



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

**Grado en Administración y Dirección de
Empresas**

**Los deberes de los administradores
de las sociedades de capital.**

Presentado por:

Diana del Ser Martín

Tutelado por:

Luis Ángel Sánchez Pachón

Valladolid, 15 de Julio de 2019

ÍNDICE

1. Resumen	3
2. Palabras clave	3
3. Introducción	3
4. Los administradores de las sociedades de capital	5
4.1 Principios generales del régimen de los administradores	6
5. Evolución legislativa	8
6. Los deberes de los administradores	11
6.1 <i>El deber de diligencia</i>	12
6.1.1 Un deber general	12
6.1.2 La diligencia y la información	14
6.1.3 La disponibilidad del deber de diligencia de los administradores	15
6.1.4 La ausencia de exoneración derivada de los acuerdos de la junta general y la afectación de la antijuridicidad de las conductas lesivas	19
6.1.5 La necesaria discrecionalidad en la gestión de la empresa.....	20
6.1.6 Los presupuestos de la regla de la discrecionalidad empresarial.....	21
6.2 <i>El deber de lealtad</i>	23
6.2.1 Contenido fundamental del deber de lealtad.....	23
6.2.2 Los sujetos del deber de lealtad	24
6.2.3 Las obligaciones derivadas del deber de lealtad.....	25
6.2.4 El deber de información de situaciones de conflicto.....	33
6.2.5 La imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad.....	33
6.2.6 La dispensa de la prohibición de competir	35
6.2.7 La cuestión de la aplicación	35
6.2.8 El precio de la deslealtad	37
7. Conclusiones	36
8. Referencias bibliográficas	37

1. RESUMEN.

En este trabajo se estudian los deberes de los administradores de las sociedades de capital, dada la importancia de éstos en la gestión, organización y control de las sociedades, así como en la transparencia de las mismas.

También se estudian las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Esta norma tiene como objetivo mejorar el gobierno de las sociedades de capital y para ello incorpora importantes modificaciones en el régimen jurídico de los administradores de las sociedades.

ABSTRACT.

In this paper the duties of the administrators of the capital companies are studied, given the importance of these in the management of the companies, as well as in their transparency.

The amendments introduced by Law 31/2014, of December 3, amending the Capital Companies Law for the improvement of corporate governance are also studied. The purpose of this standard is to improve the governance of capital companies and to this end, it incorporates important changes in the legal regime of company managers.

2. PALABRAS CLAVE.

Palabras clave: sociedades de capital, deber de diligencia, deber de lealtad, órgano de administración.

Key words: Capital companies, duty of diligence, duty of loyalty, administration organ.

Clasificación JEL:

K2 Regulation and Business Law

G3 Corporate Finance and Governance

M1 Business Administration

3. INTRODUCCIÓN.

El motivo por el que he decidido realizar este Trabajo de Fin de Grado acerca del régimen jurídico de los administradores de las sociedades de capital es porque los administradores son un elemento de la empresa que el público en general conoce, pero pocos saben realmente cuáles son sus obligaciones y responsabilidades de forma más precisa.

Más aún teniendo en cuenta, en primer lugar, que los administradores son fundamentales para que la empresa funcione correctamente, y en segundo lugar, dada la gran cantidad de pequeñas y medianas empresas que hay en España.

Este trabajo tiene como objetivo conocer la evolución en la regulación de los administradores, y analizar, de forma más precisa, en qué consisten los deberes de los administradores de las sociedades.

Metodología utilizada: análisis de algunos de los principales autores que han tratado el régimen de deberes de los administradores y su última reforma de 2014.

4. LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El Título VI de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) se ocupa del régimen de los administradores de todas las sociedades de capital, cuyo régimen común se ve modificado solo en cuestiones de detalle respecto a los distintos tipos que integran esa categoría.

A los administradores les corresponde la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en la Ley (art.209 LSC)¹.

La administración social viene entendida en general de una manera amplia, como un conjunto de actos tendentes a la consecución del objeto social. El órgano dedicado a la administración de la sociedad es necesario por tener conferida la gestión y la representación de la sociedad².

La actuación de los administradores se orienta fundamentalmente en dos direcciones: la primera, el cuidado permanente de la gestión de la sociedad; y la segunda, la organización de la vida de la sociedad, en especial su funcionamiento³.

Dentro de la estructura de la sociedad, los administradores tienen un campo competencial autónomo respecto a los demás órganos sociales, aunque ciertamente la junta general nombra a los administradores y puede acordar su separación en cualquier momento⁴.

En cualquier sociedad de capital, todo acuerdo que altere la administración de la misma, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (art.210.4 LSC)⁵.

¹ Art.209 LSC: Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.

² Sánchez Calero , Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.510.

³ Sánchez-Calero, Fernando :*Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.511.

⁴ Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad" en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed: Universidad Carlos III (2015).Págs. 894-917.

⁵ Art.210.4 LSC: Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

4.1 Principios generales sobre el régimen de los administradores:

Capacidad y prohibiciones para ser administrador:

Para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista salvo que los estatutos dispongan lo contrario (art.212.2 LSC) y puede serlo tanto una persona física como jurídica (art.212.1 LSC)⁶. El administrador persona jurídica tiene el deber de designar a una persona natural para el ejercicio permanente de sus funciones.

Los administradores que incurran en incapacidad o estén sometidos a alguna prohibición deben ser destituidos inmediatamente. También deben cesar, previo acuerdo de la junta general y a petición de cualquier socio, los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora o que tengan intereses opuestos a los de la sociedad.

Nombramiento⁷:

El nombramiento de los administradores corresponde a la junta general.

Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de seis años, y podrán ser reelegidos una o más veces por periodos de igual duración máxima.

Los administradores deben aceptar el nombramiento, y desde ese instante el nombramiento produce sus efectos, ya que la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria pero no constitutiva, siendo en principio válidos los actos realizados por los administradores antes de la inscripción.

⁶ Art.212 LSC: Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas. Salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición.

⁷ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.514.

A los administradores de las sociedades de capital les corresponde la administración y la representación de la sociedad. En estos términos se pronuncia el art. 209 LSC al establecer cuáles son las competencias de este órgano social.

El modo de organizar la administración de la sociedad no ha sido objeto de reforma, de tal modo que la administración de la sociedad podrá atribuirse a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración (art. 210. 1 LSC).

Las modificaciones relativas al órgano de administración se centran, fundamentalmente, en las siguientes cuestiones:

- La remuneración de los administradores.
- Los deberes de diligencia y de lealtad.
- El régimen de responsabilidad de los administradores.
- El funcionamiento del consejo de administración.

La ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha modificado de manera notable las normas aplicables a los administradores en las sociedades de capital.

El objetivo de dicha reforma es la mejora del gobierno corporativo.

El gobierno corporativo es un tema de gran importancia debido al valor reconocido generalmente de una gestión adecuada y transparente, y debido también a la compleja estructura que pueden alcanzar las sociedades⁸.

