



**UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI**

**LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES
DE SOCIEDADES DE CAPITAL TRAS LA LEY 31/2014,
PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO**

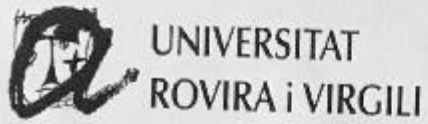
**UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO MERCANTIL**

**Doctorando: Jordi Piedra Arjona
Director: Dr. Pablo Girgado Perandones**



UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI

TESI DOCTORAL
Tarragona, abril de 2020



HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado **"LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL TRAS LA LEY 31/2014, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO"**, que presenta Don **JORDI PIEDRA ARJONA** para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado de esta universidad.

En Tarragona, a 22 de abril de 2020



El Director de la tesis doctoral
DR. PABLO GIRGADO PERANDONES

INDICE

INDICE.....	5
-------------	---

ABREVIATURAS	11
--------------------	----

CAPITULO I. INTRODUCCION. INSTRUMENTOS PARA LA MEJORA DE LA GOBERNANZA SOCIETARIA. EL ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES EN LA CULTURA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO TRAS LA LEY 31/2014. TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....13

1. Introducción.....	13
2. Instrumentos para la mejora de la gobernanza societaria.	16
2.1. El buen gobierno corporativo.....	20
2.2. El cumplimiento normativo o “compliance”.....	29
2.3. La Responsabilidad social corporativa.....	35
2.4. La contabilidad como instrumento de gobierno corporativo.	40
2.5. Ordenación del buen gobierno corporativo: de la recomendación a la norma.....	41
3. La trascendencia del cargo del administrador de sociedades de capital en el buen gobierno corporativo.....	45
4. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.....	49
5. La transparencia como criterio rector en el desarrollo del derecho societario.	52

CAPÍTULO II. EMPRESA, PROPIEDAD Y GESTIÓN. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL ADMINISTRADOR CON LA SOCIEDAD. LA RELACION FIDUCIARIA. LOS DEBERES FIDUCIARIOS.57

1. Introducción.....	57
2. La empresa y la relación entre propiedad y gestión.	59
2.1. El concepto dinámico y poliédrico de empresa y el empresario individual social.	59
2.2. Propiedad y gestión de los medios de producción: la revolución gerencial.	64
3. La Naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad.	67
3.1. Teoría contractual.	68
3.2. Teoría orgánica.	70
3.3. Teoría sincrética o mixta.	72
4. La relación administrador-sociedad como relación fiduciaria.	78
4.1. La relación fiduciaria en la tradición jurídica continental -civil law-.	80
4.2. La relación fiduciaria en el Derecho anglosajón -common Law-: la fiduciary relationship.	85
5. La relación administrador-sociedad como relación de gestión orgánica.....	91
6. Los Deberes fiduciarios derivados de la relación administrador-sociedad.	96
7. La influencia anglosajona en el desarrollo del Estatuto de deberes de los Administradores de Sociedades del derecho Continental.....	104
7.1. Duty of Loyalty.	106
7.2. Duty of care.	108
8. Imperatividad o disponibilidad de los deberes fiduciarios.	109
9. Naturaleza jurídica de la obligación de administrar.	112

10.	La Ordenación de los deberes de los administradores de sociedades en España. Soft Law y derecho positivo en la legislación societaria española.....	114
10.1.	Primera etapa: el desarrollo del soft Law en España.....	114
10.2.	Segunda etapa: evolución de la articulación de los deberes fiduciarios de los administradores como derecho positivo.	119
10.2.1.	El Código de comercio de 1829.....	120
10.2.2.	El Código de comercio de 1885.....	120
10.2.3.	La Ley de Sociedades Anónimas de 1951.....	121
10.2.4.	La Ley de Sociedades Anónimas de 1989.....	121
10.2.5.	La Ley de Transparencia de 2003.....	122
10.2.6.	La Ley de Sociedades de Capital de 2010.....	123
10.2.7.	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.....	124
11.	Epílogo.....	127

CAPITULO III. EL DEBER DE DILIGENCIA COMO ESTANDAR DE CONDUCTA. LA PROTECCION DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL COMO ESTANDAR DE REVISION.129

1.	Introducción.....	129
2.	El Deber general de Diligencia.....	131
2.1.	Delimitación conceptual. El deber general de diligencia como estándar de conducta y como estándar de revisión.....	131
2.2.	Fuentes de producción de deberes de los administradores.	136
2.2.1.	La Ley.....	137
2.2.2.	Los Estatutos sociales.....	139
2.2.3.	Los Reglamentos de régimen interior y los acuerdos de la Junta General.	141
2.2.4.	Los códigos de conducta.....	142
2.3.	El deber de diligencia como estándar objetivo de actuación.....	143
2.3.1.	Contenido objetivo del deber de diligencia: “la diligencia de un ordenado empresario”.....	143
2.3.2.	Ejercicio efectivo del cargo. El deber de administrar.....	148
2.3.3.	Dedicación adecuada.....	152
2.3.4.	El deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad.....	155
2.3.5.	El Derecho-Deber de información.....	157
2.4.	El deber de diligencia como estándar subjetivo de actuación.....	163
2.4.1.	La naturaleza del cargo.....	164
2.4.2.	Las funciones atribuidas.....	165
2.4.3.	Incidencia de la pericia del administrador sobre el juicio de diligencia... ..	166
3.	El deber de diligencia en el juicio de responsabilidad: la incorporación a nuestro derecho de la Business Judgment Rule.....	169
3.1.	Concepto y finalidad.....	169
3.1.1.	Protección de los administradores del sesgo retrospectivo de los jueces.....	173
3.1.2.	Evitar el escrutinio judicial.....	175
3.1.3.	Promover la asunción de riesgos empresariales.....	176
3.1.4.	Mantener al órgano de administración como el órgano decisorio.....	178

3.1.5. Garantizar que sea el mercado el fiscalizador de la idoneidad de la conducta de los administradores.....	178
3.2. Origen y evolución de la Business Judgment Rule.	179
3.3. Naturaleza de la regla de la discrecionalidad empresarial: presunción o estándar de revisión vs excepción o doctrina de la abstención.	184
3.3.1. La regla de la discrecionalidad empresarial como estándar de revisión...185	
3.3.2. La regla de la discrecionalidad empresarial como doctrina de abstención, como excepción o como “puerto seguro”.....	188
3.4. Presupuestos de aplicación de la Business Judgment Rule.	190
3.4.1. Ámbito material: “decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial”.....	190
3.4.2. Ámbito formal: modo de adopción de la decisión.....	194
3.4.2.1. Actuación de buena fe.....	194
3.4.2.2. Ausencia de interés personal en el asunto objeto de decisión.	207
3.4.2.3. Información suficiente.	199
3.4.2.4. Con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.	202
3.4.3. Decisiones excluidas del ámbito de la discrecionalidad empresarial	203

CAPITULO IV. EL DEBER DE LEALTAD. CONCEPTO. PRESUPUESTOS. CONTENIDO BASICO.207

1. Introducción.....	207
2. Delimitación conceptual.....	209
3. Presupuestos.	214
3.1. Desempeño del cargo con la lealtad propia de un “fiel representante”.....	217
3.2. Obrar de buena fe.	218
3.2.1. Delimitación conceptual.	218
3.2.2. Clases y funciones: buena fe objetiva y buena fe subjetiva.....	221
3.2.3. La Buena fe exigible al administrador de sociedades.....	225
3.3. Obrar en el mejor interés de la sociedad.	228
3.3.1. Teoría monista o contractualista.	231
3.3.2. Teoría pluralista o institucionalista.....	234
3.3.3. El interés social en la legislación societaria española, en la jurisprudencia y en los códigos de buen gobierno.....	236
3.3.3.1. En la Legislación.....	236
3.3.3.2. En la Jurisprudencia.	238
3.3.3.3. En los Códigos de buen gobierno.....	239
3.3.4. El interés social en el debate entre lo jurídico y lo ético.	242
4. Relación entre los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad.....	247
5. Obligaciones derivadas del deber de lealtad.....	250
5.1. Ejercicio leal de las facultades que le han sido concedidas.	251
5.2. Deber de secreto.....	253
5.3. Deber de abstención.	258
5.4. Responsabilidad personal, libertad de criterio e independencia respecto de terceros.....	261
5.5. Evitar situaciones de conflicto de interés.....	265

CAPITULO V. EL DEBER DE LEALTAD II. SITUACIONES CONFLICTUALES. RÉGIMEN DE IMPERATIVIDAD Y DIPENSA.....269

1. El conflicto de interés.....	269
1.1. Introducción.....	269
1.2. Concepto.....	272
1.3. Elementos y clases.....	274
1.3.1. Conflicto real y conflicto potencial.....	276
1.3.2. Conflictos no eficientes -convergencia de intereses- y conflictos lesivos o eficientes.....	276
1.3.3. Conflictos directos e indirectos.....	276
1.3.4. Conflictos en interés propio y en interés de tercero.....	277
1.3.5. Conflicto económico y conflicto posicional.....	277
1.3.6. Conflicto permanente o estructural y ocasional o coyuntural.....	277
2. Antecedentes.....	278
2.1. El conflicto de interés en la legislación societaria española.....	278
2.2. El conflicto de interés en los instrumentos de soft law.....	280
3. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.....	282
3.1. Situaciones conflictuales.....	282
3.1.1. Realización de transacciones con la sociedad.....	285
3.1.2. Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para operaciones privadas.....	289
3.1.2.1. Utilizar indebidamente el nombre de la sociedad.....	291
3.1.2.2. Invocar indebidamente su condición de administrador.....	292
3.1.3. Hacer uso de los activos sociales con fines privados.....	293
3.1.4. Aprovechamiento de las oportunidades de negocio.....	296
3.1.5. Obtención de ventajas o remuneraciones.....	300
3.1.6. El desarrollo de actividades competitivas.....	303
3.2. El beneficiario de las conductas desleales.....	306
3.3. La obligación de informar del conflicto a la sociedad y a terceros.....	307
3.3.1. La obligación de comunicar el conflicto a la sociedad.....	307
3.3.2. La obligación de comunicar el conflicto a terceros.....	311
4. Imperatividad del deber de lealtad y régimen de dispensa.....	311
4.1. Introducción.....	311
4.2. La imperatividad del régimen relativo al deber de lealtad.....	312
4.3. Régimen de autorización expresa. Dispensa vs Imperatividad.....	315
4.4. Actos susceptibles de dispensa.....	318
4.5. Órgano competente para la concesión de la dispensa.....	319
4.6. Presupuestos de concesión de la dispensa.....	322
4.6.1. La dispensa ha de constar como punto separado del orden del día y su tratamiento debe ser autónomo entre los asuntos a tratar.....	322
4.6.2. Mayorías necesarias para la adopción del acuerdo de dispensa.....	323
4.6.3. La dispensa debe ser expresa.....	323
4.6.4. El acuerdo de dispensa debe adoptarse de forma autónoma y específica, para cada caso concreto sin que resulte admisible la dispensa genérica.....	324
4.6.5. Inocuidad de la operación para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.....	324
4.7. Efectos de la dispensa. Revocabilidad. Ratificación de actos desleales.....	325

5. Régimen de personas vinculadas a los administradores.....	332
--	-----

CAPITULO VI. ACCIONES DERIVADAS DE LA INFRACCION DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS. ACCION SOCIAL E INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. OTRAS ACCIONES.....337

1. Introducción.....	337
2. La responsabilidad exigible a los administradores sociales.	342
2.1. Introducción.	342
2.2. Naturaleza jurídica.	344
2.3. Presupuestos.	346
2.3.1. Acción u omisión contraria a la ley.	347
2.3.2. Daño.	348
2.3.3. Culpa.	350
2.3.4. La relación o nexo causal.....	351
3. Extensión subjetiva de la responsabilidad.	353
3.1. El administrador de hecho sin título.....	355
3.2. El administrador de hecho con título nulo o extinguido.	356
3.3. Aquellos bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.....	356
3.4. Extensión del régimen a quien tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad.....	358
4. Acciones de responsabilidad contra el administrador de sociedades.	359
4.1. Introducción.	359
4.2. Cuestiones controvertidas en relación a la legitimación plural y a la acción de responsabilidad ejercitable ante la infracción de los deberes fiduciarios.....	363
4.3. Carácter solidario de la responsabilidad.....	366
4.4. La Acción social de responsabilidad.....	368
4.4.1. Concepto y función.	368
4.4.2. Competencia y legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios del administrador de sociedades.....	370
4.4.2.1. Legitimación activa directa por la propia sociedad.....	372
4.4.2.2. Legitimación de los socios y acreedores.....	372
a) Legitimación subsidiaria de primer grado de los socios.	373
b) Legitimación directa de los socios minoritarios por infracciones al deber de lealtad.	375
c) Legitimación subsidiaria de segundo grado por los acreedores.....	376
4.5. La Acción individual de responsabilidad.....	376
4.5.1. Presupuestos.....	377
4.5.2. Naturaleza e idoneidad de la acción individual para exigir responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios derivados del contrato de administración.....	378
4.5.3. La acción individual para exigir responsabilidad por la conducta “extra societaria”.	382
4.6. Referencia a la prescripción de las acciones de responsabilidad.	383
5. Otras acciones contra el administrador de sociedades por la infracción del deber de lealtad.....	385

5.1.	La acción de enriquecimiento injusto.....	387
5.1.1.	Planteamiento previo y naturaleza.	387
5.1.2.	Presupuestos.....	389
5.1.3.	Distinción entre la acción de indemnización por daños y la acción de enriquecimiento injusto.	391
5.1.4.	Examen de la incorporación de la acción de enriquecimiento injusto.	392
5.2.	Acción de impugnación.....	394
5.3.	La acción de cesación.....	394
5.4.	La acción de remoción.	396
5.5.	La acción de anulación de los actos o contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.	397
6.	La separación o exclusión del administrador por infracción de los deberes fiduciarios.	399
6.1.	Cese o separación del administrador.....	399
6.2.	Exclusión del socio administrador.	400
	CONCLUSIONES	403
	BIBLIOGRAFIA	417
	JURISPRUDENCIA CITADA	448

ABREVIATURAS

AAMN: Anales de la Academia Matritense y del Notariado
Ac. Man. Rev: The Academy of Management Review
AC: Actualidad Civil
ADC: Anuario de Derecho Civil
AEI: The American Enterprise Institute
AFDUAM: Anuario de Universidad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Análisis GA&P: Análisis Gómez Acebo & Pombo
Am. Econ. Rev: The American Economic Review
Am. Pol. Sc. Rev: The American Political Science Review
BOE: Boletín Oficial del Estado
Boston Univ. LR: Boston University Law Review
Bus. Law: The Business Lawyer
CC: Código Civil
CdC: Código de Comercio
CDC: Cuadernos de Derecho y Comercio
CE: Constitución Española
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
Colum. LR: Columbia Law Review
Cornell. LR: Cornell Law Review
Del. JCL: Delaware Journal of Corporate Law
Econ.J: The Economic Journal
EJB: Enciclopedia Jurídica Básica
Flo. St. Univ. LR: Florida State University Law Review
Fordham LR: Fordham Law Review
Harv. BR: Harvard Business Review
Harv. LR: Harvard Law Review
Hofstra LR: Hofstra Law Review
I&L: Revista Iuris & Lex
J. Law & Econ: The Journal of Law and Economic
JLS: The Journal of Legal Studies
JBE: Journal of Business Ethics
JF: Journal of Finance
JFin&Econ: The Journal of Financial Economics
JIB& LR: Journal of International Banking Law and Regulation
JL& Econ: The Journal of Law and Economics
JM& Mor: The Journal of Markets and Morality
LDC: Ley de Defensa de la Competencia
LMV: Ley del Mercado de Valores
North. Univ. LR: Northwestern University Law Review
NY Univ. LR: New York University Law Review
NZG: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RAJL: Real Academia de Jurisprudencia y legislación
RAD: Revista para el Análisis del Derecho
RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCSIC: Revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas
RD. Ar: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil
RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado

RDM: Revista de Derecho Mercantil
RDN: Revista de Derecho Notarial
RDP: Revista de Derecho Privado
RdS: Revista de Derecho de Sociedades
REF: Revista de Estabilidad financiera
Rev. Econ: Revista de Economía
Re. DN: Rev. Derecho de los Negocios
RGD: Revista General de Derecho
RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. Dir. Comm: Rivista di Diritto Commerciale
RJC: Revista Jurídica de Cataluña
RJN: Revista Jurídica del Notariado
RRSE: Revista de Responsabilidad Social de la Empresa
RUD: Revista de la Universidad de Deusto
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
SJMerc: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
Stanford. LR: Stanford Law Review
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
U. Chicago LR: University of Chicago Law Review
U. II. L&E: University of Illinois Law and Economics
UNACC: Unión Nacional de Cooperativas de Crédito
Vand LR: Vanderbilt Law Review
Yale LJ: Yale Law Journal
ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

CAPITULO I. INTRODUCCION. INSTRUMENTOS PARA LA MEJORA DE LA GOBERNANZA SOCIETARIA. EL ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES EN LA CULTURA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO TRAS LA LEY 31/2014. TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.

1. Introducción

Constituye el objeto del presente trabajo de investigación el examen de la posición del administrador de las sociedades de capital en el marco de la relación fiduciaria que les une y vincula con la sociedad que administran. El referido objeto ocupa un destacadísimo lugar en el moderno movimiento de *Corporate Governance*¹ de ahí que devenga de incuestionable actualidad como consecuencia de la profusa voluntad ordenadora en la materia² -bien a través de instrumentos de *hard law* o de *soft law*³-, y, señaladamente, tras ya unos años de vigencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, rubricada y dirigida a “la mejora del gobierno corporativo”⁴.

En la apuntada dirección constituirá el objeto de la investigación la posición del gestor social tras la profunda modificación que la referida disposición legal 31/2014 ha

¹ En cuanto a la nomenclatura elegida, importada del *Common law*, cabe señalar que, como señala OLIVENCIA, M., “El buen gobierno de las sociedades y su evolución”, *RDB* núm. 108/2007, pp. 209 ss., “Las consideraciones “semánticas” tienden a explicar el significado del sintagma “Buen Gobierno” y la preferencia sobre la expresión “Gobierno corporativo”, traducción de la inglesa *Corporate Governance*, que, si bien responde a la “denominación de origen” del fenómeno, no corresponde a la pureza del lenguaje jurídico español”. Por su parte, PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” *Working Paper* núm: 182 Barcelona, enero de 2004. *InDret* 1/2004, p.3 ss., donde el autor señala la ya clásica acepción del concepto y función del gobierno corporativo señalando que no es otro que “fortalecer la confianza suministrando instrumentos de salvaguardia y supervisión aptos para alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo y el grupo de control) con los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios)”.

² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en ESTEBAN VELASCO, G (Coord); *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, pp. 419 y 420, sostiene el autor que “No parece que sea exagerado afirmar que uno de los pilares fundamentales en los que descansa, o debería descansar, el movimiento conocido como “Gobierno de las sociedades” es el relativo a los deberes de los administradores”.

³ MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de buen gobierno*, ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª ed., julio 2015, p.2, señala el autor, en relación al *soft law* que “la falta de obligatoriedad de muchas de las recomendaciones y prácticas reconocidas a nivel internacional, han sido un factor coadyuvante en la falta de prevención y de resolución rápida de la crisis económica y financiera de los últimos años”.

⁴ Así, señala PAZ ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. *RdS*, Pamplona, 2003, pp. 67-68, entre los más importantes instrumentos del gobierno corporativo los siguientes:

- “i) la constitución de un consejo de administración con alta capacidad de supervisión de la instancia ejecutiva de la compañía;
- ii) el establecimiento de un sistema de opas y de mecanismos de lucha para la obtención de delegaciones de votos, que faciliten la competencia por el control;
- iii) el diseño de sistemas de remuneración y contratos de incentivos capaces de reconciliar los intereses de los managers y los intereses de los inversores;
- iv) la concentración parcial de la propiedad y la centralización del control en manos de uno o varios accionistas de referencia con incentivos suficientes para vigilar al *management*;
- v) el reposicionamiento de los inversores institucionales como fuerzas proactivas en los foros de accionistas; y
- vi) la implantación de un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios”.

acometido en el capítulo III del título VI del texto refundido de la Ley de Sociedades de capital rubricado “Los deberes de los administradores” que determina un cuerpo estatutario de deberes del administrador de sociedades idóneo para caracterizar la figura del gestor social como una profesión que impone un necesario contenido y dedicación funcional, una observancia del escenario normativo -directa o indirecta-, y una aplicación a la gestión social alineada al interés social con diligencia general, buena fe y lealtad corporativa.

