Respecto al deber de diligencia, como hemos mencionado anteriormente, la Ley 31/2014 completa la formulación general del deber de diligencia (art. 225) debido a que este deber no había evolucionado demasiado desde su primera aparición en el artículo 79 LSA de 1951. Este deber se modifica con el objetivo de que la diligencia quede delimitada y graduada, la cuál variará según el cargo y funciones del administrador, modulándose su exigibilidad.

Para ello, en el apartado uno se incluyen dos nuevos elementos para concretar el estándar de diligencia debida en cada caso, que son la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores.

Respecto a la naturaleza del cargo, este cambio fue realmente importante ya que anteriormente a la hora de exigir responsabilidad al administrador no se tenía en cuenta la posición que tenía el mismo en el órgano de administración, por lo que se consideraba igualmente responsable al presidente ejecutivo como al consejero común, y esto suponía un auténtico disparate ya que el consejero común no puede ostentar la misma información sobre la marcha de la sociedad que el presidente ejecutivo, no puede esperarse idéntica diligencia entre ambos.

En cuanto a las funciones, la explicación es la misma que anteriormente pero en lugar de tener en cuenta la naturaleza del cargo, se debe de tener en cuenta las funciones atribuidas a cada uno de los administradores, es decir, hay funciones las cuales requieren de una mayor diligencia por parte del administrador como custodiar la documentación de la sociedad.

Por otra parte, el apartado dos del artículo añade, respecto a la legislación anterior, un deber de adecuada dedicación y un deber de vigilancia o supervisión. Se exige que el administrador tenga una adecuada dedicación, esto es, solo puede ser diligente quien esté en condiciones de hacer frente a la gestión de la sociedad y para ello se requiere que el administrador goce de capacidades técnicas, es decir, conocimientos técnicos para poder desempeñar correctamente su cargo. Por lo tanto, se exige una mayor profesionalización por parte del administrador. Este cambio no lo consideramos tan importante ya que antes de regularse por primera vez en la Ley 31/2014, ya estaba considerado en distintos informes de gobierno corporativo.

En cuanto al deber de vigilancia o supervisión, no están regulados expresamente como tales, pero si están considerados por parte de los informes del gobierno corporativo como parte integrante del deber de diligencia. Supone un gran cambio ya que esto requiere que el administrador deberá supervisar y controlar que la dirección de la sociedad cumple con los objetivos marcados y respeta el objeto e interés de la sociedad velando así siempre por el interés de la misma.

Por otro lado, tenemos que hacer mención al apartado tres del artículo, el cual también supone un gran cambio a nuestro modo de ver respecto a lo establecido en la legislación anterior. Se elimina que cada administrador deba informarse de la marcha de la sociedad diligentemente y se establece ahora el deber de exigir y el derecho de recabar información. Este cambio es muy importante ya que con esta nueva redacción se

refuerza la idea de que el administrador no solo tiene el deber y la obligación de informarse sobre el funcionamiento o la gestión de la sociedad, sino que tiene el derecho de solicitar la información que él considera necesaria para que pueda desempeñar su cargo correctamente y que, por lo tanto, la sociedad está obligada a proporcionarle dicha información. De esta manera, podrá ejercer su cargo con mayor diligencia al tener constancia de todos los movimientos y de la situación en la que se encuentra la sociedad, lo que supone un cambio clave para el cumplimiento de este deber.

Y, por último, tenemos que señalar, a nuestro modo de ver, el cambio más importante establecido por la reforma, que es la incorporación en el artículo 226 LSC de la Business Judgment Rule. Esto, sin duda, ha supuesto un grandísimo cambio respecto a los administradores ya que, sin indagar demasiado, la finalidad de la misma es revisar el alcance de la responsabilidad de los administradores y dotarla de cierta seguridad jurídica para que de esta manera no puedan verse afectados en caso de asumir "riesgos normales" en el desempeño de sus cargos. Esta regla fomenta que los administradores puedan asumir riesgos empresariales sin ningún tipo de consecuencia (siempre y cuando éstos sean acordes al estándar de diligencia de un ordenado empresario) y así evitar que los administradores tengan miedo a la hora de asumir riesgos empresariales debido a las consecuencias que anteriormente suponía. Trata, en definitiva, de proteger el riesgo empresarial existente en la toma de decisiones, para que así puedan adoptarlas teniendo en cuenta exclusivamente el interés de la sociedad y lograr el mayor beneficio posible para la misma.. Esta regla aboga por una mayor innovación y movilidad por parte de las sociedades.