⁸ Ortiz del Valle, M^a Carmen: "La reforma del Gobierno corporativo de las sociedades de capital" en la Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I - Número 11 - Enero 2016 - Págs. 423-453.

5. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Los deberes inherentes al cargo de administradores y el régimen de responsabilidad son materias en permanente evolución, objeto también de una muy cualificada atención doctrinal, y especialmente, de una decisiva configuración por parte de nuestra jurisprudencia.

La Ley de sociedades Anónimas de 1989 (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) presentaba una simple delimitación de los deberes exigibles a los administradores, reproduciendo la inicial formulación contenida en la LSA de 1951: el desempeño del cargo debía realizarse "*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*".

En relación al deber de lealtad, el Real Decreto Legislativo 1564/1989 añadió un "deber de secreto sobre las informaciones de carácter confidencial", de carácter postcontractual, es decir, aún después de que el administrador cese en sus funciones⁹.

En el caso de las sociedades anónimas, esa formulación varió con la reforma introducida en el año 2003 por medio de la Ley de transparencia (Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, 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), que afectaba sobre todo al deber de lealtad.

La Ley de Transparencia de 2003 plasmó en la regulación positiva un sistema más desarrollado de los deberes generales de los administradores o deberes inherentes a su cargo. De forma que el deber de diligencia resultó transformado en un deber de "diligente administración", al cual se incorporó un deber de información y un deber de fidelidad, todo ello tomando como referente el "interés social", entendido como interés común de los socios o de la sociedad.

⁹Hernando Cebriá, Luis: "Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015, p.137.

También con respecto al deber de lealtad, la Ley de Transparencia mantuvo el principio del deber del administrador de comportarse como un "representante leal" e incorporó la relación de conductas en las que se podía manifestar su incumplimiento¹⁰.

El legislador, para modernizar la legislación española en materia de sociedades de capital, primero unificó en 2010 en una sola ley la regulación de las distintas sociedades de capital, recogida hasta entonces en diferentes leyes. Se aprobó el Real-Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC").

La LSC, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, unifica en una sola norma jurídica la regulación de las sociedades anónimas ("SA") y las sociedades de responsabilidad limitada ("SL").

Además, se produjo un efecto expansivo y absorbente del deber de lealtad, que asumió también el deber de fidelidad y la defensa del interés social.

El legislador también aprovechó para separar en diferentes normas de individualización y de tipificación los diferentes supuestos de hecho a los que afectaba este deber de lealtad¹¹.

En 2011, se promulgó una reforma parcial del texto refundido de la regulación de las sociedades de capital y que incorporó la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

En 2011 también se configura el régimen jurídico del administrador persona jurídica, muy escueto en la LSC anterior.

¹⁰ Hernando Cebriá, Luis: "Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015p.138-139.

¹¹ Hernando Cebriá, Luis: "Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015, p.140.

Con la reforma de 2014, Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, la ley ha ganado terreno en la determinación del régimen legal de los deberes de los administradores y en el de su responsabilidad.

La reforma de 2014 ha significado la 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 infracción¹².

La Ley 31/2014 introduce nuevas disposiciones legales tendentes a una “*tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad*”, lo que significa que es mayor el ámbito en el que la ley despliega su poder.

El legislador ha optado por ir determinando lo que podría definirse como el contenido típico de cada uno de esos deberes.

El propósito de modificar la Ley de Sociedades de Capital (LSC) también fue la mejora del gobierno corporativo.

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.

¹² Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad" en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed: Universidad Carlos III (2015).Págs. 894-917.

6. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

El régimen de los deberes de los administradores y la responsabilidad por su incumplimiento buscan restablecer la confianza en el gobierno de las sociedades.

La Ley 31/2014 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. El rigor del deber de lealtad pretende sancionar las conductas más graves y evitar que el administrador anteponga su propio interés al de la sociedad¹³.

El régimen del deber de diligencia es menos riguroso; por un lado, el criterio para valorar su cumplimiento se encuentra en una cláusula general, y por otro, se presume la diligencia de los administradores en las decisiones empresariales.

La relación entre los deberes típicos¹⁴:

Diligencia, lealtad y secreto son 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.

Es decir, no se trata de deberes autónomos o sometidos a una graduación desde el punto de vista de su exigibilidad, cumplimiento o infracción.

¹³ Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad" en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed: Universidad Carlos III (2015). Págs. 894-917.

¹⁴ Sánchez-Calero, Fernando :*Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.516.

6.1 El deber de diligencia.

El deber de diligencia de los administradores de las sociedades mercantiles es uno de los que más tempranamente se incluyó en la legislación de sociedades anónimas en nuestro país; en la ley de 1951 habla del nivel de diligencia exigible al administrador para referirse al ordenado comerciante.

El concepto de ordenado empresario es un aspecto del deber general de diligencia. El art.225.1 LSC¹⁵ establece que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario.

El art.225 LSC se ha visto ampliado en el contenido de lo que ha pasado a llamarse el deber general de diligencia.

6.1.1 Un deber general¹⁶:

Estamos ante un deber aplicable a cualquier administrador y en cualquier tipo de sociedad de capital, por lo que se concluye que la Ley acierta al proponer una delimitación genérica de este deber.

Diligencia es sinónimo de orden, de prudencia, de oportunidad, y de otro tipo de criterios que dependerán de la naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas.

La diligencia se impone en atención a la actividad a la que se dedica la sociedad, a su composición subjetiva, y desde la reforma, a la naturaleza y las funciones asignadas a cada administrador (art.225 LSC).

¹⁵ Art.225 LSC: 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.

Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

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.

¹⁶ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.518 y ss.

Es necesaria una valoración individual de la posición de los administradores porque la participación en la gestión social de cada uno de los componentes del órgano de administración puede ser distinta. No puede esperarse una idéntica diligencia del presidente ejecutivo, del consejero delegado o del consejero común. No puede aplicarse un baremo similar en lo que es el desempeño diligente del cargo.

El deber de diligencia también depende de la estructura del órgano de la administración. Si son varios los administradores y actúan colegiadamente, todos responden de forma solidaria cuando intervinieron en la adopción del acuerdo.

Y como el deber de diligencia se modula en función de la naturaleza del cargo y de las facultades asumidas, para liberarse de responsabilidad al administrador le bastaría demostrar que el acto es ajeno al ámbito de sus funciones¹⁷.

El parámetro de conducta que se exige al administrador¹⁸ en el deber de diligencia tiene un carácter profesional, el objetivo de la gestión es actuar en el mejor interés de la sociedad. Y el interés social se corresponde con el común del conjunto de los socios, aunque esto no impide a los administradores atender los intereses de otros stakeholders¹⁹. Pero esto solo se justifica si a largo plazo puede producir ventajas a los socios, los administradores no pueden defender intereses ajenos.

No obstante, últimamente tienden a extenderse las tesis que obligan a gestionar la sociedad atendiendo los intereses de los acreedores.