La aproximación al referido objeto de investigación exige una previa labor reflexiva y expositiva sobre la génesis de la aparición de la figura del administrador de sociedades, la naturaleza de la relación, de corte fiduciario, sobre la que se edifica el vínculo, así como el conjunto de instrumentos, en su marco estatutario, dedicados a la monitorización y control de su actuación y que construyen la función gestora. Finalmente, se dirigirá la atención al examen de los efectos que el ordenamiento pone a disposición de la sociedad, socios o terceros para el caso de infracciones de los deberes fiduciarios derivados del ejercicio del cargo.

La delimitación conceptual y funcional de la figura del administrador de sociedades está imbuida de una potente carga ideológica de gran actualidad y efervescencia al tiempo del presente trabajo de investigación. La proyección social de los instrumentos de gobierno corporativo y las corrientes institucionalistas, cada vez más asumidas por las legislaciones y valoradas por los mercados, se están introduciendo en nuestra tradicional acepción del interés social dotando a la cultura corporativa de una importancia que trasciende al tradicional alineamiento del interés social con la maximización de los beneficios de los titulares de la compañía.

Gobierno Corporativo, buen Gobierno y ética negocial, responsabilidad social corporativa, responsabilidad social empresarial, sostenibilidad, inversión responsable. Algo se mueve en el núcleo del tejido empresarial como consecuencia de las líneas impuestas por algunos grandes inversores y que obligan a definir nuevas formas de actuar en las empresas que se van, progresivamente, incorporando a nuestras legislaciones -y prácticas comerciales- superando la tradicional visión contractualista del interés social.

Tal visión, seguida mayoritariamente por nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia⁵, incide, con significativa intensidad, en el perfil y función del administrador. En tal sentido, el gestor social debe atender ya, no solo a la propia fiscalización del órgano representativo de la voluntad social, sino a la reacción del mercado y a la confianza y valoración que a este le merece una compañía interesada en articular una monitorización gestora, una cultura dirigida a evitar las situaciones conflictuales y la detección de

⁵ Como tendremos ocasión de examinar, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia han abrazado, mayoritariamente, las teorías unitaristas o contractualistas, así SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas: (estructura de gobierno y Mercados)*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2. Madrid, 2006, pp. 851 ss.; PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas”. *InDret. 1/2014*; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, ed. Civitas. Madrid. 1995; o JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ed. Aranzadi. Pamplona. 1995. Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia es célebre la STS de 19.2.1991 que hace referencia a la teoría contractualista, señalando dicha dirección como la “consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios (...)”.

conductas delictivas así como una voluntad de cooperar e interesarse por su entorno sociocultural.

La conclusión parece pasar por entender la necesaria y progresiva asunción de una nueva cultura societaria que trascienda a la economicidad inherente de la voluntad de los socios dotando al interés social de un elemento de corte público que le impida abstraerse de la realidad integral (económica, social, cultural, medio ambiental, etc...), que rodea a la compañía pero que, a su vez, vaya de la mano de la propia naturaleza privada de lo que constituye una “unión de personas con un fin particular” sin que, a ese nuevo escenario sincrético, sean capaces de responder las tradicionales teorías contractualistas e institucionalistas o las *shareholder's theories* y *stakeholders theories*⁶.

No obstante, no se ignora que esa voluntad sincrética se aleja del enfoque contractualista que acompaña a nuestra realidad societaria dominada por motivos menos exóticos y anudados a la tradición jurídica española que no aspira a más que a seducir a la voluntad social con las miras puestas, exclusivamente, en las cuentas de explotación y en el cortoplacismo economicista como criterio rector.

El presente trabajo pretende, a través de un examen de la relación y de la posición funcional del administrador de sociedades, plantear un espacio de análisis y reflexión acerca de soluciones que, aun admitiendo planteamientos ideológicos tan dispares, no desprecien la atención del gestor social sobre baremos externos y aparentemente alejados de los resultados del ejercicio, para crear valor, sinergias interpersonales y, en consecuencia, crear posteridad aún impregnando de lo público, esto es “socializando”, lo que nace en un escenario de atavismo comercial y crece en un escenario de privacidad ajeno a los intereses del tejido social concurrente.

La investigación comenzará delimitando la relación que une al administrador con la sociedad que gestiona. Un amplio sector de la doctrina ha caracterizado la figura como una relación fiduciaria generadora, en su caso, de una serie de deberes que merecen idéntica nomenclatura. El carácter fiduciario y la inidoneidad de dicha relación con la naturaleza propia de la relación fiduciaria propia de los negocios fiduciarios merecerá nuestra atención siendo que, como así se expondrá, una relación con base sintética en la *fides* (mandato, comisión, esto es relaciones representativas) no merece, por imperativo de nuestra tradición jurídica, el carácter de relación fiduciaria consecuente al negocio de igual nombre sino a un mero contrato de confianza y representación en el que la buena fe impregna el *integrum* del contenido prestacional. Acudiremos, en el referido menester, asimismo, al *Common Law* donde el carácter de esa relación administrador-sociedad ha alcanzado mayores cotas de precisión y desarrollo.

⁶ Resulta, por otra parte, paradójico que, siendo EE.UU el país mayoritariamente promotor de los instrumentos e inquietudes ordenadoras dirigidas a promover el movimiento de *corporate governance*, fuera desde el *Common Law*, desde donde arrancaron las teorías unitarias o contractualistas que señalaban, como único fin social, el de la maximización de los intereses de los socios sin que el administrador social esté habilitado para perseguir otro fin -se considerará extrasocial- que no sea el común y maximizador del interés de los socios. Por consiguiente, para las *shareholders theories* el interés social no se puede identificar más que con el interés exclusivo de los socios o accionistas que no es otra cosa que la maximización del valor de sus activos bajo la idea liberal de la idoneidad del mercado como el más adecuado fiscalizador de los precios de los activos. Se trata de una concepción financiera del interés de la empresa.

El estudio de los deberes que, de naturaleza fiduciaria, vertebran y dan contenido al desarrollo funcional del cargo de administrador serán examinados y analizados, con generoso detalle, procurando dar respuesta al enclave propio que, cada uno de ellos, merece. Así, mientras que el deber de diligencia se asienta sobre el marco funcional operativo societario, tanto activo como omisivo, el deber de lealtad encuentra su escenario idóneo en el marco ético, moral o deontológico dirigido a evitar situaciones conflictuales del gestor social.

Finalmente, el efecto propio de la eventual infracción de los deberes fiduciarios por el administrador social culminará nuestro análisis con énfasis -consecuente a la *praxis* de los tribunales de justicia- en la acción de responsabilidad pero también con especial atención a las acciones derivadas de la infracción directa al deber de lealtad que han visto la luz a partir de su introducción por la Ley 31/2014 -art. 232 LSC. Por consiguiente, las acciones de impugnación, de cesación, de remoción de efectos y de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores infringiendo su deber de lealtad- así como la propia acción de enriquecimiento injusto introducida en el apartado segundo del art. 227 LSC-, serán, asimismo, objeto de nuestro análisis.

2. Instrumentos para la mejora de la gobernanza societaria.

Si bien la implantación de instrumentos dirigidos a la mejora de la gobernanza societaria se gesta en el ordenamiento anglosajón, España, si bien con cierto retraso, se ha sumado a la tendencia general de emisión de Códigos de buen gobierno que se iniciara, en su día, en el Reino Unido con el Informe Cadbury en 1992⁷. Los instrumentos adoptados en el seno del ordenamiento español -o de incidencia sobre el mismo- serán objeto de examen si bien poniéndolos en relación con lo que constituye el contenido propio objeto del presente trabajo.

En el sentido apuntado, el Informe del Círculo de Empresarios⁸, el Informe Olivencia⁹, el Informe Aldama¹⁰, el Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2006¹¹ y su texto actualizado de 2013, o el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas -CNMV 2015¹²- constituyen instrumentos que enumeran recomendaciones, que

⁷ El Informe Cadbury se publicó en 1992 dirigido por Adrian Cadbury e integrado por un comité de 14 miembros que representaban al Banco de Inglaterra, la Bolsa de Londres, la Universidad y el mundo empresarial, entre otros. Se ha situado su génesis en la voluntad de dar respuesta a los escándalos corporativos de BCCI, Polly Peck y Maxwell, y fue seguido en la creación del Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido.

⁸ En efecto, de extraordinaria relevancia a la hora de abordar el debate sobre gobierno corporativo constituyen dos documentos elaborados por el Círculo de Empresarios: en 1995 el llamado “Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de administración” y en 1996 el conocido por “Una propuesta de normas de mejor funcionamiento de los Consejos de Administración” que dieron lugar a la elaboración de los primeros Reglamentos internos de los Consejos de Administración en algunas de las más relevantes sociedades cotizadas españolas.

⁹ Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades creada en reunión del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997.

¹⁰ Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas de 8 de enero de 2003, Comisión constituida en reunión del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002.

¹¹ Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de valores por el que se aprueba el documento único de recomendaciones de gobierno corporativo en desarrollo del mandato recibido por el apartado primero f) de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre.

¹² Por Acuerdo de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, dirigida a los objetivos de “velar por el adecuado

adolecen del carácter de imperativas, orientadas a asegurar el adecuado desempeño de las funciones de supervisión y control con la finalidad de que los inversores depositen su confianza en los mercados.

De este modo, la legislación imperativa española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir, o no, estas recomendaciones de gobierno corporativo y únicamente exige que, cuando no las sigan, expliquen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos¹³.

Cabe señalar que, de la revisión de los instrumentos de *soft law* relacionados, se desprende que las principales cuestiones que han sido abordadas en la reflexión sobre el gobierno societario han girado en torno a la estructura y control interno de la sociedad, afrontando en particular cuestiones relativas a la estructura del consejo, la distribución de tareas y su funcionamiento interno teniendo en cuenta, asimismo y muy especialmente, el tema de la remuneración de los administradores.

Ahora bien, situando en la cúspide de la preocupación del movimiento del buen gobierno corporativo al órgano de administración y a la voluntad de contener, monitorizar y controlar la estúpida detentación de poder de los mismos, el estatuto de deberes del administrador de sociedades no ha sido más que objeto de referencias aisladas dirigidas a promover una pedagogía ética y para establecer procedimientos internos de control de los conflictos. No obstante lo anterior, en los instrumentos de *soft law* publicados en España, al igual que ha ocurrido en Estados Unidos, sí que se ha señalado la necesidad de establecer y dotar al órgano de administración de un cuerpo estatutario de deberes situando ese *desiderátum* en la cúspide de sus inquietudes ordenadoras.

funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; de generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; de mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas, y de asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor”. Este Código de buen gobierno viene a sustituir al Código unificado anterior bajo el mismo principio de “cumplir o explicar” incorporando un conjunto de recomendaciones que no tiene carácter vinculante pero cuyo cumplimiento, o no, deberán explicar las sociedades en el Informe Anual de Gobierno corporativo.

¹³ En este sentido el Informe Olivencia se señala [v. id., I.4] que “no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por lo tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo”. De ahí que sus recomendaciones vayan dirigidas a las sociedades “para que, al amparo de la autonomía de la voluntad privada y de las facultades de autorregulación de sus órganos, adopten las decisiones conducentes a su mejor gobierno” [id., I.2]. El Código no trata de “proponer normas de Derecho objetivo, sino de ofrecer a la consideración de las sociedades destinatarias un catálogo de medidas que, en uso de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico”. Por su parte, el Informe Aldama, sub. VI.1, se reafirma en que las medidas que expone se sitúan “como recomendaciones dirigidas ante todo a las propias empresas objeto de este Informe, en el ámbito de la autorregulación”. El informe justifica este parecer, tanto por establecer una línea de continuidad con el Informe Olivencia cuanto por la convicción de que los problemas del gobierno corporativo “se aborda mejor desde la flexibilidad de la autorregulación, bajo el principio constitucional de la libertad de empresa, y con la sanción del mercado al régimen de autogobierno elegido por cada sociedad en condiciones de transparencia”. Es decir, que la autorregulación se apoya fundamentalmente en el “deber de informar constantemente sobre el modo de enfocar los asuntos relativos al gobierno corporativo y a las razones para hacerlo de un modo u otro”.

Nuestro país, no obstante, ha contado con una serie de obstáculos de profundo arraigo social y político, a saber: la existencia de una larga tradición de coordinación económica estatal y reglamentista y de un mercado de capitales centrado en torno a los bancos e instituciones financieras, con una frecuencia alta de participaciones accionariales cruzadas, capital social concentrado y unos gestores habituados a relaciones de proximidad con los poderes públicos y relativamente poco controlados por su consejo de administración y, menos aún, por su Junta de socios o accionistas.

Los cambios legales, las normas y los códigos de Buen Gobierno que se han desarrollado, junto con las obligaciones que de ellos se derivan, se asocian, normalmente, a las exigencias que se imponen a las grandes empresas, especialmente a las cotizadas. Sin embargo, el espíritu de dichas normas y, en muchos casos, la literalidad de las mismas, son igualmente válidas para empresas no cotizadas y de menor tamaño¹⁴. La razón estriba en que los principios básicos que inspiran la necesidad de Buen Gobierno Corporativo son, en el fondo, de aplicación general con independencia del tamaño de la empresa y de la forma de estructurar jurídicamente la propiedad y la gestión de la misma¹⁵. Por consiguiente, el buen Gobierno debe constituir una aspiración legítima de toda empresa, cotizada o no.

La extensión de los principios de buen gobierno corporativo a las sociedades no cotizadas encuentra su justificación en unas razones más prosaicas y diferentes de las que inspiran los códigos aplicables a las empresas que acuden a los mercados de valores para su financiación. Un primer motivo sería, precisamente, preparar el camino para poder cotizar, pero también existen otras razones que justificarían la adopción de las recomendaciones de buen gobierno por parte de las sociedades que no cotizan en un mercado bursátil, y aun cuando no entre dentro de sus planes dejar de ser una compañía cerrada.

En este último caso, las sociedades que decidieran adoptar principios de buen gobierno corporativo sin acudir a los mercados bursátiles se beneficiarían de la amplia aceptación internacional de que disfrutan los estándares de buen gobierno, lo que es de gran utilidad para generar confianza en los inversores, los proveedores, los clientes y las entidades financieras, y lo que en última instancia serviría a la sociedad que aplica principios de buen gobierno sin estar obligado a ello para mejorar sus expectativas de crecimiento y para favorecer su competitividad¹⁶.

¹⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “El gobierno corporativo de las sociedades mercantiles y la protección de los accionistas minoritarios”. *Revista eXtoikos*, nº 21, 2018, p. 9, señala que “En las entidades de menor tamaño, sean de capital o no, ya se trate de pequeñas o medianas empresas, incluso de empresas familiares, no se suele encontrar una separación acusada entre la propiedad y la gestión. Es decir, los propietarios de estas entidades bien son sus gestores al mismo tiempo, bien se encuentran relativamente cerca de los administradores para disponer de la suficiente información para la toma de decisiones en el órgano societario adecuado y para la supervisión de la acción gestora. En consecuencia, la ausencia de una asimetría informativa entre los dueños y los administradores, entre el principal y sus agentes, permite una relajación de los estándares de gobierno”.

¹⁵ En efecto, pese a la importancia de las empresas no cotizadas, que representan más del 80% de la actividad económica del país, no existe actualmente en España ningún Código de Buenas Prácticas de Buen Gobierno para Empresas no cotizadas.

¹⁶ HIERRO ANIBARRO, S / ZABALETA DÍAZ M., “Buen gobierno de la Pyme y de la empresa familiar en la Unión Europea” en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009, p. 232.

Pues bien, vamos a referirnos a los instrumentos que han generado -y están generando- la inquietud del legislador para producir normas dirigidas a la mejora de la gobernanza societaria susceptibles de delimitar el marco de actuación del administrador de sociedades cuya posición funcional constituye el objeto del presente trabajo. Con ello, haremos referencia a la distinción entre control y propiedad de la compañía y de la posición del administrador en el despliegue y ejecución de las medidas de buen gobierno teniendo presente la relación representativa, de corte fiduciaria, entre este y la sociedad.

No obstante lo anterior, cabe hacer una previa matización en relación a la idoneidad de los instrumentos de gobernanza societaria en esa monitorización control-propiedad. Y es que, como resulta obvio, el despliegue de esos instrumentos en el marco de una sociedad cerrada con reducido número de socios que, a su vez, gestionan la sociedad, será mínimo, pues la propiedad y el control societario descansarán sobre idénticos sujetos. A diferencia de estas, las sociedades que disponen de una amplia base personal tienden a disciplinar la función gestora a través de mecanismos de control orgánico dirigidos a la autorregulación de la propia administración. En estos casos, los propios administradores configuran un sistema interno de distribución de funciones cuya vigilancia se atribuye al órgano de administración.

Así, las sociedades cerradas se caracterizan por la concurrencia de un número reducido de socios, por la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad y por la ausencia de un mercado institucionalizado para la transmisión de las participaciones sociales. En tales sociedades no existe plena separación entre control y propiedad, dado que una base corporativa reducida permite que la mayoría de los socios participen directamente en la gestión¹⁷.

En el sentido apuntado, una sociedad con un reducido grupo de socios facilita que la participación relativa del socio en la sociedad sea apreciable y que el interés del socio tienda a ser activo. En tales casos, los socios pueden interesarse, directamente y de forma eficaz, por la evolución del negocio a través del ejercicio de sus derechos sociales que le sirven de medios legales de tutela de su posición social, bien sea: i) participando en la Junta y desarrollando, en su seno, a través de la mayoría del capital, sus funciones en relación al nombramiento, cese y ejercicio de un control continuo al administrador, ii) ejerciendo un control a los gestores mediante el ejercicio de los derechos de información, ya sea de forma individual o a través de los derechos de minoría y, en particular, a través del derecho a examen de la contabilidad y, iii) instrucionando, los socios mayoritarios a los administradores a través de la junta general, en aquellos casos en que unos y otros no

¹⁷ Una caracterización de las sociedades cerradas y a la participación en las mismas de los socios se puede encontrar en el estupendo trabajo doctoral de RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2004, p. 49 donde sostiene que “En relación a la participación de los socios en la gestión caben dos subtipos de sociedades cerradas. El primero se da en aquellas sociedades en que todos los socios participan de forma activa en la gestión, estructura que la ley facilita en las sociedades colectiva cuando faculta a todos los socios a participar en la administración de la sociedad sin necesidad de nombramiento por socios que representen a una mayoría del capital (art. 129 CdC). El segundo subtipo está formado por aquellas sociedades en las que sólo unos socios son gestores activos, en cuyo caso, los socios gestores tienen un incentivo para maximizar los beneficios de la gestión a expensas del dividendo o del patrimonio social. Es más, cuanto mayor sea la participación en el capital del socio administrador, mayor será su incentivo para gestionar en interés de la sociedad y menor sus potenciales conductas estratégicas, hasta el punto de atenuarse y suprimirse en el caso de que sea el titular único de participaciones sociales”.

sean los mismos, lo cual nos sitúa en un tipo societario en el que existe una limitada separación entre propiedad y control.

En el lado contrario al señalado, se encuentran las sociedades abiertas provistas de una extensa base personal precisada de una estructura sólida y garante de la disociación control-propiedad. El gobierno y, en particular, el control de gestión en la gran sociedad ha generado durante los últimos treinta años un amplio debate en relación al despliegue de mecanismos que aseguren su dirección y control en el marco de las economías globalizadas y de ausencia de restricciones que hagan prácticamente intransmisible la acción como se prevé en el art. 123.2 LSC. Al conjunto de tales mecanismos o herramientas de marcado carácter de ordenación relacional intraorgánica societaria se ha venido denominado gobierno corporativo.

Pues bien, nos referiremos al *corporate* o gobierno corporativo en su vasta acepción ideológica y material de instrumento dirigido a garantizar la buena gobernanza societaria en la toma de decisiones estratégicas, la regulación de los mecanismos de control societario, los programas de cumplimiento normativo y el ámbito relacional entre los órganos de la compañía. A partir de esa genérica acepción, con un marcado componente ideológico y de ética empresarial dirigida a imbuir la actuación de la compañía en el concurrente, nos referiremos a herramientas que, en su seno, han logrado autonomía material para después redireccionar todo ello a lo que constituye el objeto del presente trabajo, esto es, al cuerpo de deberes de los administradores de sociedades capitalistas y a su posición en la cultura del buen gobierno corporativo.

2.1. El buen gobierno corporativo.

La génesis del gobierno corporativo hay que buscarla en la idea de la empresa moderna y se identifica inicialmente con la delegación del poder de decisión empresarial desde los dueños o titulares hacia los administradores¹⁸. La economía de empresa se desarrolla con el capitalismo donde la división del trabajo y la necesaria delegación de la toma de decisiones origina la división entre propiedad y administración¹⁹.