En lo que concierne al deber de lealtad, regulado ahora en el artículo 227, se produce un cambio respecto a la regulación anterior. Sustituye la expresión de que los administradores deben desempeñar el cargo "en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad" por la que de deben de obrar "de buena fe en el mejor interés de la sociedad". Supone un gran cambio ya que lo que nos quiere decir el legislador es que lo primordial es que el administrador actúe siempre a favor del interés de la sociedad, eludiendo cualquier otro interés, por lo que resta importancia al interés social (interés de los socios). El administrador debe de adoptar aquella decisión que sea la más rentable para el interés de la sociedad sin tener en cuenta que la misma pueda perjudicar otros intereses.

Además, en el apartado dos de este mismo artículo añade que, la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio de la sociedad, sino que también la de devolver a ésta el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador, es decir, tendrá que devolver la cuantía de la que se haya beneficiado a causa de ese daño.

Otro de los cambios a destacar respecto al deber de lealtad es la enumeración de las obligaciones básicas del deber de lealtad en un único artículo (art. 228) a diferencia que en el régimen anterior y, además, se han añadido nuevas obligaciones con la reforma. Se han añadido la prohibición de facultades con fines distintos para los que fueran concedidas, y el deber de ejercicio del cargo con independencia; añadiéndose así al deber de secreto; el deber de abstenerse de participar en decisiones que impliquen un conflicto de interés, y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. De esta

forma, el deber de lealtad se completa como solicitaban los informes de gobierno corporativo.

Queremos destacar la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés ya que con la reforma el legislador ha unificado en un mismo artículo varias obligaciones de abstención que hasta ahora se encontraban distribuidas por todo el texto legal, como aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio, etc, y además, ha incluido nuevas obligaciones de abstención como realizar transacciones con la sociedad, etc... (art. 229).

No vamos a tratar todos los cambios que se producen en todas éstas obligaciones ya que sería demasiado extenso y están explicadas a lo largo del trabajo, pero la conclusión sería, como hemos mencionado anteriormente, que el deber de lealtad queda ahora mucho más perfeccionado y completo que en el régimen anterior por lo que de esta manera se consigue aumentar esa seguridad jurídica y transparencia en los mercados aumentando la eficacia del deber de lealtad detallando las obligaciones básicas como proponían el Informa Olivencia y Aldama con el objetivo de definir las pautas de actuación concretas, ya que de esta manera facilitan el trabajo de quienes deben de velar por su cumplimiento y especialmente el de los jueces a la hora de juzgar las actuaciones de los administradores.

Otro de los aspectos a destacar del régimen de lealtad es que el nuevo artículo 230 LSC establece ahora un régimen de imperatividad y dispensa para el mismo. Consiste en que las obligaciones del artículo 229.1 LSC podrán ser incumplidas por parte del administrador siempre que hayan sido autorizados por la Junta o el Consejo de Administración, es decir, supone autorizar expresamente al administrador para que pueda realizar una operación que está prohibida con carácter general. Se suelen dar en casos que supongan una gran oportunidad de negocio para la sociedad, etc... No obstante, esta dispensa general no cabe para la autocontratación o el aprovechamiento de las oportunidades de negocio. Este cambio también era defendido por los informes de gobierno corporativo.

Por último, hemos de destacar también el cambio que realiza la reforma respecto a la extensión subjetiva del deber de lealtad en el artículo 236 LSC añadiendo los apartados 3, 4 y 5 respecto al régimen anterior. El cambio más importante que se ha introducido aquí es la inclusión de los administradores de hecho, también conocidos como "administradores ocultos", que son los que se encargaban de gestionar la sociedad desde el anonimato. De esta forma, la reforma acaba con ese problema que tan común era en las sociedades equiparando ahora la responsabilidad tanto para los administradores de derecho como de hecho. Otros de los cambios que se introducen aquí es que ahora se equipara también para las personas físicas que representan a los administradores persona jurídica, y el alcance al más alto directivo cuando se le ha situado fuera del consejo de administración.

Otro de los cambios ha destacar respecto al régimen de responsabilidad es que se limita su aplicación a aquellos casos en los que el administrador haya incurrido en dolo o culpa, presumiéndose la culpabilidad, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la Ley o a los Estatutos. Y también respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad la cual se podrá ejercer de forma directa

por el socio/s titular/es de al menos el 5% del capital social en caso de infracción del deber de lealtad.