El art.225 LSC incorpora una nueva expresión de la diligencia al reclamar de los administradores dos circunstancias²⁰:

¹⁷ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.519.

¹⁸ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.520.

¹⁹ Stakeholders: personas o grupos que tienen algún tipo de interés en torno a una empresa o sus actividades comerciales, como trabajadores, proveedores, clientes...

²⁰ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.521.

La primera es que los administradores deberán tener la dedicación adecuada, es decir, ser cuidadosos y activos. Esto nos devuelve a las distintas clases de administradores, ya que en este sentido la diligencia está tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada administrador.

Junto a ello, la dimensión y actividad de la sociedad operarán también como criterios decisivos de lo que constituye una dedicación adecuada. Es diligente quien está en condiciones de hacer frente a la gestión de la sociedad, y habrá sociedades cuya dedicación adecuada solo la pueden ofrecer quienes están personalmente cualificados.

La segunda concreción es que a los administradores se les considerará diligentes no sólo por su desempeño individual sino también por cómo organizan la gestión de la sociedad, lo que nos conduce de nuevo a los criterios habituales del sistema del buen gobierno.

6.1.2 La diligencia y la información:

El deber de diligencia debe interpretarse como un deber individual de información. Todo administrador está obligado a informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.

Todo administrador tiene que desempeñar de manera activa su cargo, lo que se traduce en imponerle un deber de conocer cuanto pueda afectar al desempeño de sus funciones.

La ley 31/2014 ha añadido un apartado 3 al art.225 LSC en el que establece 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 obligaciones²¹.

De manera que los administradores, además de actuar con la diligencia de un ordenado empresario, tienen que tener información adecuada.

²¹ Díaz Ruiz, Emilio: "La coordinación de los administradores solidarios de las sociedades de capital como manifestación del deber de diligencia" en Estudios sobre órganos de las sociedades de capital, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1011.

Por esta razón, no se puede limitar el derecho de un administrador a informarse, pues ello impediría un ejercicio diligente de sus funciones.

El deber de información es objeto también de una enunciación general²². Su concreción va a depender en cada momento de cuál es la información adecuada y necesaria para el cumplimiento por el administrador de sus funciones.

El administrador también tiene un derecho de información, aunque está objetivamente limitado; recabar información es un comportamiento correcto y leal siempre que guarde relación con sus funciones. Si un administrador utiliza el derecho de información sin poder conectarlo con sus obligaciones puede incluso convertirse en un ejercicio desleal.

Aunque el deber de actuar con diligencia sea una obligación de medios²³, la prueba de su cumplimiento no se agota acreditando el mero hacer diligente. El deber de diligencia es fuente de obligaciones que a veces se acreditan en la ley o en los estatutos. En estos casos, hay que probar que se cumplieron esas obligaciones.

6.1.3 La disponibilidad del deber de diligencia de los administradores:

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la Ley de Sociedades de Capital, el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores venía establecido en los artículos 225 y siguientes.

La LSC establecía mediante normas imperativas la exigencia de los deberes con diligencia y lealtad. Y ante el incumplimiento de los deberes los administradores eran responsables frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores, sin que en ningún caso pudieran exonerarse por el

²² Sánchez-Calero, Fernando :*Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.521.

²³ Obligación de medios, en contraposición a la obligación de resultados.

hecho de que el acto o acuerdo lesivo hubiera sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

Con la reforma de la Ley 31/2014 se introduce en el deber de diligencia la regla de origen anglosajón de la protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*) en el art.226 LSC²⁴.

Tras la reforma se viene defendiendo la disponibilidad o modificabilidad del deber de diligencia por vía estatutaria, en base a una interpretación a contrario de la imperatividad contemplada expresamente para el deber de lealtad. Es decir, se entiende que el deber de diligencia es de carácter dispositivo.

Se afirma que atendiendo al silencio que guarda la LSC sobre el carácter imperativo del deber de diligencia, frente al tratamiento realizado en el deber de lealtad donde declara de forma expresa su imperatividad, debería concluirse, sensu contrario, la validez de las cláusulas estatutarias que modifiquen el régimen del deber de diligencia²⁵.

La protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgment rule* (sobre la que trataremos más adelante) es un mecanismo para delimitar y proteger a los administradores entendiendo cumplido un estándar de diligencia. La regla de la discrecionalidad empresarial establece un espacio de inmunidad para los administradores.

²⁴ Art.226 LSC:En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230

²⁵ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en Estudios sobre órganos de las sociedades de capital, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1027/1028.

Aún así, el deber de diligencia no se podría eliminar completamente porque ello dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, en este caso al administrador; pero sin que ello impida la validez de las cláusulas estatutarias limitativas de la responsabilidad de los administradores por infracción del deber de diligencia²⁶.

La naturaleza contractual del deber general de diligencia es un argumento para legitimar que por las partes se pueda modificar el régimen legal de este deber.

De esta naturaleza contractual del deber de diligencia se deriva la aplicación de la responsabilidad contractual del art.1107 del Código Civil²⁷. Por ello se entiende que la responsabilidad por infracción del deber de diligencia podría limitarse estatutariamente, aunque se requiere que la limitación se aplique cuando la vulneración no ha sido intencionada, no hay beneficio personal, y no estamos ante una dejación continuada²⁸.

También se ampara la licitud de las disposiciones estatutarias que pudieran modificar el régimen jurídico del deber de diligencia en el art.1103 CC²⁸, dado que el mismo no prohíbe las exclusiones de responsabilidad por las infracciones del deber de diligencia, lo que a contrario determinaría su admisibilidad.

Pero en este aspecto se puede entender que el art.1103 CC²⁹ no modera el deber de diligencia ni tampoco el de responsabilidad, ya que son los tribunales

²⁶ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1030.

²⁷ Art.1107 CC: Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

²⁸ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1032.

²⁹ Art.1103 CC: La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

los que tienen la facultad de moderar la responsabilidad basándose en razones de equidad³⁰.

Por otro lado se afirma que la disponibilidad constituiría un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable ex art.6.2 CC, sin que el límite del perjuicio de acreedores que contempla ese precepto pudiera ser alegado como excusa a la libre disponibilidad por los socios del deber de diligencia de los administradores.

Sin embargo, el silencio del legislador respecto de la imperatividad del deber de diligencia no quiere decir que el legislador no haya establecido la misma.

Y para que la ley aplicable sea excluida por la voluntad de los afectados tiene que tratarse de una norma dispositiva, ya que las normas imperativas y las semiimperativas o imperativas relativas no pueden limitarse. Las normas semiimperativas son las que están destinadas a la protección de una de las partes, e indudablemente el régimen de responsabilidad de los administradores está destinado a la protección del interés social³¹.

También se fundamenta el carácter no imperativo del deber de diligencia en la validez del seguro de responsabilidad civil de los administradores, lo que le haría funcionalmente equivalente a las cláusulas estatutarias que modifican el deber de diligencia.