El interés por el gobierno de las sociedades se ha generalizado en los últimos tiempos como consecuencia de la tendencia a la integración de los mercados, el elevado número de fusiones y adquisiciones de empresas producidas a finales del pasado siglo, el notable

¹⁸ PEREZ CARRILLO, E.F., “Gobierno corporativo comparado”, en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad...*, cit., p. 50, “Suele reconocerse que en las primeras generaciones de instrumentos de gobierno corporativo (...), se trataba de encontrar soluciones universales de equilibrio entre propiedad y control de la empresa, con mecanismo institucionales y de mercado que indujeran a quienes ejercen el control de la empresa a tomar decisiones que maximicen el valor de la empresa para sus propietarios. (...). Junto a estos mecanismos, de primera generación, existen otros externos que se fueron desarrollando y dotando de mayor relevancia a finales de la década de los años 1990: auditoría, evaluaciones externas o *ratings*. Otros componentes del buen gobierno, en sentido amplio, son la regulación, la actividad de las autoridades de supervisión, y el papel de los tribunales sobre la configuración de la estructura y organización empresarial”

¹⁹ SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, ed. Titivillus, Libro 5, cap.1, sostenía ya en 1776 que “De los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios, en una sociedad privada, frecuentemente vigilan el suyo propio”. En sentido similar el estudio precursor de BERLE, A y MEANS, G., “*The Modern Corporation and Private Property*”, ed. Routledge, 1991, p. 50, señaló el origen del problema de gobierno al apreciar la existencia de “dos nuevos grupos creados a partir de un único inicial: los propietarios sin apreciable control y los controladores sin apreciable propiedad”.

crecimiento de la participación que la inversión institucional tiene en el capital de las sociedades cotizadas, la privatización de grandes empresas públicas y, de manera especial, debido a las crisis de muchas de las economías denominadas emergentes y los recientes fraudes detectados en importantes corporaciones como consecuencia del comportamiento desleal de sus gerentes y auditores (especialmente en Estados Unidos, como Emron, WorldCom, Dynegy, Aol-Time, Warner, Merck, Xeron, Nvidia, Qwest, Tyco, Parmalat, Daewoo, entre muchos otros. En España cabe citar los casos Rumasa, Ibercop, Filesa, Afinsa, Forum filatélico o Gescartera).

Los referidos escándalos empresariales y la significativa incidencia sobre la confianza de los inversores ha reforzado la necesidad de que existan controles sobre quienes ejercen el control efectivo de la sociedad -el órgano de administración-. En tal sentido, la exigencia de transparencia es la única arma de la que disponen los titulares de las compañías para ejercer su legítimo derecho a monitorizar la actuación de los órganos de administración. Y esa necesidad de transparencia se ha venido a imponer desde el movimiento de *corporate governance*²⁰.

De hecho, el gobierno corporativo es un sistema de regulación propio de los entes económicos, que permite la puesta en marcha de acciones y su monitorización y la protección para los socios, clientes, proveedores, inversores, directivos y en general, todos los usuarios interesados (*stakeholders*)²¹. A través de un buen gobierno corporativo, se fortalecen y mejoran aspectos clave para las empresas y la sociedad, como las buenas prácticas, la confianza, el compromiso, la participación, la comunicación y la transparencia.

Y es que, los desencuentros, las disputas y los conflictos en la gestión, administración o relaciones interorgánicas en las sociedades, son inevitables. Cuando los conflictos afloran y derivan en confrontaciones en el interior de la sociedad, o concluyen con el pronunciamiento de un tribunal, causan daños irreparables a la reputación y prestigio de las empresas, generalmente perjudicando sus operaciones, inmovilizando a su administración y eventualmente desplomando la valoración de sus acciones, y con ello, disminuyendo su participación e incidencia en el concurrente. Desde ese prisma, el buen gobierno no deja de ser un instrumento más de tutela preventiva.

Con base en un pensamiento sistémico, el concepto de gobierno corporativo es la mejor forma de asegurar la eficiencia de los procedimientos empresariales²². Esta práctica es un pilar fundamental en la reactivación de la confianza en el sector privado y en el sector

²⁰ En esencia, el Gobierno Corporativo es una extensión del problema clásico de agencia, cuya raíz es la separación de propiedad (principal) y gestión (agente) en las organizaciones, esto es, entre quien ostenta el dominio y quien ostenta el control.

²¹ El origen del movimiento de reforma del gobierno corporativo se generaliza en Estados Unidos durante los años noventa pero su origen se remonta a mediados de los años setenta del pasado siglo cuando, como consecuencia de los escándalos gubernativos conocidos como Caso *Watergate*, salieron a la luz prácticas societarias “cuestionables” que llevaron al gobierno americano y a los inversores institucionales a promover reformas legislativas, códigos de conducta y principios de buen gobierno societario.

²² DE ORDUÑA, C / VIÑOLAS, P., “Gobierno corporativo y valoración de empresas”. *RAF*, núm. 90, p. 81, señalan que “Si bien desde hace casi una década la implantación de Códigos de Buen Gobierno en las empresas era considerada como algo necesario para el avance en la ética empresarial y el interés de los accionistas de esas empresas, se puede decir, sin exagerar que hoy, desde hace escasamente un par de años, el Buen Gobierno empresarial es un factor decisivo de la estabilidad del sistema financiero de un país”.

público y brinda garantías que motivan el compromiso de los entes con los usuarios²³. En la actualidad, no parece admitir dudas que los inversores identifican un gobierno corporativo débil o deficiente con una situación de riesgo y el buen gobierno corporativo con un escenario de transparencia y confianza²⁴.

Pues bien, el conjunto de relaciones entre los órganos de la entidad -Junta General y Órgano de administración- y entre éstos y quienes, de uno u otro modo, intervienen o inciden en el desarrollo del objeto social -directivos, empleados, proveedores, clientes, y *stakeholders* en general- es lo que se denomina gobierno corporativo²⁵. Cabe señalar, *obiter dicta*, que la referida denominación trae causa de la expresión anglosajona “*corporate governance*” de poco encaje en nuestra tradición jurídica²⁶.

Cabe, asimismo, señalar que la expresión “gobierno corporativo”, se refiere no solo a las sociedades, sino a otras entidades de naturaleza diversa. No se trata, pues, de un sinónimo de “gobierno societario”, sino que el epíteto “corporativo” cubre también el gobierno de otras personas jurídicas no asociativas (fundaciones y corporaciones). Adquiere de esa forma el vocablo un significado amplio, más próximo a su raíz etimológica (del latín *corpus*), que evoca la figura de las personas jurídicas de estructura compleja: un *corpus*

²³ BUITRAGO FLORIAN, H.K. / BETANCOURT PRIETO, M.d.M., “El Gobierno corporativo como pilar fundamental para la sostenibilidad de la economía”. *Gestión & Desarrollo*, núm. 10 (1), 2013, p. 197., donde se señala que “La noción de Gobierno Corporativo es una declaración de principios de autorregulación, plasmada en líneas prácticas de conducta y desempeño establecidos en procesos, procedimientos, hábitos y costumbres preferidas por la administración de las empresas. También se puede considerar como un compendio de principios, valores y convicciones expresados a manera de postulados, orientados a maximizar la gestión administrativa de las empresas y con ello, a transmitir confianza, prevenir problemas y mitigar riesgos”.

²⁴ Señala el Informe de *Russell Reynolds Associates* -Evolución del Gobierno Corporativo y Rentabilidad en el Ibex 35- del año 2013, “...si bien no se puede concluir que la rentabilidad de las empresas vaya ligada al Buen Gobierno Corporativo sí podemos afirmar que la tendencia actual, además de no tener vuelta atrás, es imprescindible para atraer a los inversores institucionales y obtener su aprobación en las juntas generales”

²⁵ Así, la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) viene sosteniendo que “el gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, sus accionistas y otras partes interesadas proporcionando la estructura a través de la cual se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar tales objetivos y supervisar el desempeño de los mismos”. Cumbre OCDE. 2004. Por su parte, CARBAJALES, M., “Hacia un buen gobierno corporativo”, *RAF*, núm. 90, 2003, p. 89, “El gobierno corporativo puede ser entendido en un sentido amplio y en un sentido restringido. Desde un sentido amplio, podríamos entender al Gobierno corporativo como: “aquel sistema por el cual los negocios corporativos (de las empresas) son dirigidos y controlados y donde se establecen derechos y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa: propietarios, directores, administradores, accionistas y simples empleados así como también las reglas y los procedimientos para la toma de decisiones sobre esos negocios. De forma más breve, el gobierno corporativo se puede definir como aquel gobierno que promueve la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas”.

²⁶ Así, si bien el Informe Olivencia como el Código de Buen Gobierno, eludieron el uso de ese vocablo, el Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas (Informe Aldama, 2003) empleó con normalidad la expresión “gobierno corporativo” (*vid.*, así, sus epígrafes I.2.2, “*Los instrumentos de información sobre gobierno corporativo*”; III.3, “*El marco ético del gobierno corporativo*”; IV.1.2, “*Información sobre los criterios de gobierno corporativo y su observancia*”, y 8, “*El cumplimiento de los criterios de gobierno corporativo*”) y sugirió que el documento informativo especial cuya publicación periódica recomendaba se denominara “Informe anual de gobierno corporativo” (II.2, *cit.*). La recomendación y la propuesta de denominación formuladas por el Informe Aldama fueron acogidas por el legislador español en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

dotado de órganos “de gobierno”²⁷. El “gobierno corporativo” pasa así a designar la forma en que los órganos competentes dirigen y controlan las entidades jurídicas²⁸, esto es, el sistema a través del cual se dirigen y controlan las sociedades²⁹.

El concepto de gobierno corporativo es pues, un concepto amplio u omnicomprendido³⁰ afecto al conjunto de relaciones entre los órganos de la compañía y los actores interesados al objeto de establecer la estructura dirigida a fijar los objetivos de la sociedad, la forma de alcanzarlos y supervisar su consecución³¹. Asimismo, toma en cuenta otros factores que influyen en el proceso de toma de decisiones de una empresa como el medio ambiente, la ética empresarial o las prácticas anticorrupción.

El buen gobierno corporativo es, más que una aspiración, una exigencia social que impone una tendencia reformadora. Como toda reforma, se propone mejorar una situación determinada y, en este caso, superar obstáculos -acumulación excesiva de poder en pocas manos; opacidad en la información, ocultación o falseamiento de la realidad- y reclamar valores -eficiencia, transparencia, responsabilidad, credibilidad, igualdad, etc.), en aras del buen gobierno de las sociedades³².

²⁷ En efecto la expresión “Gobierno Corporativo”, traducción de “*corporate governance*” no transmite claramente al idioma español la fuerte carga conceptual y cultural de la original en idioma inglés. De hecho, la amplitud y vaguedad delimitadora el término “gobierno corporativo” ha permitido transmitir una falsa asociación de ideas con la imposición de soluciones extraídas de escuelas de pensamiento capitalista.

²⁸ OLIVENCIA, M., “El buen gobierno de las sociedades y su...”, cit., p. 4.

²⁹ Esta es la definición que recoge sintéticamente el Informe Cadbury (1992) sub. 2.5. Con posterioridad, el Informe *Hampel* (1998) sub. 1.15, señala que la definición “coloca a los consejeros de la sociedad en el centro de cualquier debate sobre el gobierno de las sociedades, pero estrechamente relacionado con la función de los accionistas, ya que son estos quienes nombran a los consejeros”.

³⁰ DE ANDRÉS ALONSO, P / SANTAMARIA MARISCAL, M., “Un paseo por el concepto de gobierno corporativo”, *RRSE*, vol. 2, nº 2, mayo-agosto 2010, p. 29, se señala que “no existe una definición unánime y compartida acerca del concepto de gobierno corporativo. Y la cuestión no es baladí. Distintas definiciones conducen a distintas soluciones. Las respuestas que se ofrezcan al gobierno corporativo dependen de las preguntas que desde el mismo se planteen. Si asumimos que el gobierno tiene exclusivamente un papel disciplinario, las respuestas sin duda se ceñirán a medidas y mecanismos que combatan el comportamiento oportunista en la empresa. En este caso, solo hay que acudir a la mayoría de las recomendaciones planteadas hasta ahora en los distintos códigos de buen gobierno. Si, por el contrario, consideramos el gobierno desde una perspectiva cognitiva, las soluciones se tornan más complejas al introducir elementos difícilmente mensurables tales como la función perceptiva del emprendedor, los esquemas mentales o los conflictos cognitivos”.

³¹ De origen estadounidense, sus contornos no se han delimitado con cierta homogeneidad doctrinal dada esa amplitud, así el primero en hacer servir la terminología de gobierno corporativo es EELS, R., “The rationale of Corporate Philantropy”, *Vital Speeches of the day*, 1956, p. 216, refiriéndose con ello al gobierno de las organizaciones. Una definición dada por REPORT, C., *The financial aspects of corporate governance*, *European Corporate Governance Institute, London*. 1992, indica que el gobierno corporativo es “el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas”. BLAIR, M., “Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the twenty-first century”. *Washington D.C.: Brookings Institution Press*, 1995, lo considera como “el conjunto de disposiciones legales, culturales e institucionales que determinan lo que las empresas que cotizan en bolsa pueden hacer; quién los controla, cómo se ejerce el control, y cómo los riesgos y rendimientos de las actividades que realizan son asignados”. Por su parte, SHLEIFER A y VISHNY R, W., “*A Survey of Corporate Governance*”. *JF*, 1997, p. 737-738 definen al gobierno corporativo como las formas y medios a través de los cuales quienes proporcionan los recursos financieros se aseguran de tener una retribución adecuada a sus inversiones”.

³² ESTEBAN RIVERO, J.S., “Aproximación a la nueva LSC para la mejora del gobierno corporativo”. *RDM*. Noviembre 2014, p. 2., sostiene que “el gobierno corporativo se refiere al conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa, como son los tres poderes dentro de una sociedad: los Accionistas, Directorio y Alta Administración. Las deficiencias en el gobierno corporativo han jugado un papel muy relevante en la génesis y el desarrollo de

Se colige de lo anterior que la integridad de los instrumentos de buen gobierno corporativo no es ajena a la economicidad radical de los tradicionales planteamientos contractualistas propios de nuestra tradición jurídica. Sin perjuicio de caer en mordaces consideraciones reduccionistas del verdadero objetivo de la cultura de buen gobierno adoptada por la compañía, la implantación de los referidos instrumentos puede tener un retorno en forma de una mayor confianza que puede avivar el desarrollo del objeto social. En tal sentido, la ética de las empresas debe ser “un comportamiento” y no “una oportunidad de negocio”.

Es por ello que tales instrumentos, en el estado actual de la ordenación³³, no deben situarse, dada la naturaleza de la que son partícipes, en el marco de las políticas de gestión comercial de la compañía, promoviendo y buscando ese retorno como otra partida más de las previsiones o expectativas de ingresos en forma de creación de valor corporativo.

En otro caso, un planteamiento exclusivamente economicista del despliegue de un marco ético de actuación, desmerecería la propia naturaleza de los referidos instrumentos siendo que decisiones, que se aproximan al marco de la “economía social”, no serían más que planes o programas fuertemente economicistas con el fin de instrumentalizar decisiones de calado social y utilizarlas como vehículo para mejorar las cuentas de resultados no constituyendo, en tal eventualidad, la implementación de una cultura de gobierno corporativo más que una decisión económica con las miras puestas, exclusivamente, en su retorno en forma de réditos³⁴.

Dicho lo anterior que, no se ignora, plantea una cuestión de corte etimológico que pretende desalinizar términos como la transparencia, la eficiencia, la eficacia, la honradez, la buena fe, justicia o la equidad, de las cuentas de explotación, no cabe obviar que una cultura de gobierno corporativo genera confianza, sinergias y el favor del cliente, proveedor, inversor, de los mercados de capital y de la sociedad en su conjunto -todos ellos, *stakeholders* a la postre- comprometidos con la cultura del buen gobierno.

En consecuencia, constituye un instrumento idóneo para la creación de valor³⁵ siendo la ausencia de una cultura corporativa un aliciente para desincentivar al inversor y ganar

la actual crisis financiera. Las normas y las recomendaciones actuales no han proporcionado el entorno de control y equilibrio necesarios para reforzar las buenas prácticas empresariales”.

³³ Así, por ejemplo, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, que fue traspuesta en España mediante el Real Decreto-Ley 18/2017, impone la obligación a determinadas empresas de divulgar información no financiera, como cuestiones sociales o medioambientales, e intensifica las obligaciones de las sociedades cotizadas, que deberán de publicar en su informe de gobierno corporativo sus políticas de diversidad, condiciones de trabajo, respeto a los derechos humanos, lucha contra la corrupción y soborno, entre otros. Todo en aras de transparentar su actuación en pro de los inversores, consumidores y la sociedad en general.

³⁴ Se trata de llevar la ética a la realidad empresarial de modo que lo que, desde siempre han constituido decisiones dirigidas a aumentar el valor de una empresa: aumentar ventas, reducir costes, externalizar servicios, mejorar el fondo de maniobra, todas ellas de carácter económico, están dejando paso a estrategias no financieras, cada vez de más peso, lo que ha provocado que las empresas empiecen a enfocarse en cuestiones como el gobierno corporativo y el cumplimiento normativo para generar valor y ello a pesar de que aunque su contenido no sea económico, acaban redundando en beneficios directos.

³⁵ MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la Ley de Sociedades de...*, cit., pp. 2 ss., “En todo caso y además del cumplimiento de las normas y del seguimiento de las recomendaciones o buenas prácticas, no hay duda de que existe una correlación entre el buen gobierno corporativo y la creación de valor para los accionistas, la valoración de los intangibles de la empresa y la competitividad de la misma en el marco institucional del país, región o sector económico de que se trate. Y aunque tal correlación no puede ser demostrada con evidencias empíricas, si es evidente que los inversores

opacidad funcional³⁶. No obstante, se insiste, ese valor creado debe abstraerse del terreno de la rentabilidad empresarial para colocarse en el terreno de la ética y en la idea de que el funcionamiento y actuación de las sociedades mercantiles debe basarse en mecanismos transparentes de adopción de decisiones³⁷.

De cuanto antecede, a la luz del marco evolutivo que ha devenido en el escenario actual y de la naturaleza propia de los referidos instrumentos, cabe sostener que prevalerse o utilizar el ánimo de lucro a través de la incorporación de instrumentos de buen³⁸ gobierno en el desarrollo del objeto social puede derivar en una perversión de la propia naturaleza teleológica³⁹ consustancial a tales instrumentos. Ello es así en la medida en que los mismos acogen amparo en criterios tales como la defensa de los derechos humanos o el respeto a los derechos de los trabajadores, siendo que el despliegue de una cultura corporativa no puede constituir un fin en sí mismo sino una forma, un modelo conductual o paradigmático en el marco de una ética y de unos valores en los que se hace descansar el desarrollo del objeto social de la compañía.

En el sentido apuntado, instrumentos como el propio “buen gobierno corporativo” o la responsabilidad social empresarial constituyen acercamientos a las posiciones *pro* institucionalistas, con las que se viene alineando en los últimos treinta años el modelo

institucionales, con su peso creciente en los derechos de voto de las sociedades cotizadas, presionan para que los estándares internacionales de gobierno se cumplan”.

³⁶ Un claro ejemplo lo constituye en nuestro país la transformación de las cajas de Ahorros, así señala SORIANO, J.E., “Gobernanza y Cajas de Ahorros”. *Centro de gobierno corporativo. Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2013 accesible en <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/files/GobernanzaYCajasDeAhorro.pdf>. 2013, pp.3 ss., que “...a estas alturas, hemos de indicar que la destrucción de unas entidades aceptadas socialmente, con un notable desempeño histórico, con esplendor en su historial, ha sido consecuencia directa de su mal gobierno corporativo, de la falta de gobernanza. Unido todo ello a una dejación de los poderes públicos de supervisión, que al liberar el factor humano sin límites, permitió que la codicia hiciera su aparición ligada a su aliada, la ocultación y la oscuridad”.

³⁷ BENAVIDES FRANCO, J., “Historia del gobierno corporativo en el mundo. Definición y objetivos del gobierno corporativo”. *Libro Blanco De Gobierno Corporativo. Confecámaras. Serie Básica*, 2003, pp. 1 ss., sostiene que “El concepto de gobierno corporativo ha evolucionado de un concepto meramente financiero relativo al retorno de la inversión esperado y exigido por los intervencionistas, a uno que incluye aspectos relativos al diseño de la organización misma y que tiene que ver con los medios internos por los cuales las corporaciones son operadas y controladas”. El referido autor sitúa la génesis del gobierno corporativo en dos escenarios temporales diferentes: uno que se da inicio con la problemática planteada a fines del siglo XVIII por ADAM SMITH al establecer una problemática en la toma de decisiones por parte de administradores diferentes de los propios dueños. La segunda, la establece con las teorías que JENSEN y MECKLING publican en 1976 poniendo de relieve el problema de agencia, con los sabidos conflictos de intereses entre el beneficio personal que pueda suponer al administrador de la compañía, una decisión adoptada por éste que actúa por encargo de otros, eso es, los propietarios.