En definitiva, dicha reforma nace para adecuar nuestra legislación a las exigencias del gobierno corporativo. No podemos olvidar que son estas normas las que condicionan la actividad de las sociedades cotizadas, más que la LSC, y eso es así porque el gobierno corporativo es un derecho que evoluciona más rápidamente que las normas jurídicas. Echando la vista atrás, hace muchos años estas ideas parecían normas que iban a tardar muchísimo más tiempo en incorporarse, pero como ya hemos visto, la mayoría ya son una realidad. Otros cambios que podría haber incorporado esta reforma podría haber sido, por ejemplo, establecer un mínimo de mujeres en consejos de administración para fomentar la igualdad en los órganos de las sociedades; reducir ese 5% que hemos mencionado anteriormente ya que es realmente difícil poseer un paquete de acciones de ese calibre, etc...

De todas formas, son muchas las novedades introducidas por la reforma, y la mayoría bien introducidas adaptándose a nuestros tiempos, por lo que ya habrá tiempo de introducir nuevas ideas. Parece evidente que ésta no va a ser la última reforma, sino que vendrá acompañada en el futuro de muchas más para poder adaptarse a la realidad del momento, ya que las sociedades evolucionan constantemente y a una velocidad cada vez mayor.



## **6. ABREVIATURAS**

**LSC** - Ley de Sociedades de Capital

**LSA** - Ley de Sociedades Anónimas

**TRLSA** - Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

**LSRL** - Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

**LMV** - Ley del Mercado de Valores

**LT** - Ley de Transparencia

**CNMV** - Comisión Nacional del Mercado de Valores

**LCD** - Ley de Competencia Desleal

**CC** - Código Civil

**TS** - Tribunal Supremo

**STS** - Sentencia del Tribunal Supremo

**SAP** - Sentencia de la Audiencia Provincial

**PMC** - Propensión Marginal al Consumo

**DGRN** - Dirección General de los Registros y del Notariado

**Vid.** - Vide

**P.** - Página

**PP.** - Páginas

**Nº** - Número

**Art.** - Artículo

**Arts.** - Artículos

**Cit.** - Citado

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### A) Autores de libros

- Hernando Cebriá, Luis, "El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales", Madrid, 2009.
- Paz-Ares, Cándido, "Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- Portellano Díez, Pedro, "El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés", Aranzadi, 2015.
- Quijano González, Jesús, "La responsabilidad Civil de los administradores de la sociedad anónima", Valladolid, 1985.
- Recamán Graña, Eva, "Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis", 2016, Aranzadi.
- Sánchez Calero, Fernando, "Los administradores en las sociedades de capital", Edición 2, Thomson Civitas, 2007.
- Vicent Chuliá, Francisco, "Introducción al Derecho Mercantil", 23ª Edición, Volumen I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad". En: "Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz", Universidad Carlos III de Madrid, 2015.  
En:[http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores\\_sanchez-caleroguilarte\\_RIO\\_2015.pdf?sequence=1](http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte_RIO_2015.pdf?sequence=1)

### B) Autores de capítulos en libros colectivos

- Alfonso Sánchez, Rosalía, "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad", en la obra colectiva, Hernando Cebriá, Luis (coord.), "*Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*", Capítulo 5. En: [http://www.academia.edu/24596132/Cap%C3%ADtulo\\_5.\\_Obligaciones\\_b%C3%A1sicas\\_derivadas\\_del\\_deber\\_de\\_lealtad\\_art.\\_228](http://www.academia.edu/24596132/Cap%C3%ADtulo_5._Obligaciones_b%C3%A1sicas_derivadas_del_deber_de_lealtad_art._228)



- Arias Varona, Francisco Javier, "Régimen general del deber de lealtad de los administradores. Obligaciones básicas y conflicto de interés" en la obra colectiva, Recalde Castells, Andrés Juan; Arias Varona, Francisco Javier (Coord.), *"Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital"*. En: [ibros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regimen-general-deber-lealtad-637778461](http://ibros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regimen-general-deber-lealtad-637778461)

- Guerra Martín, Guillermo, "La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital" en la obra colectiva, Guerra Martín, Guillermo (coordinador), *"La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital"*, Edición nº1, La Ley, Madrid, 2011.

- Quijano González, Jesús, "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en la obra colectiva, Rodríguez Artigas, Fernando; Fernández de la Gándara, Luis; Alonso Ureba, Alberto; Velasco San Pedro, Luis; Esteban Velasco, Gaudencio (Directores), *"Derecho de sociedades anónimas cotizadas"*, Vol. 2, Aranzadi, 2006.

- Rodríguez Artigas, Fernando, "El deber de diligencia" en la obra colectiva, Esteban Velasco, Gaudencio (coord.), *"El gobierno de las sociedades cotizadas"*, Madrid, 1999.

### C) Autores de artículos en revistas

- Font Galán, Juan Ignacio, "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", *Revista Derecho de Sociedades*, nº25, 2005.