Pero es precisamente el riesgo de la responsabilidad que se deriva del deber de diligencia el que ha expandido el seguro de responsabilidad civil.

Además el seguro de responsabilidad es un fenómeno bastante generalizado, no es exclusivo de la responsabilidad de los administradores³².

³⁰ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1033.

³¹ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1034.

³² Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1033.

6.1.4 La ausencia de exoneración derivada de los acuerdos de la junta general y la afectación de la antijuridicidad de las conductas lesivas³³:

La exoneración de responsabilidad de los actos de los administradores porque el acto lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general no es un problema de culpa sino de antijuridicidad.

En estos casos el legislador ha determinado que el consentimiento de la sociedad no tiene eficacia, por lo que la conducta lesiva no puede autorizarse , y se hacerse, conlleva la asunción de los resultados por cuenta y riesgo de los administradores.

El consentimiento de la junta no hace desaparecer la responsabilidad por actos lesivos a la sociedad.

No obstante, también se ha afirmado que sería posible la exoneración de los administradores si la junta estimara que el acto no es contrario a la ley. En todo caso, la junta solo puede renunciar a la acción social, porque los administradores sí que responderían ante los accionistas minoritarios o los acreedores.

Por otro lado, la exoneración, la atenuación y la disponibilidad solo pueden darse en sede de responsabilidad, pero no en sede del deber de diligencia, que es siempre exigible.

Las previsiones que contengan los estatutos en materia de responsabilidad no se pueden establecer en perjuicio de terceros. Por eso, la eficacia de las cláusulas estatutarias se reduce a exonerar de la responsabilidad, mientras que es cuestionable que el contenido del deber de diligencia se pueda modificar.

³³ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1043-1045.

6.1.5 La necesaria discrecionalidad en la gestión de la empresa:

En una economía de mercado la facultad de administrar una empresa con discrecionalidad, libertad e independencia es una condición necesaria, que además se ampara en la libertad de iniciativa económica y la libertad de empresa.

Por eso esta discrecionalidad en la toma de decisiones obliga a limitar la revisión judicial de las mismas, sobre todo cuando esas decisiones tuvieron que adoptarse, como sucede frecuentemente, con celeridad o bajo presión, o sin poder disponer de datos que serían relevantes.

La **justificación**³⁴ de la regla de la discrecionalidad empresarial se encontraría en la asunción por los administradores de los riesgos que conlleva la toma de decisiones y que generan incertidumbre.

La finalidad de la regla es reducir la aversión al riesgo de los administradores sociales y proporcionar seguridad jurídica al generar certidumbre en su actuación y las consecuencias de la misma.

Por ello, el art.226 LSC permite una limitación del ámbito de la infracción del deber de diligencia, puesto que o existiría la infracción del mismo, si los daños se causan por una conducta cubierta por esa regla. En estos casos al juez le estaría vedado examinar la conducta realizado.

En cuanto a la **naturaleza**³⁵ de la regla, existen dos posturas:

La primera postura considera esta regla como un estándar de revisión de la conducta de los administradores, que determina la adecuación de éstos al modelo fijado por el legislador.

³⁴ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1040.

³⁵ Díaz Ruiz, Emilio: "La disponibilidad, de lege data, del deber de diligencia de los administradores" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1041

La segunda postura considera esta regla como un puerto seguro que impide la revisión de las conductas mientras no se acredite que o se han cumplido los presupuestos que permiten su reconocimiento.

El **origen**³⁶ de la regla de la discrecionalidad empresarial se encuentra en la jurisprudencia americana; los tribunales de EEUU la han aplicado durante más de 250 años para evitar condenar decisiones empresariales.

La responsabilidad del administrador no va a depender del resultado, sino de que sus decisiones se tomaran con diligencia. Si los administradores actúan con información, de buena fe, y bajo el convencimiento de que sus decisiones se adecúan al interés de la sociedad, los tribunales deben respetar esas decisiones.

Aunque la decisión de la regla no fue cuestionada, pocos países la acogieron en el Derecho positivo. Sucedió en Portugal, en Grecia, y en Alemania (donde ya antes se reconocía la discrecionalidad empresarial por la doctrina y la jurisprudencia, y hubo propuestas para incorporarla al Derecho positivo).

6.1.6 Los presupuestos de la regla de la discrecionalidad empresarial³⁷:

Para que sea de aplicación la regla, es necesario que los administradores tomen su decisión en base a un procedimiento adecuado, con información suficiente, de buena fe y sin interés personal en el asunto.

El primer presupuesto, actuar de acuerdo a un procedimiento adecuado implica la objetivización de los procesos de toma de decisiones empresariales, ya que éstas se deben aprobar en el marco de un procedimiento apropiado a las características y al tipo de sociedad.

³⁶ Díaz Ruiz, Emilio: "La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1060.

³⁷ Díaz Ruiz, Emilio: "La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017, p.1065 y ss.

Por ello, cabe exigir que los administradores establezcan protocolos aptos para la adopción de decisiones. Estos protocolos tienen especial sentido en empresas de gran tamaño, donde la administración se organiza en forma de consejo de administración.

Por tanto, este deber se vincula a la dimensión de la empresa o al tipo de actividad que desarrolla.

La diligencia en la administración puede exigir también el establecimiento de sistemas de denuncia para controlar irregularidades, pero si la sociedad no establece estos sistemas, no cabrá aplicar la regla de la discrecionalidad. Aunque, por sí sola esta falta no basta para que los administradores respondan, sino que será necesario demostrar el daño causado.

El segundo presupuesto es que la decisión debe tomarse con la información pertinente y con asesoramiento. En este sentido, no se puede determinar cuánta es la información adecuada, y por tanto, exigible. Por eso debe concluirse que la determinación de la información necesaria entra dentro de la discrecionalidad, es decir, serán los propios administradores los que valoren esta cuestión.

El deber de asesorarse por expertos es un requisito ligado al deber de información, especialmente cuando las decisiones que se tienen que tomar son complejas. Pero se debe garantizar la independencia de los informes aportados.

Aquí hay que destacar, que contra la costumbre generalizada en el ámbito de la gran empresa, la mera existencia de informes y dictámenes favorables no permite que los administradores se liberen de responsabilidad por la falta de negligencia.

El tercer presupuesto consiste en que los administradores deben tomar su decisión sin un interés personal en el asunto, es decir, se establece un deber de independencia en la toma de decisiones, lo cual es una manifestación del deber de lealtad.

La pérdida de independencia puede ser directa o indirecta, dependiendo de si afecta personalmente al administrador o a personas relacionadas con él.

La regla de la discrecionalidad tampoco se aplicaría si la decisión beneficia a otro administrador o a personas vinculadas con él.

El cuarto presupuesto es que la decisión de los administradores debe adoptarse de buena fe, lo que se interpretará en sentido subjetivo, como convicción de que se ha actuado favoreciendo a la sociedad.