³⁸ Cabe señalar que cuando el calificativo “bueno”, que es atributo moral, penetra en el Derecho, lo hace para expresar el modelo, ideal o “estándar” del sustantivo al que acompaña. Basta analizar las expresiones en las que el Código Civil utiliza el adjetivo “bueno, a” o su apócope “buen”: el “buen padre de familia” (arts. 1.094, 1.104, 1.867, 1.889 y 1.903), la “buena fe” (arts. 7.1, 433, 434, 442, 451 a 457, 1.164, 1.258, 1.778 y 1.897), las “buenas costumbres” (arts. 792, 1.116, 1.271 y 1.328). Añadido al sustantivo “gobierno”, el adjetivo apocopado “buen” no expresa una cualidad moral, pero sí un modelo, ideal o estándar de forma de gobernar, en el sentido de corrección o racionalidad de las medidas adoptadas a tal fin.

³⁹ Decimos perversión en la medida en que, constituyendo la cultura corporativa un modelo de actuación, una ética o un criterio rector, no precisan de una cuidadosa hermenéutica para su operativa general, sino que, en su caso, su positivación o traslado a la práctica solo puede hacerse entendiendo el motivo -génesis- y finalidad -teleología- que los inspira.

anglosajón, de nuestra tradición continental de mayor encaje en las tesis contractualistas⁴⁰.

Con todo, el gobierno corporativo se articula como un movimiento de corte reaccionario⁴¹ y solo puede entenderse en el contexto de la globalización de los mercados, de la recuperación después de años de graves escándalos financieros, y de la aceptación más o menos general de que el marco jurídico de organización de las empresas debe contar con normas legales y contractuales, además de con códigos de conducta voluntarios o de referencia⁴².

Así, el desarrollo de los mercados de valores europeos y la globalización que se produce a finales del siglo XX introducen cierta inflexión y favorecen el acercamiento de las sociedades mercantiles europeas a las teorías de la maximización de valor a corto plazo del accionista. Pero los referidos reiterados escándalos y la crisis de comienzos del siglo XXI, y las reflexiones a que dan lugar, vuelven a poner en primera línea de interés el respeto a los trabajadores, a la sociedad en general (transparencia, medio ambiente, desarrollo sostenible, etc...) y a la importancia de la regulación.

Ahora bien, ciertamente, el desarrollo de instrumentos de gobierno corporativo suma, infiere confianza, sugiere transparencia y está unánimemente admitido para contribuir a una más y mejor valoración de la compañía. Su incorporación en el marco corporativo contribuye a crear marca, valor reputacional y crédito empresarial⁴³. Su vinculación a principios generales del derecho potencia la idea de buena fe y eticidad empresarial y son idóneas para transmitir un soporte corporativo guiado por valores de amparo en la moral y la ética, así como en los cuatro principios o criterios rectores en que acogen sustento, esto es la responsabilidad, la independencia, la transparencia y la igualdad⁴⁴.

⁴⁰ PEREZ CARRILLO, E.F., “Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método”. *RDM*, núm. 257, 2005, p. 6., señala que “También desde el contractualismo, aunque adoptando una perspectiva diferente, se dice que la sociedad constituye una ficción que sirve de nexo a un conjunto de contratos explícitos o implícitos que afectan a una amplia variedad de interesados que abarcan desde los empleados a los proveedores, acreedores, consumidores y, por supuesto, accionistas, ya que todos ellos también son partes contratantes y hacen aportaciones ya sea de capital, prestamos, trabajo, etc. Si se adopta una posición institucionalista u orgánica, se otorga mayor relevancia a la personalidad jurídica independiente, ya sea en tanto que la sociedad constituye el núcleo de encuentro de un conjunto de intereses de los que los administradores de sociedades son fiduciarios, o en cuanto que es una entidad jerárquica dominada por sus ejecutivos en los que el Consejo tiende a delegar sus auténticos poderes de decisión”.

⁴¹ OLIVENCIA RUIZ, M., “¿Los Códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los Códigos de buen gobierno?”, *Revista UNACC*, núm. 40, 2012, p. 25, sostiene que “el movimiento de *corporate governance*, nace precisamente como reacción a escándalos financieros y a abusos en la retribución de los administradores, para dar un cambio de rumbo al sistema de gobierno societario basado, fundamentalmente, en mayor transparencia y responsabilidad en el ámbito de la libre autonomía de la voluntad”.

⁴² MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, ed. La Ley. Madrid, 2002, pp. 329 ss.

⁴³ PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia...”, cit., p. 14., sostiene que “...las reglas o cláusulas de buen gobierno voluntariamente asumidas determinan un incremento del valor de la empresa - o lo que es lo mismo, del valor de la acción- y, por tanto, una reducción de su coste de capital. La conjetura de que el gobierno corporativo paga queda así corroborada”.

⁴⁴ GUAJARDO CANTÚ, G / ANDRADE DE GUAJARDO, N.E., *Contabilidad financiera. La administración de las sociedades desde la perspectiva del gobierno corporativo*, ed. McGraw-Hill. México. 2008, pp. 12 ss., señala la autoría que un buen gobierno corporativo constituye “el estándar mínimo adoptado por una sociedad para: i) administrar honestamente, ii) proteger derechos de los accionistas, iii) definir la responsabilidad del consejo, iv) definir la responsabilidad de la administración, v) dar fluidez a la información, vi) regular las relaciones con los grupos de interés”.

En congruencia con lo anterior, el buen gobierno es entendido hoy como un “deber” inherente a la estructura de toda corporación, (ya no sólo las sociedades cotizadas sometidas a unas obligaciones más intensificadas dedicadas al buen gobierno corporativo). Tampoco hay mucha discusión acerca de que el buen gobierno corporativo responde ya a unos estándares internacionales bien conocidos, predecibles y relativamente fáciles de contrastar y muy bien valorados por autoridades e inversores, con independencia de lo que puedan establecer las leyes nacionales y los códigos de buen gobierno vigentes en cada país.

Corolario de cuanto antecede es la convicción de que el principal -y más despiadado- órgano fiscalizador de la introducción de una cultura de buen gobierno corporativo en el seno de las compañías será el propio mercado que castigará, en su caso, la opacidad y falta de transparencia sin que, por otra parte, una sólida propuesta de buen gobierno, si bien aporta valor, no pueda traducirse, *per se*, en la obtención del premio de la confianza y favor del concurrente⁴⁵.

En su sentido más amplio y transversal, el gobierno corporativo viene a constituir un instrumento para mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales. Entre los objetivos individuales y los comunitarios con el fin de promover el uso eficiente de los recursos y, en igual medida, exigir que se rindan cuentas por la administración de esos recursos. Su propósito es lograr el mayor grado de coordinación posible entre los intereses de los individuos, las empresas y la sociedad⁴⁶.

No cabe, asimismo, obviar que el buen gobierno de las sociedades constituye el resultado de la distribución de poder en su interior, y de las influencias, recomendaciones o imposiciones externas a las que se ven sometidas⁴⁷. Ello permite distinguir entre una variante interna o empresarial y otra externa o institucional del gobierno corporativo⁴⁸ cuyo contenido y evolución no puede entenderse desde un punto de vista estático, sino

⁴⁵ Las instituciones que se encargan de elaborar valoraciones o *ratings* de gobierno corporativo relacionan la cultura corporativa de las compañías con los rendimientos empresariales. Así, *Governance Metrics Internacional*, entidad consultora que elabora el Índice GMI, afirma que “las compañías que ponen su foco en el gobierno corporativo y la transparencia generan mejores resultados y rendimientos económicos y disminuyen su coste de capital. Lo opuesto también es cierto: compañías con débil gobierno corporativo y transparencia acarrearán riesgos de inversión crecientes y mayores costes de capital”. Otras instituciones similares que promueven *ratings* de buenas prácticas, como *Riskmetrics*, afirman que “no hay duda de que los *ratings* podrían haber ayudado a algunos gestores de inversiones a evitar pérdidas importantes durante los grandes escándalos acaecidos en la era de Enron o Worldcom”. En un trabajo publicado por *PricewaterhouseCoopers* en 2008 titulado *What Directors Think, The Corporate Board Member*, elaborado a partir de un amplio cuestionario a consejeros de empresas norteamericanas, éstos afirman que los bajos niveles de gobierno corporativo son una bandera roja que les indica la necesidad de mayores niveles de supervisión cuando carecen de estimaciones de resultados de los analistas financieros.

⁴⁶ CADBURY, A., “Corporate Governance and Development”. Prólogo. Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus, 2003, p. 1.

⁴⁷ PEREZ CARRILLO, E.F., “Gobierno corporativo en la unión...”, cit., p. 2.

⁴⁸ PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación...”, cit., p. 8., distingue en efecto, entre “dos ejes o dimensiones que definen la arquitectura de cualquier sistema de gobierno corporativo: en el eje horizontal estaría el que el que podemos llamar gobierno corporativo institucional (impuesto desde fuera por el sistema jurídico y la red de instituciones de un determinado país) y en el eje vertical, el que hemos denominado gobierno corporativo contractual (asumido voluntariamente desde dentro por cada empresa)”. Los mecanismo de control pues, pueden ser externos o internos. Los externos estarían constituidos, entre otros, por grupos de grandes accionistas, el mercado de control sectorial corporativo, los sistemas legales, políticos y de regulación y los mercados, que obligan a los administradores a elevar los niveles de productividad y eficiencia. Los internos vendrían constituidos por la el propio consejo de administración, en su caso el comité de auditoría o la propia auditoría externa.

que es el resultado propio del dinamismo -tanto social como empresarial- y de la necesidad de articular mecanismos eficaces de tutela.

La función del buen gobierno corporativo es pues, marcadamente tutelar constituyendo un efecto consecuente a la necesidad de armonizar y aportar soluciones a la separación entre propiedad y poder en el seno de las sociedades mercantiles, tanto por lo que se refiere al distinto papel que ocupan los accionistas y los administradores, como al diverso potencial de poder de los accionistas mayoritarios y minoritarios, o a la estructura corporativa adoptada para alcanzar los fines de la empresa.

De cuanto antecede se infiere que constituyen los pilares del buen gobierno de las sociedades: i) el equilibrio de poderes, ii) la solución de los conflictos entre propiedad y gestión y entre accionistas mayoritarios y minoritarios, iii) la presencia cualificada de consejeros no ejecutivos o externos en el órgano de administración, iv) los procedimientos reglados de aprobación de nombramientos y de remuneraciones de los consejeros, v) la responsabilidad de los mismos, vi) el cumplimiento normativo y la transparencia informativa⁴⁹ y vii) la garantía de los derechos de los accionistas.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza y función tutelar no cabe hablar de único modelo de gobierno corporativo. Así, en Europa encontramos modelos de organización corporativa diversos. Algunos responden al régimen monista de la administración, como Reino Unido o España, donde el órgano de administración es único, ya sea personal, multipersonal o colegiado. Otros cuentan con un sistema dualista propio de países germánicos, que ha sido incorporado en buena parte de los nuevos Estados miembros de la Unión Europea. Ahora bien, cabe asimismo señalar que ciertos ordenamientos como los de Francia, Países Bajos e Italia permiten a los accionistas optar entre uno u otro sistema, dentro de un marco mayor o menor de libertad.

Asimismo cabe poner de relieve que, sin perjuicio de las exigencias propias e intensificadas que acompañan a las sociedades cotizadas, la exigibilidad de las obligaciones corporativas serán mayores cuanto más se alinee el sector o el desarrollo del objeto social de la compañía con materias de evidente incidencia e interacción social⁵⁰.

Nuestro modelo, de corte monista y de tradición eminentemente contractualista, estatuye una distribución funcional en el seno de la relación entre los órganos societarios -Junta General y Órgano de administración- que admite una conexión funcional alineada con la consideración del órgano donde descansa la voluntad societaria soberana -Junta General-

⁴⁹ HIERRO ANIBARRO, S., “Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S (Dir.), *Gobierno corporativo en...*, cit., p. 59., “Una información íntegra y veraz sobre la gestión, organización, actividades y cifras de la sociedad, con especial consideración a las operaciones vinculadas y a la existencia de conflictos de interés resulta inexcusable en una política básica de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas”.

⁵⁰ Así sucede en los sectores regulados. En tal sentido la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, han procedido a modificar el régimen jurídico existente, imponiendo nuevas obligaciones en materia de gobierno corporativo a las sociedades anónimas cotizadas y las Cajas de Ahorros, respectivamente. El Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, estableció nuevos requerimientos de provisiones y capital, orientados en exclusiva a la cobertura del deterioro en los balances bancarios ocasionado por los activos vinculados a la actividad inmobiliaria. En sentido similar, la *Carbon Disclosure Project* (CDP) es una iniciativa que surgió con el objetivo de recompensar a las empresas que mejor incorporan la lucha contra el cambio climático en sus negocios (CDP España, 2009).

como un poder legislativo, mientras que el órgano de administración, que ejerce la efectiva y ordinaria gestión y representación de la actividad mercantil, vendría a constituir el órgano ejecutivo.

Ahora bien, aunque en nuestra tradición jurídico societaria han prevalecido las posiciones contractualistas, la expansión de la cultura corporativa está arrastrando esa tradicional acepción de interés social hacia construcciones institucionalistas. Y es que, en efecto, a nadie escapa que la cultura de buen gobierno corporativo guarda más y mejor encaje en la protección de todos los intereses que confluyen en el desarrollo de la actividad mercantil de las sociedades, esto es, en el componente de atención a la comunidad y a la función social de las Sociedades como creadoras de riqueza⁵¹.

Por último, cabe señalar que las decisiones adoptadas por las sociedades mercantiles, señaladamente las de gran volumen, pueden tener una significativa repercusión sobre la sociedad en general y, por ello, merece la atención de los mecanismos productores de ordenación⁵². El papel determinante del gestor social en la toma de decisiones ha venido intensificando esa voluntad de delimitar, con mayor precisión, el marco funcional del administrador de sociedades ocupando, dicha inquietud ordenadora, un lugar privilegiado tanto para el legislador nacional como para el legislador europeo y ha protagonizado los informes y recomendaciones o instrumentos del denominado *soft law*.

Desde la acepción de la necesidad de una cultura de buen gobierno corporativo que imbuya la generalidad del organigrama corporativo, en sentido horizontal como vertical, se utiliza, señaladamente desde el año 2002 a partir de la ordenación estadounidense⁵³, la expresión “*tone at the top*” con la que se viene a hacer referencia a la cultura ética organizativa señalando que el buen tono organizacional se establece a través de políticas, códigos de ética, compromiso con la contratación de empleados competentes y el desarrollo de estructuras de recompensa que promuevan buenos controles internos y una gobernabilidad efectiva.

2.2 El cumplimiento normativo o “compliance”.

Fuertemente imbricado en la cultura de buen gobierno corporativo se presenta la aspiración de mantener y detectar las eventuales infracciones al ordenamiento a través de programas de cumplimiento normativo. En el sentido apuntado, el *Compliance* puede ser definido como el riesgo de que una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas

⁵¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la Sociedad Anónima cotizada”. *RDM*, núm. 246, 2002, p. 1658

⁵² HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo sin mercado de valores” en HIERRO ANIBARRO, S (Dir.), *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 31., “A primera vista pudiera parecer que la aplicación voluntaria de los principios de gobierno corporativo resulta excesivamente onerosa y de cuestionable rentabilidad para sociedades de dimensiones modestas, en las que socios, administradores y ejecutivos suelen ser la mismas personas. Sin embargo, son esas mismas características las que hacen que la aplicación voluntarias de los principios de buen gobierno revierta de manera positiva en la empresa que los asume, como indican los estudios realizados en esta materia, dado que su adopción se suele traducir en una mejora inmediata de sus *ratios* de eficiencia interna”.

⁵³ Expresión que se popularizó a raíz de una serie de grandes escándalos de contabilidad empresarial y adquirió mayor énfasis en 2002 con la *Sarbanes-Oxley Act*. Actualmente se aplica de manera amplia, como en los campos de gestión general, seguridad de la información, desarrollo de software y ley, y se utiliza a menudo para describir la cultura corporativa general establecida por el liderazgo de una organización.

financieras o reputacionales como consecuencia del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta interno⁵⁴.

Nuevamente, como integrante del marco del buen gobierno corporativo, el *Compliance* tiene sus orígenes en los inicios del siglo veinte en Estados Unidos como reacción contra las mafias, la corrupción y el blanqueo de capitales obtenidos de actividades delictivas⁵⁵. En los años 70 concurren en Estados Unidos dos hechos críticos, por una parte, el Caso *Watergate* con todas las investigaciones que se derivaron y por otro la campaña “promovida” por la URSS a nivel mundial denunciando las prácticas de corrupción que utilizaban las multinacionales americanas, especialmente en los países en vías de desarrollo.

Las investigaciones realizadas por las autoridades americanas afloraron las prácticas corruptas de más de 400 empresas y originaron la iniciativa “salvar el capitalismo”, en búsqueda de unos comportamientos empresariales más éticos que mostrar al mundo, cuyo buque insignia fue la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) que exige a las corporaciones americanas por primera vez la figura de un “*Compliance Officer*” que vele por evitar ese tipo de prácticas.

Durante las décadas de los ochenta y noventa la globalización ofrece nuevos paradigmas tales como: i) la liberalización de los mercados mundiales que arranca con las políticas de las administraciones Reagan y Thatcher y la entrada del “pensamiento económico *neocom*”, asociado a nuevos sistemas de remuneración de los directivos por resultados (*Stock Options*) que va de la mano de la retribución al accionista como único fin de la compañía, a lo que, paralelamente, cabe añadir la caída del muro de Berlín, ii) la internacionalización del crimen organizado: los cárteles colombianos toman el control del mercado interno de la droga en Estados Unidos, iii) La Guerra de Bosnia que, a principio de los años 90 se convierte en el paradigma de la nueva criminalidad organizada europea y ejemplo de la salida al mundo de la criminalidad organizada proveniente de los países del Este que descubrirá, utilizará, reforzará y expansionará el mercado del blanqueo de capitales y la economía *off shore*⁵⁶.

⁵⁴ Definición extraída fragmentariamente (dada su alineación con el sector financiero) de la establecida en el documento “*Compliance and the Compliance function in Banks*”, en sede de la reunión del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea “*Basel Committee on Banking Supervision*”, Abril de 2005.

⁵⁵ ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p.9., “El inicio y posterior desarrollo de la función de *Compliance* en las empresas americanas fue impulsado por diversas normas entre las que destacan la *Pure Food and Drug Act* (1906), la *Federal Reserve Act* (1913), la *Clayton antitrust law* (1914) la *Banking Act* (1933) o la *Securities Acts* (1933) y, más adelante, la *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), la *SarbanesOxley Act* (2002) o la *Dodd-Frank Act* (2010)”.

⁵⁶ Otros hitos a los que cabe, asimismo, hacer referencia por su innegable incidencia en la cultura global de control y de cumplimiento normativo fueron, entre otros: i) los atentados de Nueva York y Washington que tuvieron un incuestionable reflejo en las políticas de *Compliance*, especialmente en las políticas de Prevención del Blanqueo, que se convierten también en las políticas de lucha contra la Financiación del Terrorismo. Pero también tienen una consecuencia menos conocida pero a la postre mucho más relevante: la decidida política de EEUU de aplicar estas medidas más allá de sus fronteras mediante instrumentos como la “*Patriot Act*”, que considera a los EEUU competente para conocer sobre cualquier acto de blanqueo u otro delito que se cometa en el mundo empleando Dólares USA, o mediante la aplicación a todas las empresas que cotizan en Bolsa en EEUU (con independencia de su residencia o nacionalidad) de las medidas antifraude y anticorrupción que se derivan de las legislaciones americanas, ii) la crisis económica mundial, en su máximo apogeo, en el año 2007 con los sucesos de *Lehman Brothers*, las *Subprimes* o Bankia, crisis que demostró la necesidad de poner el coto a un capitalismo de reparto de dividendos y retribuciones por Bonus fundamentado en un predominio de los Consejos de Administración sobre las

Como reacción al capitalismo más ortodoxo de las teorías *neocom*, los organismos internacionales y países en vías de desarrollo tratan de fomentar acciones internacionales destinadas a dar un gobierno más ético a las empresas transnacionales, de modo que surgen diversas iniciativas, siendo las más importante el Pacto Mundial de Naciones Unidas (*Global Compact*)⁵⁷. La función de cumplimiento normativo en las compañías se irá extendiendo a las del resto de países occidentales donde se ha ido implementando progresivamente la función de *Compliance* principalmente como consecuencia de normativas internacionales⁵⁸.