- García Fernández, Roberto; Suárez Álvarez, Eva., "Informe Aldama: El gobierno corporativo en la web", *Revista Partida Doble*, Especial Directivos, nº167, 2005. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/)

- Paz-Ares, Cándido, "La anomalía de la retribución externa de los administradores", *Revista para el Análisis del Derecho*, , nº1, 2014.

En: <http://www.indret.com/pdf/1037.pdf>

- Pérez Carrillo, Elena, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº14, 2000.

- Prades, Daniel, "La exigencia de responsabilidad a los administradores sociales: régimen jurídico. Evolución y situación actual", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº75, 2008.

En: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/328/256>.

- Sánchez Calero, Fernando, "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista Derecho Privado*, Madrid, 1994.

- Sebastián Quetglas, Rafael, "El proyecto de ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas", *Revista La Ley mercantil*, nº3, 2014, p. 2. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/)

- Serrano Cañas, José Manuel, "La incorporación de la Business Judgment Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista La Ley mercantil*, nº6, Sección Sociedades, 2014. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/)

#### **D) Autores de artículos publicados en sitio web**

- Cabanas Trejo, Ricardo, "Representación de la sociedad, auto-contrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad (a propósito del cambio de opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *Diario LaLey*, Nº 8935, Sección Doctrina, 2017. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/)

- Crespo Rodríguez, Miguel; Zafra Jiménez, Antonio, "Transparencia y buen gobierno: su regulación en España, La Ley, 2005, Madrid. En: <http://books.google.es>.

- Cuatrecasas Gonçalves Pereira, "Nota monográfica sobre 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", *Diario La Ley*, nº8436, La Ley, 2014. En: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/)

- Díaz Moreno, Alberto, "La business judgment rule en Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital, 2014, pág. 5.

En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>

- Jordá García, Rafael, "Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo", *Diario La Ley*, nº8324, Sección Tribuna, 2014.

- Paz-Ares, Cándido, "Anatomía del deber de lealtad", *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº39, 2015.

En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>

- Rodríguez Palmero, Pablo, "Derecho de información de los administradores", *Diario La Ley*. En: <http://pablorodriguezpalmero.com/derecho-informacion-administradores-antes-despues-ley-transparencia/>

### **E) Fuentes Legales Consultadas**

- Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de Julio de 1951.
- Ley de 17 de Julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- Ley 2/1995, de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- 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.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

### **F) Informes Consultados**

- Informe Olivencia 1998
- Informe Aldama 2003
- Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo 2006
- Informe del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea 2006
- Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo 2013

## 8. WEBGRAFÍA

### Deberes de diligencia y lealtad tras la reforma LSC

<http://mercantil.blogs.lexnova.es/2015/02/24/los-deberes-de-diligencia-y-de-lealtad-de-los-administradores-en-la-reforma-de-la-lsc/>

### STS 13-02-1990

En: [http://supremo.vlex.es/vid/209129407?\\_ga=1.246438402.783496081.1484240572](http://supremo.vlex.es/vid/209129407?_ga=1.246438402.783496081.1484240572)

### Caso Enron

En: [http://economia.elpais.com/economia/2006/07/05/actualidad/1152084782\\_850215.html](http://economia.elpais.com/economia/2006/07/05/actualidad/1152084782_850215.html)

### Funciones del administrador de una sociedad.

En: <https://www.mylabogados.es/funciones-del-administrador-de-una-sociedad/>

### SAP de Madrid, sección 28ª, de 28 de octubre de 2011

En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>

### SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 24 de enero de 2008

En: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>

### STS de 6 de marzo de 1992

<http://studylib.es/doc/4477097/deberes-de-los-administradores-sociales-en-la-ley-de-soci...>

### STS de 21 de julio de 2006

<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/regimen-general-deber-lealtad-637778461>

### STS de 4 de octubre de 2011

En: <http://www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO/108603/sentencia-ts-662-2011-sala-1-de-4-de-octubre-derecho-societario-administradores-deber-de-sec>

### Informe del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, "La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias", 2006.

En: <http://www.bis.org/publ/bcbs122es.pdf>

Comentario Resolución 3/8/2016 DGRN

En: <http://www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-ineficacia-de-las.html>

STS 21-10-2005

En: [http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc\\_dilluns\\_CP/VidalQuadras\\_Ramon\\_%20Know-how\\_en\\_ES.pdf](http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CP/VidalQuadras_Ramon_%20Know-how_en_ES.pdf)

Caso Salmon v. Meinhard

En: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2011/08/el-caso-mas-famoso-de-la-historia-del.html>