Sin embargo, una interpretación rigurosa de este requisito nos indica que esto no basta, porque el administrador que objetivamente incumple de forma notoria el estándar de conducta que cabe esperar de un ordenado empresario, respondería de los daños que causara.

Si se cumplen los presupuestos mencionados, los jueces no pueden realizar ningún juicio sobre la diligencia, y los administradores se exoneran de responsabilidad. Los tribunales se limitarían a valorar si, realmente, concurren los presupuestos de la regla.

6.2 El deber de lealtad.

La Ley de Sociedades de Capital enuncia el contenido básico del deber de lealtad a través de normas que podríamos describir como preventivas y otras de carácter prohibitivo o sancionador.

6.2.1 El contenido fundamental del deber de lealtad.

El Derecho de Sociedades moderno ha venido enunciando el deber de lealtad como aquél consistente en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal. Esta idea se reitera en la LSC, pero con un mayor desarrollo puesto que se exige que la actuación del administrador se haga conforme al criterio de la lealtad propia de un fiel representante.

A ello se añade la exigencia de la buena fe, que nos devuelve a la relación entre los deberes de todo administrador, puesto que en una actuación de buena fe no sólo se advierte un comportamiento leal, sino también diligente³⁸.

³⁸ Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad" en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Ed: Universidad Carlos III (2015).Págs. 894-917.

El art.227 LSC termina con la definición del deber de lealtad por medio de la referencia al interés social, aunque hay que recurrir a la jurisprudencia para determinar lo que es el interés social: el interés común a los accionistas.

Con independencia de la indeterminación de ese interés de la sociedad, destaca su significado jerárquico y principal: atender a la defensa de ese interés de la sociedad es la función esencial que debe respetar todo administrador, es una primacía absoluta; debe atender el interés social e ignorar cualquier otro. No hay lealtad en una actuación destinada a una correcta satisfacción del interés de la sociedad motivada por la voluntad de la simultánea consideración de otros intereses. Lo que el administrador debe elegir es la actuación que conlleva la mejor defensa del interés de la sociedad, aunque sea perjudicial para otros intereses.

6.2.2 Los sujetos del deber de lealtad³⁹:

Las personas afectadas por el deber de abstención son los administradores, pero el art.229 LSC dice que las previsiones en materia de abstención son también aplicables en todos los supuestos en los que el beneficiario de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

Aquí se extiende el régimen de responsabilidad a todas aquellas personas que, aún sin ostentar la posición formal de 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 (art. 236.5 LSC); al más alto directivo (el primer ejecutivo) cuando se le ha situado fuera del consejo de administración (art. 236.4 LSC); y, sobre todo, a los administradores de hecho, a los que se define con amplitud.

Ahora el art. 236.3 LSC engloba, en efecto, no sólo a los que tradicionalmente se reconocían como tales sino también a los conocidos como "administradores ocultos", que el precepto define como aquellas personas "bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad".

³⁹ Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.520.

La razón que justifica la extensión se comprende sin esfuerzo: si prácticamente actúan como administradores, normativamente deben responder como administradores, sobre todo en el terreno de la deslealtad⁴⁰.

6.2.3 Las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

La lealtad implica que el administrador no ejercita sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos.

- **El deber de guardar secreto:**

Es una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Es un deber de contenido amplio, se refiere a informaciones, datos, informes o antecedentes que hayan sido objeto de conocimiento como consecuencia del ejercicio del cargo.

Esta es la regla general, de manera que los administradores no debieran compartir esa información salvo que hubiera una justificación por la propia evolución del asunto o por resultar una obligación legal, la posibilidad de compartir esa información tiene que estar expresamente permitida por la ley.

La confidencialidad tiene que ser respetada por el administrador incluso cuando haya cesado en el cargo⁴¹.

La obligación de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad⁴².

El razonamiento sobre esta ubicación del deber de guardar secreto sería que si la diligencia implica que, en el desempeño de sus funciones el administrador tiene el deber y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones (art.225.3 LSC), ello significa que el deber de información es un derecho-deber que le permite al administrador acceder a información sensible, es decir, información que, mal utilizada, puede causar perjuicios a la sociedad. Por eso se dice que "más parece que el deber de secreto sea una cautela o contrapeso al poder-deber de información". La pregunta sería entonces si la obligación de guardar secreto o confidencialidad es propia de una actitud diligente o de una actitud de lealtad.

⁴⁰ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.13.

⁴¹ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.522.

⁴² Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.204/205.

La respuesta debería de ser la segunda; es diligente el administrador que se informa y exige ser informado para cumplir sus obligaciones, y es negligente el administrador que revela la información por imprudencia, y constituye una conducta desleal el administrador que revela información societaria secreta cuando se persigue obtener un beneficio propio o para un tercero causando un daño a la sociedad u obteniendo un enriquecimiento injusto (art.227.2 LSC)⁴³.

Alcance material de la obligación de guardar secreto⁴⁴:

El deber de guardar secreto se extiende a las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso el administrador en el desempeño de su cargo (art.232.2 LSC).

El precepto se refiere a la información a la que el administrador haya tenido acceso y no a la que conozca; así el administrador solo tiene acceso a la información reservada de la sociedad*, aunque por el desempeño de su cargo podría tener acceso a información más variada. En consecuencia, la obligación de secreto debe ir referida sólo a la información que sea considerada secreta o confidencial.

Alcance temporal de la obligación de guardar secreto⁴⁵:

El deber de secreto se ha de guardar no sólo mientras se esté desempeñando el cargo, sino incluso cuando se haya cesado en él. Este elemento temporal es exclusivo del deber de lealtad, pues el resto de las obligaciones básicas enunciadas en el art.228 LSC se circunscriben al periodo de desempeño del cargo de administrador.

⁴³ Art.227 LSC: Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

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

⁴⁴ Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.206/207.

⁴⁵ Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.212/214.

La cuestión es hasta cuándo debe el ex-administrador mantener la obligación de secreto. Una primera opción es delimitar la previsión legal genérica, de manera que la obligación del administrador se extendería temporalmente hasta el momento pactado. Una segunda opción supondría que la violación de guardar secreto podría ser perseguida por la sociedad afectada con independencia del momento en el que se produzca.

Pero ¿quiere ello decir que el administrador está sujeto a un deber indefinido de secreto? Hay autores que han sostenido que el plazo es indefinido, y otros autores entienden que el deber de secreto finaliza a los cuatro años, por aplicación del plazo de prescripción del art.949 Código de Comercio⁴⁶.

Y hay quien ha apostado por una tercera vía basada en la posibilidad de diferenciar según la vulneración del deber de secreto fuera perseguible por la vía del art.35 Ley de Competencia desleal, o mediante los canales ordinarios del incumplimiento contractual (art.949 Código de Comercio), o en su caso, de la responsabilidad extracontractual (art.1968.2 CC).

Sin embargo, el art.241 bis LSC ofrece una solución razonable al determinar que " la acción de responsabilidad contra los administradores prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

En definitiva, una cosa es el plazo durante el cual el administrador ha de guardar secreto, que es indefinido, otra el plazo de que dispone el afectado para exigirle responsabilidad, que está sometido a prescripción.