En ese escenario voluntarista y decidido al cambio en el paradigma ético empresarial se produce la incorporación a nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que entró en vigor en 23 de diciembre del mismo año. Asimismo, el 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015⁵⁹, la cual concreta los elementos que deben concurrir para que la empresa pueda quedar exonerada de aquella responsabilidad penal reconociéndose, esta vez de forma expresa, una eximente⁶⁰. Como condición indispensable se exige que con anterioridad a la comisión del delito la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte

Juntas de Accionistas, los Estados y las Organizaciones Internacionales que comienzan a poner énfasis en las denominadas empresas sostenibles y de predominancia del *governance* y una nueva visión del *Business Ethics*. En esta crisis debemos ver el origen de COSO II y COSO III y el desarrollo de estándares ISO llamados a ser los referentes mundiales del futuro inmediato, iii) por último, entre los años 2008 a 2015 se suceden las políticas de ajuste fiscal derivadas de la crisis y los problemas de parte de los países que integran la Unión Europea, con su deuda soberana, que afloraron el grave déficit fiscal que padecen muchas de las economías avanzadas, que se vieron obligadas a poner al máximo rendimiento su aparato de recaudación de tributos. Esto supuso poner el foco sobre el fraude fiscal de sus contribuyentes, las políticas de minimización fiscal de las grandes empresas y las multinacionales, la competencia “desleal” de paraísos fiscales y territorios “*off shore*”, abriendo nuevas iniciativas y movimientos globales como las Directivas Comunitarias de materia de transparencia fiscal o la iniciativa de la OCDE de intercambio de datos fiscales o la Estrategia Europea 2020 de sostenibilidad de las empresas entre otras acciones.

⁵⁷ El Pacto Global o el Pacto Mundial de Naciones Unidas (UN Global Compact) fue un instrumento adoptado bajo el mandato del, por el entonces secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan, en el Foro Económico Mundial (Foro de Davos) en su reunión anual de 1999, con la voluntad de promover la implementación en el sector privado de diez principios universalmente aceptados -relativos a la protección de los Derechos Humanos, del medio ambiente, derechos laborales y en materia anticorrupción- para promover el desarrollo sostenible de las compañías y la estrategia de negocio de las empresas desarrollando, implantando y divulgando políticas y prácticas de sostenibilidad empresarial.

⁵⁸ Tales como la *UK Bribery Act* o la *US Foreign Corrupt Practices Act*. No obstante, de innegable impacto en la materia constituyó la Convención Anti-corrupción de la OCDE que en febrero de 2010 publicó la “*Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*” donde fija las medidas y los requisitos necesarios para la implementación de programas de *Compliance* y el establecimiento de una función de *Compliance* en las organizaciones.

⁵⁹ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, proclama que el sentido de la reforma introducida en el art. 31 bis CP no tiene otra justificación que “...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)” con la finalidad de, tal y como señala la STS de 16.3.2016, “delimitar adecuadamente el contenido del “debido control” cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”.

⁶⁰ Señala la STS de 18.7.2008 que resulta “capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control paterno mediante la técnica anglosajona del *compliance* programe como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permite mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados”

adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión⁶¹.

La cultura del cumplimiento normativo *-compliance-* entraba, con significativa fuerza, en el entorno empresarial bien por la convicción ética, bien por la persuasión del reproche penal. El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, constatada previamente la comisión del delito por parte de persona física integrante de la organización, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en la medida de lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación de la conducta de la persona jurídica ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho. Dicha conducta habría de manifestarse en la concurrencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos, y que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma.

En el sentido apuntado, cabe señalar que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente, distinguiendo tres categorías: i) sociedades que operan con normalidad en el mercado, que son penalmente imputables, ii) sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, que son también imputables, iii) sociedades sin ninguna actividad legal o meramente residual, que son inimputables⁶².

Como elemento de la cultura de buen gobierno corporativo el *Compliance* encaja en un hábitat institucionalista alejándose del contractualismo de nuestra tradición jurídica. En efecto, el *Compliance*, pone su foco de atención y de especial protección en los intereses de terceras partes *-stakeholders-* que actúan e inciden en el desarrollo del objeto social de la compañía (clientes, accionistas, proveedores, sociedad, etc...). Y ello aunque en ocasiones, y no en pocas, esa protección sea a costa de que la empresa renuncie a potenciales beneficios a corto plazo⁶³.

⁶¹ Art. 31 *bis* CP que incluye un completo detalle de los sistemas de debido control que deben establecer las empresas para prevenir el delito a través de las medidas siguientes: i) establecimiento por el órgano de administración de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, ii) creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, iii) identificación *-due diligence-* de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, iv) implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, v) puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, vi) obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención *-canales de whistleblowing-*, vii) establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, viii) verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

⁶² STS, Sala 2ª, de 29.2.2016.

⁶³ ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance...*, cit., p. 9, señala que “Bien es cierto que proteger a los clientes, proveedores y a la sociedad en general, en el ejercicio cotidiano de las actividades empresariales, en último extremo también beneficiará a la propia empresa, ya que siempre redundará en una

Siendo un elemento del organigrama corporativo, el *Compliance* comparte todo lo señalado respecto de la naturaleza, contenido y objetivos de la cultura de buen gobierno corporativo formando parte integrante de la misma. De hecho, la función de *compliance* es inherente al *corporate* de modo que no será efectiva -y carecería de sentido- si en la propia compañía no existe una cultura corporativa comprometida con los valores y estándares éticos, de honradez e integridad que impregne la actuación de todos los órganos⁶⁴.

Es por ello que el *compliance*, por su carácter netamente preventivo, debe ser observado por la propia compañía, no como un objetivo sino como modelo o forma de actuar que debe imbuir la conducta tanto de quienes forman parte de los órganos de la compañía con capacidad de decisión como de quienes, estando bajo la autoridad de estos, han cometido la infracción por falta de la debida supervisión, vigilancia y control. Ante la eventual infracción, en su caso, la concurrencia de un programa eficaz *ex ante* de cumplimiento normativo -en la forma y con el contenido señalado en el art. 31 bis CP⁶⁵- crea un escenario exonerador⁶⁶ del que podrá beneficiarse la compañía eludiendo la imposición de la pena⁶⁷.

No obstante, la alusión a la ética empresarial y al espíritu de transparencia en el despliegue del programa de cumplimiento normativo, esa eventual imposición de una sanción penal constituye, especialmente desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el acicate suficiente para forzar su implementación. Así, el carácter disuasorio del *ius puniendi* puede resultar idóneo para quebrar el postulado que defendemos de que el buen gobierno

mayor confianza de los clientes y de los mercados, en una mejora de la reputación y de la marca y, en definitiva, en tener una empresa sostenible”.

⁶⁴ Norma UNE 19601-2017 sobre sistemas de gestión de compliance penal señala que “la comisión de comportamientos delictivos en el desarrollo de las actividades propias de las organizaciones (...) erosiona los fundamentos del buen gobierno y pone en peligro bienes jurídicos especialmente protegidos. Por todo ello se ha considerado que consentir, posibilitar o incentivar el desarrollo de conductas punibles en el seno de las citadas organizaciones constituye un delito propio que (...) perjudica al conjunto de la sociedad”

⁶⁵ Esquemáticamente, como afirma ALONSO ÁLVAREZ, J., “La prevención de delitos en el Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8310. 2014, “un programa de cumplimiento ha de incluir al menos: i) un código ético o código de conducta; ii) un canal de denuncias; iii) un régimen sancionador; iv) un protocolo post delictivo; v) un mapa de riesgos, y vi) un reglamento interno que organice todo el sistema preventivo”.

⁶⁶ DEL MORAL GARCIA, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *Societas delinquere non potest...*, *sed puniri potest!*”, artículo en la página web del CGAE, 18 de enero de 2016, <https://www2.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>, donde sostiene el autor que la reforma no vulnera “el viejo axioma -*Societas delinquere non potest...* Las personas jurídicas siguen sin poder cometer delitos, entendiendo por tales las acciones que reúnen todos los elementos del delito: una acción típica, antijurídica, culpable o dolosa (es decir, culpable en alguna de sus formas) y punible. Lo que sí pueden es sufrir penas (*Societas puniri potest*). Con ese contenido ha de entenderse la declaración de que las personas jurídicas serán penalmente responsables de determinados delitos (art. 31 bis 1). No cometen delitos, sino que se les impone una pena por los delitos cometidos por otras personas siempre que se den determinados presupuestos y condiciones”.

⁶⁷ La posibilidad de imputar un delito a una persona jurídica sigue sin admitirse en nuestra teoría del delito pues conllevaría admitir un nuevo concepto de culpabilidad. Así, la STS de 2.9.2015 señala que “La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

no puede ser utilizado para proyectar una apariencia externa ética y comprometida pues se podría dar la situación de promover y exhibir externamente esa falsa apariencia como coartada a una práctica societaria huérfana de toda ética. Señaladamente porque, aunque así fuera, la fuerza del mercado no tardaría en situar dicha espuria planificación en su verdadero emplazamiento en el concurrente.

Se colige de cuanto antecede que el cumplimiento normativo no se entiende fuera de un escenario de cultura de buen gobierno corporativo. En otro caso no vendría a constituir sino un oasis normativo en el desierto de la arbitrariedad que no daría sino muestras del verdadero objetivo de la implementación, que no sería otro que el finalista y despojado de todo contenido ético material, de evitar la condena penal. No obstante, ello no parece posible si tenemos en cuenta que el riesgo de *compliance* acoge todo tipo de sanciones, tanto administrativas como penales, multas económicas, pérdidas financieras o verdaderos derrumbes reputacionales con la consecuente y devastadora sanción del mercado, todo lo cual vendría a poner en jaque el futuro de la compañía.

No cabe pues hablar de un programa de cumplimiento normativo donde no hay ya una salud corporativa sensible y comprometida con el cumplimiento de las leyes, estatutos, reglamentos, pactos, etc., reguladores tanto de las relaciones externas de la compañía con terceros como de las relaciones interna entre los diversos órganos de la sociedad, normativa laboral y de prevención de riesgos o la regulación en materia de protección de datos.

En el sentido apuntado el *compliance* se mueve en el marco de la defensa de la organización que se conforma de una triple línea de actuación: i) una primera e inicial que realiza el propio negocio, esto es, los propios empleados y unidades productivas que deben conocer y gestionar los riesgos a los que se enfrentan en su día a día, ii) la segunda línea de defensa la constituye la propia función de *compliance* y demás unidades de control que existan en la organización y, iii) la tercera línea de defensa vendría constituida por la función de auditoría interna que supervisa y controla las posibles deficiencias de las dos anteriores. Fuera de estas, y del perímetro de la organización se sitúan ya los auditores externos, los supervisores -en el caso de empresas que operan en sectores regulados- y los tribunales de justicia⁶⁸.

Ubicado el *compliance*, *ex post facto*, en el ámbito del derecho penal, cabe señalar que los delitos societarios, en su mayor parte, son infracciones especiales propias de las que sólo pueden ser autores los administradores, de hecho o de derecho, o los socios de las sociedades o entidades asimiladas. Los delitos societarios están recogidos en los arts. 290 a 297 CP, y regulan un conjunto heterogéneo, tanto en lo que se refiere a los requisitos de existencia como en lo relativo a su consumación, cometidos dentro de una empresa por aquellas personas que ostentan el control de la misma, afectando gravemente a su correcto funcionamiento o atentando contra su patrimonio en perjuicio de la empresa, socios o terceros.

Son delitos perseguibles sólo a instancia de parte mediante denuncia o querrela del perjudicado, sin que se pueda obrar de oficio salvo que el delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas⁶⁹. El perjuicio causado ha de ser

⁶⁸ ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance...*, op., p. 16.

⁶⁹ Art. 296 CP.

económicamente evaluable. No obstante, el beneficio de los administradores o de los terceros puede ser, aparte de pecuniario, de naturaleza material, moral o profesional.

En conclusión, el órgano de administración de la sociedad deberá ocuparse, con la asistencia del *compliance officer*, de impulsar un modelo de vigilancia y control que asegure el cumplimiento de las normas y los estándares éticos establecidos en el seno de la empresa. A estos efectos, es aconsejable que los consejos de administración de empresas no cotizadas, donde esta práctica aún no se ha generalizado, comiencen por incluir en la agenda de sus reuniones, junto a la ya habitual práctica de *reporting* de datos financieros y de gestión acerca de la marcha de la sociedad, un informe relativo a los riesgos normativos elaborado por el *compliance officer* y acuerden, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para su mitigación y control⁷⁰.

2.3. La responsabilidad social corporativa.

De la ética y del compromiso social de las empresas surge el concepto de responsabilidad social corporativa que si bien ha sido definida desde diversos ámbitos ha alcanzado cierta uniformidad doctrinal en relación a su concepto y finalidad⁷¹. Si decíamos que la cultura de buen gobierno corporativo debe trascender a la economicidad radical de nuestra tradición contractualista, el concepto de responsabilidad social corporativa se enmarca en idéntico contexto construyéndose sobre los cimientos del buen gobierno corporativo y apartándose de aquella tradición maximizadora de los intereses de socios y accionistas adoptando una idea de sociedad comprometida y socializadora que abraza las inquietudes de todos los agentes que inciden en el desarrollo del objeto social de la compañía⁷².

En efecto, la responsabilidad social implica, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en las políticas, procedimientos y estrategias de gestión empresarial, de las preocupaciones sociales, laborales medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparente con todos los grupos de interés implicados -actores políticos, económicos, sociales, ambientales, etc...-, responsabilizándose así de las consecuencias y de los impactos que derivan de sus acciones⁷³.

⁷⁰ LUCEÑO OLIVA, J.L. / HERRERA BLANCO, R., “El Compliance como responsabilidad del consejo de administración”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923. 2016, p. 3.

⁷¹ APARICIO, M.L., “La Responsabilidad social corporativa: nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas”, *RD. Ar.*, núm.1. 2016, pp. 1 ss., señala que “Es comúnmente aceptado que el concepto sobre Responsabilidad social corporativa (también responsabilidad social empresarial) tuvo su origen en EEUU, entre finales de los años 50 y principios de los 60 del siglo XX, ligado al movimiento ideológico derivado de acontecimientos tan diversos como la guerra de Vietnam o el problema del *apartheid*, al alzarse voces que afirmaban que a partir de la compra de determinados productos o del trabajo en ciertas empresas se estaba colaborando con el mantenimiento del régimen gubernativo imperante, así como con la perduración de prácticas políticas o económicas moralmente reprobables”.

⁷² PEREZ CARRILLO, E.F., “Introducción. Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas” en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad...*, cit., p. 29, señala la autora que “Las concepciones centradas en la responsabilidad corporativa tiene en cuenta que la responsabilidad empresarial no solo se identifica con la protección de accionistas e inversores sino con un conjunto más amplio de interesados (...). KANT y FREEMAN son habitualmente vinculados a la inepción de estas ideas (...). Se relacionan con la idea de la función social de la propiedad privada, con la protección de derechos fundamentales, de derechos de los trabajadores, del medio ambiente o de las comunidades donde los trabajadores desarrollan sus actividades”

⁷³ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales “Definición y ámbito de la responsabilidad social de la empresa” en el Informe del foro de Expertos en la responsabilidad social de las empresas constituido el 7 de marzo de 2005. 2008, p. 7, que considera que “El sentido más importante del concepto de

Y es que, en los últimos años se ha observado una creciente preocupación por la repercusión que tienen las empresas en la sociedad y, a tal efecto, ha habido numerosas iniciativas adoptadas por diversas partes interesadas para evaluar la repercusión social de las empresas y también iniciativas de estas compañías para informar al respecto.

Se colige que, atendiendo al estado de hechos descrito en relación al gobierno corporativo y a la ética y compromiso social societario, se reputa inevitable optar por la tendencia “socializadora” del derecho y, consecuentemente, apostar por la implicación del ordenamiento jurídico, y más concretamente del Derecho societario, con principios, reglas y recomendaciones tendentes a cumplir una función supervisora y de denuncia de conductas ajenas a los parámetros comúnmente aceptados por la ética empresarial, por medio de los que se ponga de manifiesto la buena o mala estructura organizativa de la empresa a través de una cultura corporativa de cumplimiento hetero-normativo.

La Responsabilidad social corporativa se refiere a cómo las empresas son gobernadas respecto a los intereses de sus trabajadores, sus clientes, proveedores, sus accionistas y su impacto ecológico y social en la sociedad en general. Se ocupa y preocupa de promover una gestión de la empresa respetuosa con todos sus grupos de interés y supone un planteamiento de tipo estratégico que debe formar parte de la gestión cotidiana de la toma de decisiones y de las operaciones de toda la organización, creando valor en el largo plazo y contribuyendo significativamente a la obtención de ventajas competitivas duraderas.

Su posición, en la génesis de la toma de decisiones se incardina, decíamos, en la cultura de buen gobierno corporativo del que es parte siendo que su significativa trascendencia se sitúa al tiempo de la adopción de las decisiones empresariales y de la voluntad tuitiva de ofrecer una efectiva tutela de todos los intereses jurídicamente protegibles que se pueden ver afectados por tales decisiones.

Si bien cabría poner de relieve una sutil distinción entre responsabilidad social corporativa y responsabilidad social empresarial, la distinción se refiere a su ámbito de aplicación, pero no a su contenido material de ahí que la generalidad de los autores la consideren expresiones para referirse a un idéntico fenómeno. Mas amplio se reputa el concepto genérico de responsabilidad social que expresa el compromiso de todos los ciudadanos, de las instituciones -públicas y privadas- y las organizaciones sociales, en general, para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global.

Por consiguiente, la responsabilidad social corporativa va más allá del mero cumplimiento de la normativa legal establecida y de la obtención de resultados con miras al cortoplacismo economicista sino que supone un planteamiento estratégico que afecta a la toma de decisiones y a las operaciones de toda organización, creando valor en el largo plazo y contribuyendo significativamente a la creación de ventajas competitivas duraderas.

En tal sentido la denominada acción responsable integral se da en función de cuatro líneas estratégicas de competencia: “ética empresarial, calidad de vida, vinculación y compromiso con la comunidad y su desarrollo, cuidado y preservación del

Responsabilidad social empresarial es la exigencia cívica de una mayor corresponsabilidad de las distintas instituciones y del conjunto de los actores económicos, políticos y sociales con los objetivos de construcción de una sociedad más próspera, con mayores niveles de justicia y equidad y con un medio ambiente más limpio y seguro”.

medioambiente”. En suma, involucración y compromiso con el ecosistema y el tejido social, pero, sobre todo, estamos ante un modelo de gestión ética, responsable y sostenible⁷⁴. Se trata pues, de un modelo de actuación empresarial que nada tiene que ver con actos de filantropía empresarial que no responden a un modelo de gestión responsable.

Podemos pues, definir la responsabilidad social corporativa como la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva y valorativa y su valor añadido⁷⁵. Siendo el marco en el que nos movemos el de la empresa y, por ende, incardinado en el desarrollo del objeto social de las compañías, la responsabilidad social se extiende a todas las organizaciones que aportan un valor añadido a la sociedad, sean públicas y privadas, con ánimo o sin ánimo de lucro.

La relación de la responsabilidad social corporativa con el movimiento de gobierno corporativo es de medio y resultado. Es decir, el gobierno corporativo constituye el instrumento o el mecanismo de actuación gestora para alcanzar los objetivos fijados entre los cuales se encuentra la responsabilidad corporativa. La inclusión de tales objetivo permite amparar un modelo de empresa absolutamente abierto e integrador que arranca del modelo de “empresa *stakeholder*” y termina con una doble respuesta social de la organización: i) de una parte, la articulación institucional de un gobierno corporativo ampliado o “global” donde, de alguna manera, tengan voz también los principales *stakeholders* no accionariales; y, ii) por otro lado, los correlativos resultados para los diversos *stakeholders* o partes interesadas, en el sentido de la creación de riqueza⁷⁶.

La Ley 31/2014 ha supuesto la incorporación en la Ley de Sociedades de Capital a la exigencia del cumplimiento de los parámetros de responsabilidad social con arreglo a los fines que persiga la sociedad cotizada de que se trate. A tales efectos, el art. 529.ter.1.a) LSC declara que las sociedades cotizadas deberán contar con una política de responsabilidad social corporativa aprobada de manera específica e indelegable por el consejo de administración.

Se trata de la única referencia a la responsabilidad social corporativa que contiene el texto legal y, sin embargo, resulta muy significativa. Por un lado, porque el contenido del precepto obliga a los administradores de las sociedades cotizadas a definir la

⁷⁴ Cuando usamos aquí el término “sostenible”, y más concretamente el de “desarrollo sostenible”, tomamos la definición del británico JOHN BLEWITT., *Understanding Sustainable Development. Earthscan Publishers, London, 2008*, p. 9, que la describe como: “la idea de que el futuro debe ser un lugar saludable mejor que el actual”.

⁷⁵ La Comisión Europea, por medio de diversas comunicaciones y foros –libro Verde (2001), Comunicación (2002), Foro Multilateral (2003)- ha definido la responsabilidad social de las empresas como la “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”. En sentido similar, DE CASTRO APARICIO, M., “Buen gobierno y ética en los negocios, ¿nueva tendencia o recuperación de principios?”, *Revista UNACC*, núm. 40, 2012, p. 75., señala que “Efectivamente, de acuerdo con las definiciones más extendidas, la responsabilidad social corporativa (RSC), es la contribución activa y voluntaria a la mejora social, económica y medio ambiental por parte de las empresas. Así hay un conjunto de prácticas y estrategias empresariales que persiguen un nuevo equilibrio entre las tres dimensiones citadas”.

⁷⁶ De hecho, FREEMAN, R.E.; HARRISON, J.S.; WICKS, A.C.; PARMAR, B.L. Y COLLE, S., *Stakeholder theory: the state of the art*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 267, han propuesto reemplazar la denominación “responsabilidad social corporativa” por “responsabilidad *stakeholder* de la compañía”.

responsabilidad social desde dentro, con arreglo a su actividad empresarial y, por otro, porque la inclusión de la política de responsabilidad social corporativa significa la ruptura definitiva del letargo con el que hasta ahora se había encontrado esta materia en materia de gobernanza empresarial⁷⁷.

Ahora bien, la responsabilidad social corporativa se basa, en último término, en un componente sociológico y marcadamente ideológico que, aun buscando acomodo en el desarrollo de las diferentes teorías que han tratado de dar respuesta a la naturaleza y desarrollo del Derecho societario, resultan inidóneas para acoger, no obstante su *vis integradora*, toda la sintomatología que es capaz de producir el *corporate governance*.

Tal componente se basa en la idea de que la actividad de las empresas no solo repercute en forma de beneficios o pérdidas de sus inversores, sino que toda la sociedad se ve afectada por sus resultados y, lo que es más, que los propios accionistas se retroalimentan de los beneficios o perjuicios causados al medio ambiente, trabajadores, consumidores, etc⁷⁸.

Se defiende con ello una visión estratégica de la Responsabilidad Social por la cual una compañía que acomete su empresa debe gestionar su relación, no con el conjunto de sujetos que inciden en su desarrollo -*stakeholders*- sino, directamente, con la sociedad que le envuelve bajo el criterio de que se consiga la mayor contribución conjunta al bienestar general y al beneficio propio.

Se aúnan pues dos criterios tradicionalmente patrimonio de posiciones antagónicas -unitarias, monistas o contractualistas y pluralistas o institucionalistas⁷⁹- que vienen a configurar una posición sincrética situando el fin propio de la compañía, simultáneamente, en la esfera privada en congruencia con su carácter de sujeto privado de derecho, así como en la esfera pública como sujeto de derecho autónomo integrante de una colectividad a cuya suerte y ventura debe contribuir.

En ese contexto, en los últimos años se ha sostenido la defensa de teorías que, partiendo de la distinción entre beneficios privados y beneficios sociales, formulan teorías que aúnan ambos objetivos que denominan de “valor compartido” y que se identifica con las políticas generales y operaciones de la empresa que aumentan su competitividad y al mismo tiempo mejoran las condiciones económicas y sociales de las comunidades donde la empresa desarrolla sus actividades⁸⁰. En tal sentido, la acepción de responsabilidad

⁷⁷ APARICIO, M.L., “La Responsabilidad social corporativa: nuevo elemento de la...”, cit, p. 6.

⁷⁸ Así como señala PEREZ CARRILLO, E.F., “Introducción. Gobierno corporativo y...” en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad...*, cit., p. 30, “...Seguramente ni *shareholders theories*, ni *stakeholders theories*; ni el institucionalismo, ni el contractualismo conceptual y puro; ni las concepciones más neoliberales o las más proclives a su regulación ni sus abundantes variantes tomadas aisladamente, sirvan para solucionar todos y cada uno de los conflictos que se presentan en el gobierno societario”.

⁷⁹ El contenido y desarrollo de las referidas teorías se realiza, con profusión, en *Infra. Cap IV, Apart. 3*, p. 222 y ss., del presente trabajo, si bien baste aquí señalar que las teorías unitarias o contractualistas sostiene un concepto de sociedad adscrito a un fin exclusivamente particular que no es otro que el beneficio y maximización del único interés rector de la gestión societaria, el de los socios. Por su parte, las teorías pluralistas o institucionalistas ponen de manifiesto la incidencia social de las decisiones adoptadas en el seno de las compañías no pudiendo obviar otros intereses que contribuyen al desarrollo del objeto social y a los que también debe ofrecer tutela.

⁸⁰ MICHAEL E. PORTER y MARK R. KRAMER., “La creación de valor compartido”, *Harv. BR*. Enero 2011, p. 3, que ponen el acento en el asedio al que se está sometiendo al sistema capitalista siendo que la sociedad de capital se percibe en los últimos años “como una causa importante de los problemas sociales,

social corporativa, se desalinea con la concepción clásica del capitalismo de maximización del beneficio empresarial que sostenía que la “auténtica” Responsabilidad Social de las Empresas es incrementar sus beneficios⁸¹.

Se postula que los administradores de las sociedades adopten sus decisiones guiados por el principio del valor compartido que significa la creación de valor económico de tal manera que, a la vez, facilite satisfacer las necesidades y aspiraciones de la sociedad. Insisten de forma sistemática que la empresa debe volver a conectar su éxito empresarial con el progreso social. Valor compartido no es filantropía, es la nueva forma duradera de alcanzar el éxito económico. Tampoco forma parte de la periferia organizacional sino que encuentra ubicado en el centro mismo de la forma de hacer negocio⁸².

Se colige que la concepción de la responsabilidad social, como instrumento del buen gobierno corporativo, se sitúa en la tesis de conjugar el bienestar general ciudadano con la consecución de beneficios empresariales y con la concepción de la responsabilidad social empresarial como un *input* contemporáneo en el agregado del bienestar (*welfare mix*) que induce el desarrollo de la ciudadanía social⁸³.

ambientales y económicos. (...) Hay una percepción muy amplia de que las compañías prosperan a costa del resto de la comunidad. Peor aún, mientras más las empresas han comenzado a adoptar la responsabilidad corporativa, más se las ha culpado por las fallas de la sociedad. La legitimidad de las empresas ha caído a niveles inéditos en la historia reciente. Esta pérdida de confianza en las compañías lleva a que los líderes políticos tomen medidas que socavan la competitividad y minan el crecimiento económico. Las empresas están atrapadas en un círculo vicioso. Buena parte del problema se halla en las mismas compañías, las que siguen entrampadas en un enfoque anticuado de la creación de valor que ha surgido a lo largo de las décadas pasadas. Siguen teniendo una visión estrecha de la creación de valor, optimizando el desempeño financiero de corto plazo dentro de una burbuja mientras pasan por alto las necesidades más importantes de los clientes e ignoran las influencias más amplias que determinan su éxito en el largo plazo”.

⁸¹ FRIEDMAN, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase its profits”, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, señala que “Cuando escucho hablar a un hombre de empresa, en forma elocuente, sobre la responsabilidad social de la empresa en un sistema de empresas libres, me acuerdo de unas líneas deliciosas de un francés que descubrió, a los 70 años, que siempre había estado hablando en prosa a lo largo de toda su vida. El empresario cree que está defendiendo a las empresas libres cuando declama que a la empresa no le preocupa solamente el beneficio sino también promover fines “sociales” deseables; que la empresa tiene conciencia social y que, en consecuencia, se toma en serio sus responsabilidades de dar empleo, eliminar la discriminación, evitar la contaminación y todo lo que esté contemplado en los reclamos de la cosecha contemporánea de los reformistas. En realidad, lo que están haciendo –o harían si alguien los tomara en serio– es predicar puro socialismo. Los empresarios que hablan así son títeres inconscientes de las fuerzas intelectuales que han socavado las bases de una sociedad libre en estas décadas pasadas”.

⁸² MICHAEL E. PORTER y MARK R. KRAMER., “Strategy and Society: the link between competitive advantage and Corporate Social Responsibility”, *Harv. BR*, Diciembre, 2006, p. 79, señalan que “hay tres formas distintas de proporcionar simultáneamente valor para la empresa y valor para la sociedad que se complementan, construyendo un círculo positivo. Estas tres formas complementarias son: i) nuevos mercados y productos, ii) redefiniendo la productividad en la cadena de valor y iii) creando grupos locales de apoyo a la empresa lo que también se conoce con la palabra *cluster*. Cada una de estas tres vías forma parte del círculo virtuoso de valor compartido; al aportar cada una de ellas valor en un área determinada, facilita el surgimiento de nuevas oportunidades en las otras áreas”.

⁸³ MORENO L., “Agregado del bienestar, responsabilidad corporativa y ciudadanía social”. *RRSE*. Septiembre-diciembre 2011, nº 9, (vol. 3 nº 3), p. 93 quien, asimismo, sostiene que “La promoción de la Responsabilidad Social Empresarial puede inducir la optimización del agregado del bienestar en las democracias avanzadas del capitalismo del bienestar. El papel regulador de los poderes públicos es el de incorporar las aportaciones de las corporaciones (privadas y públicas), las ONG y cualesquiera otros grupos de la sociedad civil. En concreto, iniciativas y acuerdos entre empleadores y empleados pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y optimizar el desarrollo del bienestar social”.

Consecuencia de lo anterior, en la actualidad, la Responsabilidad Social y su aplicación en la gestión de las organizaciones constituye la clave para conseguir articular unos beneficios sostenidos -lo ético- que aseguren la gestión eficiente de los costes -lo económico- y el desarrollo de los derechos sin comprometer los recursos del futuro -lo socio-ambiental-. Cabe pues inferir una simetría conceptual entre responsabilidad social corporativa y el principio de valor compartido planteándose un desplazamiento desde el enfoque moral de “buen ciudadano”, -*values*-, al enfoque empresarial de valor económico, -*value*-.

2.4. La contabilidad como instrumento de gobierno corporativo.

La norma contable se constituye en un primer mecanismo de control de la información financiera suministrada por la empresa. Ahora bien, no es menos cierto que la calidad e integridad de la información contable sólo tendrán una efectiva salvaguarda si las prácticas de gobierno están diseñadas con una adecuada combinación de mecanismos de monitorización e incentivos. En el apuntado sentido, los beneficios privados que pueden obtenerse del control de las corporaciones, amparados en la fuerte asimetría de información existente entre el interior y el exterior de estas, son muy tentadoras, y pueden alimentar conductas claramente expropiatorias. A la luz de ello, parece incuestionable que la debilidad de las estructuras de Gobierno Corporativo es un aliado necesario del fraude contable.

Las nuevas responsabilidades sociales que aparecen en la empresa, -cuestiones relativas a los empleados, la comunidad social, el medio ambiente, otras cuestiones éticas, etc.- generan una mayor demanda informativa tanto interna como externa. A la información elaborada por las compañías, para dar respuesta a esas demandas, se le denomina de diversas maneras: información social de la empresa, información de base social, información o contabilidad sobre responsabilidad social, contabilidad social, etc.

La contabilidad, en su triple función de dar soporte a la toma de decisiones, proporcionar los indicadores de resultados para la evaluación y el control interno y dar cuenta a los inversores de los rendimientos del capital invertido, tiene como materia prima principal la información. La información es, pues, el nexo de unión entre la organización de las acciones colectivas y la contabilidad⁸⁴.

Parece lógico esperar que, si existe la posibilidad de que los gestores de los recursos presenten comportamientos orientados al provecho personal antes que al de la empresa, los inversores y prestamistas sean más reticentes a invertir o bien requerirán un sobreprecio (mayor rentabilidad, dividendos, etc). Este sobreprecio será mayor cuanto menor sea la confianza del inversor en la gestión desarrollada por los directivos.

Para evitar lo anterior, la información contable tiene entre sus funciones la de proporcionar confianza a los mercados de la correcta gestión de las empresas (función de control) además de informar sobre los resultados de la misma (función de valoración). Una información contable transparente, proporcionando información relevante a los inversores relativa a la rentabilidad y riesgo de las inversiones, concede a la empresa la oportunidad de obtener recursos financieros en condiciones más ventajosas.

⁸⁴ SALAS FUMAS, V., “Indicadores de riesgo a partir de los resultados contables de las empresas”, *REF*, núm. 7. 2004, p. 169.

En el apuntado sentido, si el objetivo del gobierno corporativo es garantizar una efectiva protección de los derechos de los accionistas y obtener la confianza de los mercados, parece lógico, pensar que las buenas prácticas se traducirán en una mayor calidad de la información contable, y con ello, en un mayor contenido informativo que, siendo, por razones obvias, más intenso en las sociedades cotizadas, también se patentiza en las no cotizadas⁸⁵. A tal fin obedece también, en el marco de la sociedad no cotizada, la previsión de incorporación de las situaciones de conflictos de interés de los gestores sociales en la memoria⁸⁶.

En los mercados financieros, la información es la piedra angular sobre la que descansa todo el sistema. Por eso, la regulación de los mercados financieros y de sus agentes debe asegurar la correcta y necesaria transmisión de información de modo que cuantos participan en los mismos puedan formarse juicios fundados y razonables para la toma de decisiones de inversión o desinversión, erigiéndose en principio fundamental el de la transparencia, por el cual se transmite al mercado toda la información relevante para los inversores en los siguientes términos: i) la información que se transmite es correcta y veraz, ii) la información se transmite de forma sistemática y equitativa y iii) la información se transmite en tiempo.

Así, en aras a fomentar la transparencia no sólo de la información contable financiera, sino también de aspectos de índole social (gobierno corporativo, responsabilidad social, corporativa, ética empresarial, condiciones laborales, etc.), se viene distinguiendo entre tres tipos de mecanismos: i) de carácter legal e imperativo -v.gr., la ordenación contable, la Ley de Auditoría, la Ley de transparencia, etc-, ii) de mercado, atendiendo a las reglas de competencia y amparadas en el escrutinio del tráfico mercantil que permiten incrementar el valor de las empresas en el concurrente -v.gr., las normas sobre las condiciones laborales, sobre la contabilidad y auditoría social y ética, sobre los sistemas de gestión medioambiental, etc-, y iii) de carácter voluntario, esto es, que incorporan una ordenación carente de carácter coercitivo amparada en valores y principios éticos, sociales y medioambientales⁸⁷.

2.5. Ordenación del buen gobierno corporativo: de la recomendación a la norma.

La ordenación desarrollada y promotora de políticas incentivadoras de las culturas de buen gobierno corporativo se han llevado a cabo, bien desde instrumentos de Derecho imperativo -*hard law*-, bien desde los instrumentos de gobierno corporativo -*soft law*- cuya finalidad no es tanto -o no es solo- la de favorecer la autorregulación por pensar que

⁸⁵ Ahora bien, tales exigencias de publicidad, especialmente en relación a las sociedades no cotizadas no han recibido el favor unánime de la doctrina. En tal sentido EMPARANZASOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *RDM*, núm. 281. 2011, p. 21 señala que “Si bien en el ámbito de las sociedades cotizadas esta exigencia es normal y coherente con la necesidad de que el mercado esté al corriente de todas aquellas situaciones que puedan afectar a la gestión de la sociedad (...) no se entiende que en sociedades obligadas a depositar sus cuentas, y que no tienen por qué tener un carácter abierto, se posibilite que datos que incumben exclusivamente al interés de los socios y de la sociedad puedan ser conocidos por terceros”.

⁸⁶ En efecto, el art. 229.3 *in fine* LSC señala que “Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259” cuyo objeto es completar, ampliar y comentar el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales” -art. 259 LSC-.

⁸⁷ LIZCAINO, J.L., “La transparencia, entre Responsabilidad Social Corporativa y la exigencia legal”. *Presentación en la III Jornada “eDemocracia”*, *eTransparencia para el buen gobierno de las empresas y las organizaciones sociales a través de la Nuevas Tecnologías*. Madrid. 2004.

se trata de un medio más eficiente que las normas jurídicas, sino la de suministrar a los administradores determinadas pautas o criterios de actuación provistos de mayor concreción que las fórmulas paramétricas de las que se hace valer la normativa para describir y delimitar el modelo de actuación del gestor social.

Es por ello que, en la evolución de los instrumentos de *hard* y *soft law* se aprecia una suerte de retroalimentación⁸⁸ dirigida, señaladamente al traslado del “Derecho blando” en Derecho imperativo, esto es, a que la herramienta de *soft law* se incorpore al marco normativo haciendo norma a la, en origen, recomendación⁸⁹. Por otra parte, en ocasiones ha sido la propia sociedad la que, en ejercicio y desarrollo de su capacidad de autorregulación -consagrado en el vigente art. 28 LSC-, ha incorporado a su régimen de gobierno corporativo las recomendaciones que ha considerado más adecuadas en la forma que mejor ha considerado incorporándolas a su cuerpo normativo interno (estatutos, reglamentos, pactos, etc...).

Ahora bien, el *soft law*, entendido como conjunto de recomendaciones o principios, se limita a enunciar proposiciones carentes de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (estructura propia de la norma)⁹⁰. Y, por tanto, al carácter imperativo de la norma -a la norma se obedece (voluntaria o, en otro caso, coercitivamente)- se contraponen el carácter marcadamente voluntario de la recomendación o principio al que no se le sigue obediencia, sino que se le presta adhesión⁹¹.

⁸⁸ Ejemplos de dicho fenómeno de retroalimentación lo constituyen, entre otros, la insuficiencia de la cláusula general que fijaba el estándar de definición de los deberes de los administradores (art. 127 LSA) que en 1989 dio lugar a las recomendaciones del Informe Aldama en el ámbito del *soft law* y, éste, a la reforma operada por la ley de transparencia de 2003.

⁸⁹ EMBID IRUJO, J.M., “La codificación del gobierno corporativo”, *RDBB*, núm. 140. 2015, p. 27, señala el autor que “En este sentido, ya no sería solo la voluntad del legislador (siguiendo el paradigma positivista tradicional) el único elemento determinante, sino que el primer paso en el camino hacia la norma vendría dado por el establecimiento de las recomendaciones de los códigos de buen gobierno, algunas de las cuales (obviamente no todas), tras una cierta experimentación, se convertirían, por la mediación del legislador, en normas jurídicas”.

⁹⁰ En efecto, en España la discusión doctrinal sobre el gobierno de la gran sociedad ha dado origen a varios estudios e informes -*soft law*- de amplia notoriedad. El primero de los informes promovidos de forma oficial es el denominado Informe Olivencia (1998) cuyas recomendaciones han sido incorporadas por la Comisión Nacional del mercado de valores a un Reglamento tipo del Consejo de Administración. Su contenido va dirigido a las sociedades cotizadas para su adopción voluntaria sobre la base de su autorregulación. Posteriormente, el Informe Aldama (2003) no sólo formula recomendaciones dirigidas a las sociedades que participan en los mercados de capitales, sino que postula determinadas reformas en el Derecho de sociedades y del mercado de valores mediante reglas que deberían tener una aplicación imperativa. 185 Las recomendaciones del Informe Aldama, basadas en los principios de transparencia y seguridad en el mercado de valores, en buena parte, fueron plasmadas en la Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003). En 2006 se publica el “Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas” actualizado en 2013 y en 2015 se publica el “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”.

⁹¹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ed. Trotta. Madrid 1995, pp. 109 ss. En este sentido los informes tienen naturaleza voluntaria. Entre otros, v. el Informe Olivencia (1998) donde se señala [v. id., I.4] que “no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por lo tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo”. De ahí que sus recomendaciones vayan dirigidas a las sociedades “para que, al amparo de la autonomía de la voluntad privada y de las facultades de autorregulación de sus órganos, adopten las decisiones conducentes a su mejor gobierno” [id., I.2]. El Código no trata de “proponer normas de Derecho objetivo, sino de ofrecer a la consideración de las sociedades destinatarias un catálogo de medidas que, en uso de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico”. También participa del carácter de recomendación Informe *Cadbury* (1992), que para el caso señala que el Código refleja la mejor práctica existente y que pocas de sus recomendaciones requieren su adopción legislativa (id., sub. 7.1).

En efecto, cabe poner énfasis en la disponibilidad immanente de las herramientas de *soft law* no constituyendo textos normativos imperativos entregando a la libre autonomía de cada compañía la decisión de seguir o no sus recomendaciones de gobierno corporativo. Ahora bien, ello no es óbice para que el conjunto de instrumentos de Derecho blando, aun su carácter dispositivo, esté tremendamente ligado al acervo normativo en materia de gobierno corporativo existente en España a lo que también contribuyó la lógica percepción de que tal ausencia de normatividad no era absoluta en la medida en que sí se introdujo en el cuerpo imperativo el principio de “cumplir o explicar” en el art. 116 de la Ley del Mercado de Valores.