Obligación de guardar secreto y perjuicio para el interés social⁴⁷:

La obligación de guardar secreto es independiente de que el hecho de sacar a la luz la información tenga (o pueda tener) consecuencias perjudiciales para el mejor interés de la sociedad.

⁴⁶ Art.949 CCom: la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los 4 años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración.

⁴⁷ Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.215.

El deber de guardar secreto debe ser mantenido en cualquier caso, y hay autores que han sostenido que la divulgación, sin autorización, de cualquier información secreta a la que haya accedido el administrador es un acto de competencia desleal (art.32 Ley de Competencia Desleal). Aunque también podría admitirse que esto no es siempre así ya que tiene que hacer en el mercado y de forma concurrencial.

Excepciones a la obligación de guardar secreto⁴⁸:

La obligación de guardar secreto sólo se exceptiona cuando la ley requiera o permita revelar las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso el administrador en el desempeño de su cargo (art.228 b LSC).

Pero también hay supuestos en los que la sociedad está obligada a divulgar cierto tipo de información, bien para el público en general (art.82 LMV), bien para su inclusión en registros de libre acceso (como el depósito de cuentas anuales en el registro mercantil), o para casos en que la información ha de comunicarse a organismos que pueden tener reservada esa información (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o los representantes de los trabajadores, art.65 Estatuto de los Trabajadores).

El deber de abstención en la adopción de decisiones o acuerdos en situaciones de conflicto de interés.

Otra de las obligaciones básicas que derivan del deber de lealtad, cuando hay un conflicto de interés entre el propio administrador y el interés social.

Esta obligación se ha ido precisando ya que el administrador debe abstenerse no solo en la votación del acuerdo, sino también en la deliberación, tiene que abandonar la sesión del órgano de administración tan pronto como éste pase a tratar el acuerdo conflictivo⁴⁹.

De esta manera se impide que el administrador pueda influir en la voluntad de quienes hayan de tomar la decisión decantando dicha decisión a favor de sus intereses. Sin embargo, de lo que no está privado el administrador es de la posibilidad de participar en la reunión, de modo que en el consejo habrá que contar con el administrador

⁴⁸ Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.215.

⁴⁹ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.523.

afectado a efectos de quórum de asistencia, aunque no en el de votación.

Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración.

La abstención también se debe observar cuando el conflicto no afecte al administrador personalmente, pero sí a una persona vinculada con él³⁹.

La lealtad comporta esencialmente un deber de abstención del administrador para evitar que lleguen a plantearse situaciones de conflicto de interés.

El art.229 LSC establece una relación de situaciones en las que el administrador queda obligado a abstenerse, pero no se trata de un *numerus clausus*, sino que este deber de abstención se podría exigir en situaciones análogas a las descritas en el art.229 LSC, siempre que se advierta un conflicto entre el interés social y el interés del administrador.

Noción de conflicto de interés⁵⁰:

La LSC no ofrece una definición del conflicto de intereses, por lo que resulta imprescindible el recurso a la construcción doctrinal. De manera que se entiende que los conflictos de intereses emergen de la relación entre el administrador y la sociedad y la relación entre el socio y la sociedad.

La doctrina identifica como elementos esenciales caracterizadores del conflicto de interés la contraposición de intereses (entre socio y sociedad o entre administrador y sociedad) y el riesgo de lesión al interés social. Pero, a su lado, se sitúan como elementos eventuales la lesión patrimonial y la intencionalidad del actor, de modo que, por un lado, la falta de lesión al interés social no excluye la deslealtad del acto, pero la acreditación de un daño sí afecta a la determinación de la responsabilidad del sujeto activo; y por otro, la intención de obtener ventaja en perjuicio de los intereses de la sociedad no es relevante para considerar la deslealtad, pero sí el conocimiento de la situación de conflicto sujeta al afectado a los deberes y eventuales sanciones derivadas de la lealtad.

La concurrencia de intereses no significa que el administrador se encuentre violando el deber de lealtad sino que este se vulnera cuando en la contraposición de intereses el administrador realiza la operación

⁵⁰ Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015 p.217.

privilegiando su interés o el interés de un tercero a él vinculado sobre el interés de la sociedad.

Dentro del concepto de conflicto de interés podemos encontrar dos definiciones, el concepto restringido y el concepto amplio⁵¹.

El concepto restringido alude a la situación en la que concurre un riesgo absoluto, real y actual de lesión al interés societario, que se deriva de la concurrencia de otro interés incompatible con el interés social.

El concepto amplio, por el contrario, hace alusión a las situaciones de riesgo (hipotético o real) de infracción del deber de lealtad con el interés social.

Evitar conflictos como obligación básica.

El art.228 e) LSC enuncia como obligación básica la de adoptar las medidas necesarias para que no se den situaciones de conflicto de interés. Es una obligación básica porque el art.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 prevención compete a todos los administradores, estén o no afectados por una concreta colisión entre sus intereses y los de la sociedad.

La obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés impuesta a los administradores por la letra e) del art. 228 LSC constituye el nervio central del deber de lealtad y representa, sin duda alguna, la regulación más sobresaliente de toda la materia. La manera más eficaz de impedir que el administrador obtenga un beneficio personal indebido no es prohibiéndole alcanzar dicho resultado, sino prohibiéndole ponerse en una situación de riesgo, en la que pueda sucumbir a la tentación de alcanzarlo⁵².

Tipología de los conflictos de interés.

- El primer deber de abstención se refiere a la posibilidad de que el administrador realice alguna transacción con la sociedad; por

⁵¹ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.15.

⁵² Sánchez Calero, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.525.

transacción se entendería aquí cualquier negocio jurídico en el que la posición del administrador y la de la sociedad sean contrapuestas.

Esto se considera como un conflicto de interés ya que no hay proceso de negociación. Por eso, el administrador que se encuentre frente a esta situación debe comunicarla a la sociedad para que ésta autorice o no la operación. De no comunicarla y celebrar el contrato sin la autorización, el administrador estaría violando el deber de lealtad, y también cuando el administrador lo comunica a la asamblea de accionistas o a la junta de socios y le dan la autorización pero da prioridad su interés propio o el de un tercero a expensas del interés de la sociedad⁵³.

No obstante, la LSC hace una excepción para transacciones entre el administrador y la sociedad cuando éstas cumplan dos condiciones concurrentes: que sean operaciones ordinarias (integradas en la actividad normal de la sociedad frente a terceros, y se realiza en las mismas condiciones que para los clientes) y que esas operaciones tengan escasa relevancia (no afectan a la situación patrimonial de la sociedad, ni a la situación financiera, ni al beneficio...).