En consecuencia, la voluntariedad de los referidos instrumentos debe necesariamente ser matizada en la medida en que queda sujeta a este principio, el cual obligaba a las sociedades cotizadas a indicar en su informe anual de gobierno corporativo “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones⁹²”.

Como consecuencia de ello, el principio de “cumplir o explicar”, tan necesario para los partidarios, en mayor o menor medida, de la «vía normativa», como innecesario y perverso para aquellos que propugnaban la autorregulación (como necesario hilo conductor de acuerdo con la libertad de organización que debe presidir la actuación de todas las empresas y ello en el convencimiento de que será el mercado y los inversores los principales juzgadores de la actuación de la compañía⁹³), pasó a ser el primero y más conocido punto de desencuentro en la materia⁹⁴.

Pues bien, ya sea en uno u otro caso -imperativo o potestativo-, el desarrollo y la aplicación de los principios de gobierno corporativo se pueden abordar desde dos puntos de vista muy diferentes: la libertad de organización o el intervencionismo estatal. El primer enfoque parte del fundamento iusprivatista del Derecho de sociedades y es compatible, por supuesto, con la existencia de un marco de normas legales mínimas de naturaleza imperativa completado con recomendaciones de buen gobierno emitidas por organismos reguladores e instituciones internacionales o nacionales.

⁹² Letra f) del Art. 116.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que introdujo la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁹³ El Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de mayo de 2006 señala al referirse a las características del mismo que “la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos”.

⁹⁴ CORTINOVIS ASPERT, M., “Reflexiones sobre el Gobierno Corporativo en España”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 10. 2006, p. 106., “Consideran los detractores de dicho principio que discrepar, en ocasiones profundamente, de alguna de estas recomendaciones elaboradas por un grupo de expertos en la materia nombrado por el Gobierno es algo que podría resultar, hasta cierto punto y dependiendo de las circunstancias, normal y asumible en términos de responsabilidad empresarial. Ahora bien, tener que justificar por escrito y de manera razonable dicha disensión frente a los accionistas y al mercado es algo muy distinto que no resulta del agrado de nadie o, al menos, no constituye un cometido cómodo para la mayoría. Todo ello sin contar los elevados costes que, según la opinión de algunos de los detractores de las corrientes reguladoras, lleva aparejada la implementación de todas las medidas establecidas en la materia. Por otra parte, los defensores de este principio consideran que su promoción a norma jurídica imperativa de obligado cumplimiento resulta el medio más adecuado para que, llegados a este punto, determinados aspectos de especial trascendencia en materia de gobierno corporativo sean efectivamente una realidad en España y, en definitiva, para garantizar la transparencia de las compañías cotizadas”.

Así, en una sociedad democrática, es deseable que exista un mercado en el que haya la mínima intervención del Estado en respeto y observancia de los principios rectores de la democracia, como son la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre iniciativa y el Derecho de asociación⁹⁵. También es deseable que el mercado se rija por el resultado natural que arroja la libre interacción de sus agentes. A pesar de esto, el estado sigue manteniendo la responsabilidad de garantizar que el mercado sea transparente, justo y equitativo, y que en él no prosperen malas prácticas que desborden la conducta de las fuerzas intervinientes.

La distancia prudencial que debe guardar el estado del mercado, no lo releva de su deber de observar de manera cuidadosa e incesante la actividad económica. Con todo, es deseable que indistintamente a que el estado ejerza la tutela del mercado *-laissez faire, laissez passer-*⁹⁶, los particulares sean celosos y escrupulosos en la observancia y en el cabal cumplimiento de la ley. Pues bien, el conjunto de esa práctica, que apela a la autorregulación y que está regida por un acervo de normas de carácter ético y al amparo de la buena fe, es lo que en el *Common Law*, se ha venido a llamar *corporate governance*.

El segundo enfoque, esto es el del intervencionismo, defiende en cambio, que la iniciativa en este, como en otros campos, debe emanar del Estado. Se sostiene que las normas imperativas pueden entrar en el interior de la organización de las sociedades y que una parte sustancial de las recomendaciones de buen gobierno han de abandonar el ámbito voluntario del principio “cumplir o explicar” para incorporarse al Derecho positivo, atribuyendo además la tutela de su cumplimiento no a los administradores y a los accionistas ni tampoco –salvo en último término– a los tribunales de justicia, sino a la propia Administración. La conciliación entre uno y otro modo de aproximación al gobierno corporativo resulta extremadamente difícil⁹⁷.

Y es que los efectos de la actuación de los administradores de sociedades pueden ser de incuestionable intensidad y no por actuar de forma dolosa sino con la falta de la diligencia propia. Tales efectos imponen la necesidad de conocer *ex ante* los extremos de sus actos pues siendo su responsabilidad una cuestión que convierte el cargo de gestor social en una profesión de riesgo, se pretende delimitar imperativamente su actuación a través de proposiciones jurídicas imperativas que aporten la seguridad jurídica consecuente al establecimiento de un marco de actuación delimitado⁹⁸.

⁹⁵ Principios constitucionalmente consagrados, respectivamente, en los arts. 33, 38, 128 y 22 de la CE.

⁹⁶ Expresión utilizada para predicar el ejercicio del *laissez faire, laissez passer* (“dejen hacer, dejen pasar”), refiriéndose a una completa libertad en la economía: libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral y mínima intervención de los gobiernos. Fue usada por primera vez por *Vincent de Gournay*, fisiócrata del siglo XVIII, contra el intervencionismo del gobierno en la economía. (Enciclopedia Británica, 1990).

⁹⁷ MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *RDM*, núm. 303. 2017, p. 1., señala el autor que “La reprivatización del Derecho societario es un reto indispensable ante la avalancha de normas regulatorias que están minando la autonomía de las sociedades de capital, incluida su capacidad de organización interna. A tal efecto hay que recuperar las raíces liberales y iusprivatistas del régimen jurídico de las sociedades mercantiles, reforzar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad administrativa y garantizar el principal atributo del buen gobierno corporativo: la libertad del modelo que cada sociedad adopte dentro del marco legal general. La autonomía organizativa de las sociedades de capital se presenta así, como el freno principal frente a la aplicación arbitraria o abusiva de las normas imperativas que en los últimos años están invadiendo la esfera del Derecho societario”.

⁹⁸ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad” en RONCERO SANCHEZ, A (Coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, ed. Aranzadi. Madrid, 2016, p. 71., sostiene el autor

Pues bien, la complejidad empresarial y la significativa incidencia social de las decisiones tomadas en el seno de órganos de administración societarios impone la necesidad de ver satisfecha la inquietud de seguridad jurídica de los agentes afectados a través de una constante demanda de regulación. No obstante, la inquietud ordenadora no puede expandirse a otros sectores del funcionamiento societario e impregnar el funcionamiento societario de imperatividad sino que, más al contrario, como entes privados deben admitir su autodeterminación a través de su propia autonomía funcional⁹⁹.

Y es que no cabe olvidar la naturaleza privada de las sociedades de capital y el fuerte componente que, en las mismas, debe jugar la autonomía de la voluntad. Ahora bien, siendo materia de Derecho privado, la intervención del estado se enmarca dentro de la significativa incidencia que, en la sociedad en general, provocan o pueden provocar las decisiones que se adoptan en el seno de los consejos de administración de las compañías.

Se trata de tutelar el efecto público de la decisión privada, esto es, imponer un filtro de motivación e idoneidad a las decisiones adoptadas por unos pocos que pueden provocar efectos sobre muchos¹⁰⁰. Lo anterior impone el despliegue de las debidas cautelas y de las obligadas matizaciones, derivadas de la referida naturaleza privada y de que los efectos de las decisiones tomadas por la administración societaria tengan un verdadero efecto sobre la sociedad que permita que aquellas decisiones incidan en el tejido social.

A lo largo del presente trabajo se irá haciendo referencia, además de a la evolución normativa en materia de deberes de los administradores de las sociedades de capital, a los instrumentos de *soft law* que se han ido gestando y que, como se ha señalado, en no pocos casos han supuesto la avanzadilla de la posterior positivización o proyección normativa de las recomendaciones contenidas en los referidos instrumentos. No obstante, nuestro esfuerzo dará preferencia a las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, rubricada y dirigida a la mejora del gobierno corporativo poniendo en valor la delimitación que la misma ha supuesto en la conformación de un estatuto de deberes de los administradores.

3. La trascendencia del cargo del administrador de sociedades de capital en el buen gobierno corporativo.

La necesidad del buen gobierno corporativo parte de la evolución propia y de la complejidad de la actividad empresarial que no ha hecho más que aumentar la incertidumbre y las posibilidades de riesgo, profesionalizando y tecnificando la dirección de las empresas. La iniciativa del órgano de administración a la hora de desarrollar y

que “(...) si el mal está en la insuficiencia de protección jurídica, lo oportuno es proveer ese derecho que falta. Pero hay que identificarlo y configurarlo bien, no vaya a ser que el remedio sea peor que la enfermedad. Y aquí es donde vemos enfrentadas diversas políticas jurídicas -diversas opciones de regulación-, que se han puesto de manifiesto en el debate académico”.

⁹⁹ Muchas son las voces que disienten con la tendencia regulatoria señalando, como lo hace PAZ-ARES, C., “El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002., p. 1815, donde señala que “Las únicas reformas que tendría sentido promover en este ámbito son las encaminadas a promover la autonomía organizativa de la sociedad y a flexibilizar el marco actual”. También, en idéntica línea, MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades...”, cit.

¹⁰⁰ En tal sentido señala VON HAYEK, F.A., *Estudios de filosofía política y economía*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 107., que “cuanto más aceptable sea la idea de que las empresas deben servir intereses públicos, más persuasiva se vuelve la afirmación según la cual, si el Estado es el vigilante del interés público, el Estado debería poder decirle a las empresas lo que tienen que hacer”

ejecutar las actuaciones en materia de gobierno corporativo, (programas de prevención de delitos, actuaciones en materia de protección de datos, programa de responsabilidad social, reglamentos internos, códigos éticos, etc...) ¹⁰¹, deviene clave, pues es el órgano de administración de la sociedad el que ostenta el poder de gestión en la misma y tiene, entre otras obligaciones, la de actuar de acuerdo con el deber general de diligencia de un ordenado empresario y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad

Es pues el rol del administrador de sociedades en el despliegue de una cultura societaria de buen gobierno, de innegable protagonismo. En efecto, los administradores ocupan un lugar destacado en el gobierno de las sociedades mercantiles pues en ellos recaen las decisiones estratégicas y de organización más importantes y por tanto tienen relevante influencia en los resultados finalmente alcanzados.

Así, en una analogía con los poderes del estado, la Junta de socios o accionistas vendría a constituir el Parlamento, donde reside la soberanía -societaria- mientras que el órgano de administración vendría a constituir el gobierno que ejerce el poder ejecutivo de la sociedad. Pues bien, al igual que el órgano legislativo del Estado dispone de mecanismos de fiscalización de la actuación del ejecutivo ¹⁰², también la Junta General dispone de herramientas de fiscalización y monitorización de la actuación del órgano de administración (así, y entre otras, las competencias exclusivas enumeradas en los arts. 160 o 230.3 LSC o incluso la posibilidad, contemplada en el art 161 LSC, de que, salvo disposición estatutaria en contra, la Junta General intervenga en las actuaciones de gestión).

En tal sentido, la progresiva incorporación en el marco de la ordenación societaria de medidas dirigidas a mejorar el buen gobierno de las sociedades ha tenido al administrador como principal destinatario. Y a tal efecto, ya no basta con señalar un estándar de diligencia y de lealtad a los administradores a través de fórmulas paramétricas tan concurridas por su capacidad de encajar en ellas la variedad de comportamientos infractores ¹⁰³.

¹⁰¹ LUCEÑO OLIVA, J.L. / HERRERA BLANCO, R., “El *Compliance* como responsabilidad del...”, cit., p. 2, señala que “En la práctica es habitual que estos programas no se ciñan exclusivamente a la prevención de delitos, sino que abarquen un campo más amplio, asegurando también el cumplimiento de todas las normas que afecten a la compañía, así como de los estándares éticos de la empresa”.

¹⁰² V.gr., la moción de censura -art. 113 CE-, la cuestión de confianza -art. 112 CE-, interpelaciones y preguntas a los miembros del gobierno -art. 111 CE-, la comparecencia en las Cámaras de los miembros del gobierno -art. 110 CE-, o la petición de información que las cámaras y sus comisiones podrán recabar del gobierno -art. 109 CE-.

¹⁰³ Resulta de interés contrastar, como tendremos ocasión de abordar más detenidamente en posteriores apartados del presente trabajo, los distintos informes sobre *corporate governance* para observar el distinto tratamiento que ofrecen sobre los deberes de los administradores. Ahora bien, sin perjuicio de aquellos a los que se hará referencia por su extraordinaria incidencia, han concurrido otros que han tratado el particular y a los que, asimismo, haremos somera referencia. Así, de un lado, los informes del Reino Unido no hacen referencia a los concretos deberes que deben cumplir los administradores, sino más bien sus objetivos o fines, su forma de organización y toma de decisiones. En este sentido, no deja de ser significativo que el Informe *Cadbury* (1992) sub. 4.29, no se refiera a los códigos de conducta relativos a los administradores, sino que llama la atención respecto de las normas de conducta que deben conocer los trabajadores (*all employees*) de la sociedad. A estos efectos, recomienda como buena práctica que “los consejos de administración redacten códigos éticos o declaraciones de prácticas empresariales y que los hagan público, tanto interna como externamente”. Es más, el *Code of best practice* del Informe *Cadbury* no contiene una sola recomendación dedicada a los deberes de los administradores, si bien aborda cuestiones relativas a la organización del consejo, a los consejeros ejecutivos y no ejecutivos, y a otras cuestiones sobre información

Es decir, siendo esta técnica de formulación paradigmática imprescindible por la imposibilidad de acoger todos los supuestos posibles, hace falta descender a mayores detalles en lo que se refiere al comportamiento y articulación organizativa de los administradores sociales, con el objetivo doble de ofrecer: i) por un lado, a la propia sociedad actuante de un marco seguro que facilite la observancia de las normas (*compliance*) así como, ii) por otro, a los terceros un referente firme y solvente para sus posibles reclamaciones, bien sean de transparencia, bien de responsabilidad¹⁰⁴.

En ese sentido cabe señalar que la implicación de los administradores de las sociedades en las herramientas de gobierno corporativo ha de ser de una relevancia consecuente a su responsabilidad en caso de infracción. Esto es, siendo que el propio Código Penal señala que la responsabilidad penal se atribuirá directamente a los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, el consejo de administración es el primer interesado en supervisar de forma directa y escrupulosa el correcto diseño y ejecución de los mecanismos de organización y gestión de *compliance* en la empresa, en valorar el nombramiento del perfil más adecuado para desempeñar el papel de *compliance officer* en la organización, y en controlar que éste goce en todo momento de la independencia requerida y cuente con cuantos recursos humanos y materiales pueda necesitar para el ejercicio de sus funciones.

Y es que, como se ha señalado, el marco normativo de actuación del administrador de sociedades se mueve, como tendremos ocasión de examinar en profundidad a lo largo del presente trabajo, en un escenario de ordenación prototípico, genérico o paradigmático. Su relación y su marco funcional propio alineado con el cuerpo de deberes fiduciarios que construyen su estatuto legal constituye el objeto del presente trabajo. Derivado de lo anterior, el papel que ocupa el administrador en el diseño, despliegue y monitorización de la cultura societaria de buen gobierno corporativo es nuclear.

No obstante, al igual que la ley, por imposibilidad material, construye un escenario funcional del gestor social a través de cláusulas genéricas y prototípicas, con la expresión buen gobierno corporativo se hace también referencia a una idea prototípica o un modelo de actuación y de desarrollo y explotación del objeto social atendiendo a unos valores, a

y control interno. Ejemplo de ello también lo es el Informe *Hampel* (1998) en cuyos principios (v. id., sub 2) no se hace referencia a los deberes de los administradores y sólo en la parte tercera (id., sub. 3.2) se indica que “Los deberes básicos de los consejeros son actuar de buena fe, con la debida diligencia y pericia en interés de la sociedad y para el fin propio de la misma”. Añade que tales deberes “proceden del *common law* y son comunes a todos los consejeros y exigibles frente a la sociedad, es decir, frente a la colectividad de accionistas, tanto presentes como futuros, y no respecto a los existentes en un determinado momento”. El mismo informe indica (id., sub. 3.3) que tales deberes deben exigirse también a los no ejecutivos y dejar que los Tribunales, en su caso, moderen su aplicación. Es más, el referido informe, ni en sus principios (*principles of good governance*) ni en su código (*code of best practice*), no dedica ni una sola disposición a los deberes de los administradores. De su parte, el Informe *Higgs* (2003) sub. A.3.3, establece que “todos los administradores deben tomar las decisiones objetivamente en interés de la compañía”, lo que es una referencia genérica. Los informes continentales incorporan cuestiones puntuales sobre el tema. Así, el Informe *Vienot* (1999) sub. III.4, entre las obligaciones del administrador establece el deber de comunicar al Consejo cualquier situación de conflicto y la prohibición de negociar con los valores de la sociedad que posea; el Informe holandés de 1997, sub. 4.7 y 4.5, se refiere a la prohibición de obtener beneficios personales, y a que los valores propiedad del administrador deber ser a largo plazo. Por contraste con ello, el *Code for german corporate governance* (2000) sub. II.4, establece una amplia lista de supuestos y reglas relativas al conflicto de intereses, lo mismo que sucede con el Código de Gobierno Corporativo del Informe *Cromme* (2002) sub. 4.3 y 5.5.

¹⁰⁴ EMBID IRUJO, J.M., “La codificación del gobierno...”, cit., p. 23.

una ética y a un compromiso con quienes inciden en el desarrollo de la explotación de la empresa.

Ello no obsta a que, sin perjuicio de la aparente generalidad de la acepción del concepto de gobierno corporativo, su contenido propio se proyecta sobre una pluralidad de actuaciones tales como, entre muchas otras: i) la promoción de la existencia y efectividad de los sistemas de control interno que despierten la atracción de la inversión, señaladamente del inversor institucional, ii) el *reporting* corporativo y el control de los flujos de información, iii) evaluación de objetivos, iv) las políticas de retribución de consejeros y directivos y v) la diligencia y lealtad del consejo y de sus miembros.

A este último cometido se dedica el presente trabajo siendo que los arts. 225 a 241 bis LSC conforman un escenario de actuación del administrador de sociedades que sitúa su marco funcional en la cúspide de la ejecución de todo plan inserto en la cultura de gobierno corporativo, de toda decisión afectante a medidas de la llamada responsabilidad social corporativa o empresarial o de toda medida encaminada a la evaluación y detección de debilidades susceptibles de ilícitos penales (*compliance*).

Cuanto antecede no es sino consecuente al movimiento de *corporate governance* que incorpora al Derecho de sociedades en general, y a las relaciones mercantiles en particular, un decidido apego y marcada propensión hacia la transparencia¹⁰⁵ que se promueve, no ya desde los estados, sino desde las instituciones supranacionales que vienen esforzándose, en la medida en que los ordenamientos nacionales lo permitan, en la homogeneización y convergencia del marco de ordenación.

En el apuntado sentido, ya en el año 2004 la Comisión Europea anunciaba la creación de un foro europeo sobre *corporate governance* -el *European corporate governance fórum*- compuesto por expertos en la materia con el objetivo de constituir un grupo de debate e intercambio de experiencias en torno a la finalidad de promover las prácticas de gobierno corporativo en los estados miembros de la Unión Europea que sirviera además de ente consejero en estas cuestiones a la propia Comisión¹⁰⁶.

Pues bien, el órgano societario que adopta la generalidad de las decisiones de buen gobierno corporativo es el órgano de administración. Y es pues, el órgano de administración el que está sometido a la regla del “*comply or explain*” que constituye uno de los rasgos característicos de la implementación de los códigos de buen gobierno

¹⁰⁵ Especialmente comprometida con la transparencia y las medidas dirigidas al buen gobierno corporativo se muestra la regulación que emana de los órganos de la Unión Europea. Así, la Directiva 2017/828/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 prevé, en el marco de la transparencia societaria y buen gobierno corporativo medidas referentes a: i) la identificación de los accionistas, la transmisión de información y la facilitación del ejercicio de los derechos de aquellos, ii) la transparencia de los inversores institucionales, gestores de activos y asesores de voto, iii) la remuneración de los administradores o iv) las operaciones con partes vinculadas.