- El art.229.1 LSC introduce la prohibición de explotación de la información reservada de la sociedad con fines privados. Toda la información privada de la sociedad debe considerarse, en principio, sujeta a reserva, salvo aquella absolutamente irrelevante e inocua a ojos de cualquier observador externo. Lo que ya no puede sostenerse es que también quede fuera de la obligación de confidencialidad la información cuya divulgación no se considere idónea para provocar "consecuencias perjudiciales para el interés social". Porque de esta manera esta regla coincidiría con el principio general (que es el de guiar con certeza la conducta del administrador y la función del juzgador), con lo cual, carecería de sentido (porque ya está regulado en el principio general)⁵⁴.
- El administrador también debe abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición para influir en la realización de operaciones privadas, es decir, no puede utilizar su posición como

⁵³Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.526.

⁵⁴ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.16.

un aval o respaldo reputacional para llevar a cabo operaciones entre él y terceros.

- El administrador no debe utilizar los activos sociales en operaciones privadas, aunque pueda preverse la afectación de determinados activos para su normal y diligente desempeño, pero esto no elimina la inadmisibilidad en su utilización en operaciones⁵⁵.
- También hay conflicto de interés cuando los administradores tienen la potestad de determinar su propia remuneración. Este problema es mayor cuando hay una división entre la gestión de la sociedad, y la propiedad de la misma. En las sociedades donde no hay tal división el conflicto es menor ya que es menos probable que los administradores causen un perjuicio a la sociedad. El órgano competente para determinar la remuneración de los administradores por regla general la junta de socios. Los administradores, si son accionistas, no hay inconveniente en que fijen su remuneración, pero debe haber una relación entre el servicio que prestan a la sociedad, su experiencia profesional y los beneficios que reciben⁵⁶.
- El administrador también debe abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros, debido al riesgo de que la independencia de criterio del administrador se vea cuestionada por regalos o cualesquiera otros beneficios que pueda percibir de terceros que pudieran tener interés por influir en la gestión. Esta regla encuentra una excepción: son lícitas las atenciones de mera cortesía que el administrador pueda percibir de terceros; pero esta excepción requiere una interpretación prudente, por eso es frecuente que en esta excepción se establezcan límites cuantitativos, de forma que el deber de abstención suja a partir de la percepción de determinados regalos que excedan una suma.
- Por último, el administrador debe abstenerse de desarrollar actividades que supongan una competencia efectiva con la sociedad. Esa competencia efectiva puede ser actual o potencial⁵⁷.

⁵⁵ ⁵⁶ ⁵⁷ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.526/527.

6.2.4 El deber de información sobre situaciones de conflicto⁵⁸.

La información es un instrumento previo y útil para poder prevenir comportamientos o para facilitar el ejercicio de determinados derechos por parte de los accionistas.

Debe comunicarse cualquier situación que implique un conflicto entre los intereses del administrador y el interés social.

El deber de información, de acuerdo con el art.229 LSC les corresponde a los administradores, que "en todo caso" deberán comunicar a los otros administradores o al consejo de administración, cualquier situación de conflicto directo o indirecto que les afectara.

Este deber, al igual que el anterior, también es exigible cuando se trata de situaciones que afectan a otras personas vinculadas con el administrador.

Cuando hay un administrador único, el conflicto de interés debe comunicarlo a la junta general.

6.2.5 La imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad

El deber de lealtad no es de naturaleza dispositiva, sino que las normas que lo regulan son de carácter imperativo.

Esta imperatividad del deber de lealtad es la que permitiría entender, en sentido opuesto, que no es imperativo el régimen legal aplicable a otros deberes de los administradores, en particular, el deber de diligencia.

Por tanto, ha de impedirse que la regulación legal sustantiva pueda ser derogada o modificada en los estatutos de la sociedad o trivializada de cualquier otra forma, por dos razones fundamentales⁵⁹:

La primera es que si los socios acuerdan eximir al administrador de sus deberes de lealtad, le están exonerando de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento, lo cual choca con la idea misma de compromiso o vinculación inherente a la noción de contrato. Esta es la justificación que subyace al art. 1102 CC⁶⁰ y, en última instancia también, al art. 1256 CC⁶¹.

La segunda razón se es que esta renuncia a "la protección de la lealtad equivale a configurar atípicamente la propiedad sobre los activos cuya gestión se confía al administrador, lo que destruye la llamada función de

⁵⁸ Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 2015, p.528.

⁵⁹ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.18.

⁶⁰ Art.1102 CC: la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

⁶¹ Art.1256 CC: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

categorización, que busca establecer líneas de demarcación típicas para minimizar los costes de transacción de los terceros que se relacionan con la sociedad".

Pero ese principio de indisponibilidad o imperatividad ha de ser compatible, sin embargo, con un principio de dispensabilidad ad hoc, en cuya virtud quepa autorizar, caso por caso, las transacciones interesadas que eventualmente se presenten.

La propia LSC se encarga de matizar que es posible que el administrador se vea dispensado de actuar conforme exige la norma pero de acuerdo con el procedimiento que ella misma establece y bajo ciertas condiciones.

El art.230 LSC establece situaciones en las que cabe dispensar al administrador de las prohibiciones que se le imponen con el deber de lealtad (por eso se trata de prohibiciones relativas).

La dispensa es siempre excepcional, se refiere a casos singulares.

La dispensa supone la autorización expresa para que el administrador pueda realizar una operación que está prohibida con carácter general.

La junta general es el órgano competente para acordar u otorgar la dispensa, pero solo en los supuestos más graves: cuando tenga por objeto la dispensa de la obligación de no competencia (art. 230.3 LSC); cuando se refiera a la prohibición de retribuciones externas de administradores; o cuando afecte a una transacción vinculada cuyo importe exceda un determinado porcentaje: el 10% del valor de los activos de la compañía.

En el resto de los supuestos, la ley de reforma ha admitido que la dispensa pueda ser concedida por el órgano de administración u otra instancia de la sociedad formada única y exclusivamente por administradores independientes (art. 230.2 III LSC), lo que significa que no estén ligados o contaminados con los administradores afectados, más allá de los vínculos naturales que deriven de las relaciones de trato y colegialidad propios de la pertenencia al mismo órgano.

En todo caso, para la regulación de la dispensa, el legislador ha establecido un derecho relativamente fácil de administrar y, a la vez, relativamente difícil de eludir.

Hay tres reglas básicas⁶² en torno a las cuales gira el nuevo art. 230 LSC:

- una regla de procedimiento, que trata de asegurar la independencia del órgano que otorga la dispensa respecto del administrador afectado. Esta es la principal regla desde el punto de vista operativo
- una regla de equidad o *fairness*, que trata de garantizar el carácter equitativo de la transacción, sea porque es inocua para el patrimonio social, o bien porque se concierta en condiciones de mercado.
- una regla de transparencia.

6.2.6 La dispensa de la prohibición de no competir⁶³.

La regla general es que la prohibición de no competir sólo puede ser objeto de dispensa cuando de la operación autorizada no pueda esperarse un daño para la sociedad. Ese daño hay que interpretarlo de forma amplia, tanto si es una pérdida, como la no obtención de una potencial ganancia.

De manera excepcional la dispensa puede incluso contemplar un daño inicial siempre que resultara previsible que la sociedad viera compensado ese daño por los beneficios que se van a obtener si es autorizada la operación.

Se trata en este caso de una operación más completa que requiere un examen cauto de la operación y de sus efectos.

El art.230.3 LSC autoriza que cualquier socio proponga a la junta general el cese del administrador cuando de la operación se advierta que el riesgo de perjuicio para la sociedad no solo ya es probable, sino que puede ser relevante. Al socio que lo propone le corresponde alegar y acreditar ese riesgo, es decir, no un daño efectivo, sino la posibilidad verosímil de que la sociedad sufra un perjuicio derivado de esa competencia.

La propuesta de cese no vincula a la sociedad, órgano competente y libre para acogerla o rechazarla.

6.2.7 La cuestión de la aplicación.

Si examinamos la experiencia jurisprudencial de nuestro país e incluso la de otros vecinos en la escena europea, observamos una escasísima litigiosidad en materia de responsabilidad por infracción del deber de lealtad (ejemplos: Sentencia nº 220/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, año 2016; o la Sentencia 414/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Esto se debe principalmente a los obstáculos que impiden o retardan la litigación⁶⁴:

⁶² Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.19.

⁶³ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.21.

⁶⁴ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.22.

-las elevadas exigencias de legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

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 un 5% del capital (art. 239 LSC). Tratándose de sociedades cotizadas, nos hallamos casi siempre ante barreras prácticamente infranqueables.

Pero también debe huirse de una fórmula a la americana, que legitima a cualquier accionista (aunque sólo tenga una acción) para entablar la acción social de responsabilidad por cualquier causa (aunque sea por infracción del deber de diligencia). Los riesgos de una fórmula de este tipo son muy elevados ya que abre las puertas a la litigación frívola, infundada o directamente abusiva, que puede perturbar la vida corporativa.

Por ello lo ideal sería encontrar una solución intermedia, ampliando las posibilidades de legitimación que hay actualmente.

-la relativa opacidad de las situaciones conflictivas. Es necesaria la transparencia en las operaciones que plantean un conflicto porque ello ofrece a los accionistas la información que eventualmente pueden necesitar para litigar las violaciones del deber de lealtad; y también porque el simple hecho de tener que hacerlas públicas impedirá que se realicen algunas transacciones interesadas y determinará que las que se realicen sean, en promedio, más equitativas para los accionistas minoritarios.

-las dificultades de prueba que ha de abordar el accionista.

Cuando la transacción en cuestión está saneada por la junta, no estaríamos ante una transacción sujeta al deber de lealtad, sino más bien, al deber de diligencia.

Sin embargo, cuando la transacción sospechosa no esté saneada por la autorización de la junta general, la carga de la prueba recae sobre el administrador. A éste incumbirá deshacer la apariencia creada por el conflicto de interés y demostrar cumplidamente la razonabilidad de la transacción. Si no lo hace se presume que ha infringido el deber de lealtad.

6.2.8 El precio de la deslealtad.

La vía seguida por el legislador en esta materia ha consistido en obligar al administrador responsable no sólo a reparar el daño causado, sino también a devolver el beneficio que le haya procurado la violación de su deber de lealtad (art. 227.2 LSC). De este modo (sumando la restitución del lucro propio a la indemnización del daño ajeno), se logra, en efecto, el fin deseado, que es elevar el precio de la deslealtad⁶⁵.

Desde el punto de vista jurídico-positivo, la solución se ha encontrado a través de la aplicación analógica a todas las violaciones del deber de lealtad (operaciones vinculadas, oportunidades de negocios, *insider trading*, etc.) de las reglas contenidas en los arts. 1683 CC y 136 Código de Comercio, que disponen la restitución del lucro en el caso de violación por el socio de su obligación de no competencia, una obligación que, como hace explícito el art. 229 LSC, tiene su norma matriz en el deber general de lealtad.

El fundamento⁶⁶ de todo esto se encuentra en la relación del administrador con la sociedad y en la doctrina del mandato; de manera el agente tiene que restituir al principal (en nuestro caso, a la sociedad) todo el provecho que haya obtenido, lícita o ilícitamente, en el curso de la realización del mandato.

Finalmente, al lado las sanciones propias del sistema de responsabilidad, subsisten los remedios generales contra los actos desleales que procedan en cada caso⁵²:

- acciones de impugnación, dirigidas a obtener la anulación de un acuerdo del consejo o, en su caso, de la junta general que contradiga los deberes de lealtad de los administradores o accionistas de referencia
- acciones de nulidad, encaminadas a obtener la anulación de concretos negocios o contratos que hayan sido celebrados contraviniendo las reglas derivadas del deber de lealtad.
- acciones de cesación y remoción, cuya finalidad es obtener del Juez una resolución que ordene el cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad o la remoción de los efectos causados por ellas (art. 1098 CC *in fine*).

Esto, que parece evidente, no siempre se ha admitido en nuestra experiencia jurídica.

⁶⁵ ⁶⁶ ⁶⁷ Paz Ares, Cándido: "Anatomía del deber de lealtad"(2015), p.22-23.

7. Conclusiones:

La Ley 31/2014 ha supuesto un cambio relevante en la LSC en lo relativo al régimen jurídico de los administradores. Destaca, con respecto al deber de diligencia, la importante novedad de la incorporación de la protección de la discrecionalidad empresarial; y con respecto al deber de lealtad, la mayor concreción de su contenido, ya que se regulan las obligaciones básicas derivadas de dicho deber.

De esta manera, se atempera la regulación del deber de diligencia, a la vez que se endurece el régimen del deber de lealtad.

Todo ello, bajo el principio general de que los administradores deben actuar para el mejor interés de la sociedad.

También se ha incluido de forma más concreta el deber de los administradores de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que les sirva para el cumplimiento de sus obligaciones, frente al simple deber de información anterior a la reforma, para que éstos no puedan alegar así el desconocimiento como causa de exoneración.

Con respecto al deber de lealtad, un aspecto positivo del cambio en la regulación es que aparecen de forma detallada las conductas a las que se obliga el administrador, así como las situaciones de conflicto de interés en las que debe abstenerse.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Alfonso Sánchez, Rosalía: "Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho* (Coordinador: Luis Hernando Cebriá), Editorial BOSCH Barcelona, 2015.

Díaz Ruiz, Emilio: "La coordinación de los administradores solidarios de las sociedades de capital como manifestación del deber de diligencia" en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi Pamplona, 2017.

Hernando Cebriá, Luis: "Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1" en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho*. Editorial BOSCH Barcelona, 2015.

Ortiz del Valle, M^a Carmen: "La reforma del Gobierno corporativo de las sociedades de capital" en la Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I - Número 11 - Enero 2016.

Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad" en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Editores: Universidad Carlos III (2015).