¹⁰⁶ No obstante, el camino que se emprendió con el “*European Corporate Governance Forum*” (el cual emitió su última recomendación en julio de 2011), o con la publicación de diferentes recomendaciones de la UE, o la aprobación de la Directiva 2007/36/CE, todas estas medidas tuvieron un impacto relativamente pequeño en las legislaciones de los estados miembros. Consecuente a ese *desiderátum* originario de los organismos de la UE, deviene la necesidad advertida por el legislador nacional de dar cuerpo a ese rumbo emprendido dirigido a la creación de un sistema de transparencia societaria. Así, y sin perjuicio de la publicación del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006, en virtud de la Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo.

corporativo que permite que las recomendaciones no vinculantes contenidas en los mismos sean acatadas o bien se explique la justificación de la falta de cumplimiento¹⁰⁷.

Ahora bien, en el marco de la sociedad no cotizada -pues las sociedades cotizadas están sujetas a mayores exigencias de monitorización y control-, la forma de monitorizar el ejercicio propio de su actuación no puede ser otra que a través del cumplimiento de los deberes fiduciarios que le son propios -diligencia y lealtad-.

En el presente trabajo se examinarán en profundidad los deberes fiduciarios de los administradores societarios, su génesis, naturaleza y contenido propio al compás de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que ha dotado de mayor contenido y concreción expositiva el estatuto jurídico del administrador de sociedades. Nuestro análisis y marco de investigación se centrará en las sociedades no cotizadas en las que, por razones obvias, la monitorización y control es menor.

4. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

Podemos afirmar que la Ley 31/2014 por la que se modifica la Ley de Sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo es la reforma más importante que ha experimentado el Derecho español de sociedades en los últimos veinte años¹⁰⁸. En efecto, desde 1989 han concurrido diversas reformas que revelan la preocupación por la mejora y por la modernización de la gobernanza societaria, sin embargo se ha tratado de reformas parciales motivadas por situaciones y exigencias concretas y singulares¹⁰⁹.

La eficacia limitada de las recomendaciones de cumplimiento voluntario impulsó numerosas propuestas normativas que tendían a sustituir las recomendaciones por instrumentos legales de cumplimiento obligado (G-20, OCDE, Libro verde de gobierno corporativo de las entidades financieras 2010, Directiva 2013/36/UE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión. En nuestro país cabe señalar el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, y Orden Ministerial ECC/1762/2012, de 3 de agosto, Ley de Cajas de Ahorro, el Real Decreto 256/2013 o la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y solvencia de las entidades de crédito).

Pues bien, pronto, desde organismos privados y públicos internacionales se pondría de relieve que en las grandes sociedades concurrían problemas similares a los que se daban

¹⁰⁷ CHAMORRO DOMINGUEZ, M de la C., “Publicación del estudio sobre las prácticas de supervisión y aplicación de *Corporate Governance* en los Estados miembros de la Unión Europea”, *RdS*, núm. 34, 2010, p. 615.

¹⁰⁸ Aunque en 1989, con ocasión de la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea, se aprobó una importante modificación de la Ley de Sociedades Anónimas cuya efectividad estaba pendiente de la aprobación de una Quinta Directiva que nunca llegó a aprobarse de modo que la referida modificación apenas logró afectar al régimen jurídico del gobierno corporativo.

¹⁰⁹ Así sucedió con la Ley de Transparencia de 2003 que, tras la introducción de las comisiones de auditoría obligatorias por la Ley 44/2002, recogió parte de las recomendaciones de reformas legislativas que propugnaba el Informe de la Comisión Aldama. Otro tanto puede decirse del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en 2010, que trastocó el ámbito de aplicación de las normas aplicadas a sociedades anónimas y limitadas. La Ley 2/2011 de economía sostenible introdujo la obligación de someter a votación consultiva el Informe sobre remuneración de consejeros y la Ley 25/2011 traspuso a nuestro derecho la Directiva sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas. La Ley 1/2012 modificó, por enésima vez, las limitaciones de voto y otras cuestiones fragmentarias como el régimen de la página web. Por su parte, la Orden ECC/461/2013 reguló, de forma imperativa, la definición de las distintas clases de consejeros.

en las entidades de crédito desde la perspectiva del buen gobierno corporativo. Así, impulsado por este movimiento, el gobierno español acordó en mayo de 2013 la creación de una Comisión de expertos que se encargara de analizar el marco existente en España en materia de gobierno corporativo y proponer las consecuentes reformas que se proyectarían en el cuerpo normativo que examinamos.

En cuanto al contenido de la reforma, cabe señalar que el objetivo genérico de la Ley 31/2014 es el reforzamiento de la estabilidad societaria así como la seguridad de funcionamiento de sus órganos y, muy en particular, la delimitación funcional y la regulación, más acorde con el movimiento de buen gobierno corporativo, del órgano de administración (son muestras de ello, el tratamiento de la impugnación de los acuerdos de la Junta -arts. 204-206 LSC-, o la protección de la discrecionalidad empresarial -art. 226 LSC-, o la regulación detallada -si bien en régimen de *numerus apertus*- de las situaciones conflictuales en el art. 229 LSC).

En desarrollo de ello, la reforma incide sobre los órganos sociales, su interacción y marco funcional, esto es, en estatuir mejoras en el marco de la gobernanza a través de delimitar y dar contenido funcional al conjunto de actuaciones desarrolladas por los órganos sociales. En el sentido apuntado, fomenta la participación de los accionistas en el control de la gestión social¹¹⁰ y ofrece respuestas a las cuestiones relativas a la administración social y a los conflictos de interés que surjan entre los administradores y los socios, procediendo a una regulación novedosa del estatuto del administrador y de la organización del consejo de administración y sus comisiones.

El presente trabajo delimita su campo de análisis sobre la incidencia de la reforma sobre el cuerpo estatutario del administrador de sociedades pues, en efecto, constituye la reforma más significativa y trascendente de la Ley 31/2014. La ordenación consecuente a la reforma no es más que el resultado del profundo debate sobre el marco jurídico de las relaciones entre los gestores sociales y los socios. En tal sentido, se dota de un mayor contenido normativo y obligacional a la actuación del órgano de administración patentizando la necesidad de crear un marco conductual imperativo idóneo para generar confianza de los socios e inversores en el gestor social o, en otro caso, generar responsabilidad.

Por consiguiente, la reforma introducida en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, (a lo que cabe añadir las recomendaciones reflejadas Código de Buen Gobierno de febrero de 2015), debe considerarse como un paso positivo decisivo en la evolución favorable del gobierno

¹¹⁰ ARAGÓN REYES, M., “Una apuesta por la involucración de los accionistas”, artículo en Diario Cinco Días, “El País Economía” de fecha 5 de octubre de 2015, accesible a través de la página https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/10/05/empresas/1444066978_175233.html señala que “en el panorama internacional, especialmente en los países anglosajones, se ha manifestado un movimiento que pretende fomentar la implicación de los accionistas de las grandes compañías mercantiles, acumulando a los clásicos derechos de recibir información, asistir y votar en la junta general, la participación en la vida cotidiana de la sociedad. Este “*engagement*” (compromiso) o “*involvement*” (involucración), expresa una relación proactiva y por ello bidireccional de los accionistas con el órgano de dirección de la sociedad con la finalidad de dotar de mayor protagonismo a aquéllos en el gobierno corporativo y en la responsabilidad social de la empresa”.

corporativo de las sociedades -sean o no cotizadas- españolas hacia la convergencia con modelos internacionales de administración societaria¹¹¹.

En el sentido apuntado, el Preámbulo de la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo apunta varias ideas fundamentales relativas a la importancia del buen gobierno de las empresas en sí mismo¹¹², el creciente interés por el gobierno corporativo a nivel internacional¹¹³ y la incidencia del “mal” gobierno corporativo en la crisis económica y financiera¹¹⁴.

Y es que, tal y como la producción normativa es, de ordinario, de carácter sintomática y, por ende, *ex post* al desencadenamiento fáctico. La legislación societaria no es una excepción y las reiteradas inquietudes ordenadoras se han venido sucediendo a la previa producción de escándalos de extraordinaria magnitud que han denostado la regulación concurrente. Es por ello que, la ordenación societaria ha tratado de avanzar, vistos los precedentes, a nuevas debacles societarias como consecuencia de defectuosos sistemas de gobierno corporativo o de una mala praxis en su ejercicio.

No obstante, en el marco de la regulación en materia de gobierno corporativo, la voluntad del legislador se sitúa en el escenario preventivo. Buena muestra de ello es el establecimiento de un cuerpo estatutario de deberes de los administradores que aseguren su *enforcement* a través de fórmulas paramétricas susceptibles de abrazar la pluralidad de supuestos amparados en la negligencia del gestor social contemplando, en el juicio de lealtad, una relación de supuestos que, en cualquier caso, se establecen como una enumeración *numerus apertus* bajo la profunda convicción de que el cuerpo estatutario de los administradores de sociedades y su régimen de responsabilidad constituyen el núcleo central del gobierno corporativo.

Así, la ley 31/2014 supone una suerte de confirmación de la tendencia hacia el apartamiento de la “técnica de la recomendación” para acoger la vía imperativa en la regulación de la organización corporativa. Y ahora, presente pero algo alejado ya en el tiempo, el motivo de optar por la imperatividad -en lugar de la tradicional tendencia

¹¹¹ Cabe añadir todavía otras normas de incidencia en la materia tales como, entre otras, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas o la Ley 11/2018 por la que se modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas en materia de información no financiera y diversidad.

¹¹² “Tanto desde una perspectiva económica como jurídica, el gobierno corporativo de las sociedades viene adquiriendo en los últimos años una transcendencia tal que se ha incorporado, con carácter estructural y permanente, a la agenda regulatoria de las autoridades y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones”. E. M. Ley 31/2014.

¹¹³ “Este creciente interés por el buen gobierno corporativo se fundamenta en dos pilares principales. Por una parte, el convencimiento generalizado de la utilidad de este tipo de prácticas empresariales. Los agentes económicos y sociales reconocen el valor de una gestión adecuada y transparente de las sociedades, y muy especialmente, de las sociedades cotizadas, cuantificando el impacto de contar con este tipo de medidas y procedimientos, y adoptando sus criterios de inversión en función de los resultados de este análisis. Desde este punto de vista, el buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores”. E.M. Ley 31/2014.

¹¹⁴ “Por otra parte, los líderes de la Unión Europea y del G-20 coinciden en señalar que la complejidad en la estructura de gobierno corporativo de determinadas entidades, así como su falta de transparencia e incapacidad para determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización, se encuentran entre las causas indirectas subyacentes de la reciente crisis financiera”. E. M. Ley 31/2014.

doctrinal por la autorregulación¹¹⁵- es, además de la voluntad preventiva frente a los enormes escándalos societarios, la mejora de la gobernanza societaria a través de promover, en la medida de lo posible, una exhaustiva regulación del cuerpo ordenador del marco funcional del gestor social.

Pues bien, esa profunda modificación o quizás, y con mejor terminología, profunda labor de concreción del marco funcional y conductual del administrador de sociedades, toma su base en el análisis del gobierno corporativo y de la responsabilidad social corporativa que exigen tomar en consideración los mecanismos que configuran el proceso de adopción de decisiones en las empresas así como los muy diversos intereses jurídicamente protegibles que se ven afectados por tales procesos. Y en ese proceso decisorio, en el que es determinante la distribución de poder en su interior, la figura del administrador es la que destaca sobre el resto.

5. La transparencia como criterio rector en el desarrollo del Derecho societario.

Los instrumentos de buen gobierno corporativo mencionados en el presente capítulo, mención que, *obiter dicta*, se ha realizado sin ánimo exhaustivo y a los solos efectos de determinar el marco expositivo material idóneo sobre el que se construye el presente trabajo, no son más que la proyección normativa de las exigencias de transparencia que, cada vez con mayor intensidad, reclaman los propios socios, los inversores, los mercados y la sociedad en general.

Y ello es así porque transparencia se identifica, en el tráfico comercial, en confianza de suerte que ya no es suficiente con que el inversor audite la salud de la compañía *-due dilligence-* sino que la buena evolución y los buenos resultados no son suficiente carta de recomendación ante el inversor si no concurren unas estructuras de gobierno societario y una cultura corporativa idónea.

En ese sentido, buen Gobierno y ética en los negocios, Gobierno Corporativo, responsabilidad social corporativa, responsabilidad social empresarial, sostenibilidad, inversión responsable, etc..., no son más que la necesidad de proyectar transparencia, confianza y ética. Y es que, tras profundas modificaciones legales que, como decíamos, han obedecido a la necesidad de ofrecer regulación *ex post* y amparo a una pluralidad de supuestos singulares de gran trascendencia económica y social, la ordenación general, y societaria en particular, han dado un fuerte viraje hacia la necesidad de transparencia como elemento imprescindible para generar confianza y valor.

La confianza se estudia y se intenta generar como un antídoto que alivie las tensiones de la imposibilidad del control y de la dificultad para anticipar respuestas. La confianza se constituye como la némesis de la inseguridad y se alinea en la cultura ética de las

¹¹⁵ Ahora bien, como señala EMBID IRUJO, J.M., “Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons. 2016, p. 27, Nota 14, “El término -autorregulación-, a pesar de su aparente claridad, dista mucho de tener un significado unívoco, lo que termina impidiendo su conversión en panacea de todos los males inherentes a la regulación legislativa de las sociedades mercantiles, como parecen pretender sus más acérrimos partidarios”. Señala, asimismo, el autor, que “(...) el camino de alcanzar la eficiencia a través de esa autorregulación ha resultado equivocado y la mejor prueba de ello es que, pudiendo el legislador contribuir a la mejora del gobierno corporativo entre nosotros con un nuevo conjunto de recomendaciones, ha optado decididamente por la vía legislativa”

organizaciones e integra en un concepto amplio de buena fe objetiva como paradigma conductual.

La sociedad de la información, la fuerza imparable de internet, las redes sociales y el, cada vez mayor apego por la “sociabilidad virtual”, están transformando profundamente nuestra forma de actuación, y la proyección de esta en el concurrente constituye una carta de presentación que debe ser objeto de especial protección y dedicación. La opacidad informativa ya no puede encontrar justificación en una forma de preservar datos a los efectos de prevenir actuaciones delictivas contra las personas titulares de grandes patrimonios. Y si existe un sector que haya combatido enérgicamente contra la necesidad de publicidad, ese es el sector empresarial.

Cabe, de entrada, señalar que la propia adscripción de los integrantes del órgano de administración al contrato social no es más que una relación de confianza. Como tendremos ocasión de examinar, la *fiducia* se instala en la relación de administración pero, eso sí, se trata de una *fiducia* “con salvavidas” en la medida en que, para contener su naturaleza y configuración, se articulan mecanismos de salvaguarda por si ésta se ve infringida.

Se colige pues, una especial relación entre confianza, esto es, entre un cuerpo de buenas costumbres que acompañen al ser humano y a sus interrelaciones sociales, y la necesidad de que concurra una ordenación hábil para regular las conductas infractoras de esa confianza y sus efectos¹¹⁶. La necesidad de ordenación se ha dirigido a latitudes donde los niveles de ética, de transparencia y de confianza son menores¹¹⁷.

Los instrumentos y registros públicos deben contribuir y garantizar dicha necesidad de transparencia. No obstante, desde que la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 derogase la obligación de inscribir la transmisión de participaciones sociales instada por la primera Ley de Sociedades Limitadas de 1953, el Registro Mercantil ha sido concebido como un registro de sociedades, pero no de socios. Ello comporta muchas dificultades para descubrir quién está tras el velo de nuestras sociedades mercantiles. Nuestro país consiguió así, la nada honrosa calificación del país miembro de la OCDE donde resulta más fácil constituir sociedades opacas¹¹⁸.

La opacidad en que se desenvuelven los socios hace de las sociedades una herramienta básica para canalizar delitos de enorme trascendencia social, como son el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. La opacidad impide descubrir la verdadera

¹¹⁶ GASALLA DAPENA, J.M / BLANCO COTANO, J.M., “La confianza como factor clave del comportamiento organizacional: la dirección por confianza”, *RRSE*, nº 9. 2011, p. 156, “La confianza formará parte privilegiada de ese puente, de ese cuerpo de buenas costumbres, que la sociedad, y cada persona en su individual proceso de socialización, construirá para consolidar la democracia, el sistema social que nos damos y que nos resuelve no solo la pregunta de “cómo vivir juntos hoy”, sino que también debe resolver la pregunta de cómo superar “La insuficiencia de nuestros métodos para regular las relaciones humanas en la familia, el Estado y la sociedad”. Entre las leyes coercitivas del estado y la intocable libertad individual, la sociedad democrática, para estabilizar y consolidar, necesita un cuerpo de “buenas costumbres” kantianas que favorezcan las relaciones entre las personas”.

¹¹⁷ GOMÁ, J., *Ejemplaridad pública*, ed. Taurus, España. 2009, p. 16., sostiene que “En este país, a todos los niveles sociales, sobran leyes y faltan conductas ejemplares”.

¹¹⁸ En efecto cuando, en 2010, Jason Sharman publicaba en el *Journal of Economic Perspectives* su famoso estudio sobre sociedades instrumentales opacas, España figuraba entre los países de la OCDE donde era más fácil constituir las. Aún hoy sigue siendo así, por la posibilidad de emitir acciones al portador y, sobre todo, porque las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada pueden transmitirse en secreto.

procedencia de los capitales. Por otra parte, cada vez son más frecuentes las alianzas, “*joint-ventures*”, redes de empresa, fusiones y absorciones, lo cual nos lleva a sensaciones de inestabilidad, incertidumbre, variabilidad, virtualidad, temporalidad, diversidad. Aparece todo como menos definido, más complejo y conflictivo.

La ética conductual, más o menos cuestionable en el ser humano, impide desregular para ampararse en la castidad de la libertad individual sino que, más al contrario, a los sucesivos escándalos protagonizados por conductas desleales en el seno de los órganos de administración de las compañías, se han seguido las demandas de ordenación que desprecian el concepto de confianza para sustituirlo por el de seguridad.

Prueba de ello es el encomiable intento por denostar la opacidad informativa en el marco de la titularidad de las compañías. En esa dirección, el Consejo General del Notariado, habilitado por la Ley de 2010 de prevención del blanqueo de capitales, creó la denominada Base de Datos de Titular Real, a fin de que determinadas autoridades públicas pudieran conocer la identidad de los titulares reales de sociedades mercantiles¹¹⁹. Sin embargo, el resultado no ha sido muy satisfactorio.

Tan es así que desde instancias europeas se ha instado la creación de un verdadero registro público que dé plena transparencia. Para ello se han dictado dos Directivas: la Cuarta (2015/849, de 20 de mayo¹²⁰) y, en fechas muy recientes, la Quinta (2018/843, de 30 de mayo de 2018¹²¹). Con casi un año de retraso, el Gobierno aprobó la Orden JUS/319/2018,

¹¹⁹ En tal sentido, el art. 4.1 rubricado “Identificación del titular real”, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, señalaba que: “A los efectos de la presente ley, se entenderá por titular real: a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones. b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica. A efectos de la determinación del control serán de aplicación, entre otros, los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Serán indicadores de control por otros medios, entre otros, los previstos en el artículo 22 (1) a (5) de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad. c) En el caso de los fideicomisos, como el *trust* anglosajón, tendrán la consideración de titulares reales todas las personas siguientes: 1.º el fideicomitente, 2.º el fiduciario o fiduciarios, 3.º el protector, si lo hubiera, 4.º los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa la estructura jurídica; y 5.º cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios. d) En el supuesto de instrumentos jurídicos análogos al *trust*, como las fiducias o el *treuhänder* de la legislación alemana, los sujetos obligados identificarán y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar la identidad de las personas que ocupen posiciones equivalentes o similares a las relacionadas en los números 1.º a 5.º del apartado anterior.

¹²⁰ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

¹²¹ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

de 21 de marzo, por la que se introduce, entre otros modelos, la “Declaración de Identificación del Titular Real”, antesala a la canalización del Registro Mercantil como registro de participaciones reales. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en su ámbito de actuación también se perfila hacia la dirección apuntada.

En ese sentido, en el marco de la sociedad mercantil se ha instalado la acepción de gobierno corporativo como una forma de canalizar las exigencias de transparencia y de una límpida y sólida cultura corporativa que se ha consolidado como un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores. Eso sí, el cuerpo normativo que pretende ofrecer amparo a aquellos menesteres es, cada vez, más voluminoso. Y esa inquietud ordenadora ha adquirido tal trascendencia, que se ha incorporado ya con carácter estructural y permanente a la agenda regulatoria de los Estados y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas.

Se trata pues, de exigir más transparencia, más información por parte de las entidades, sobre su estructura corporativa, su forma de proceder, etc., que, si bien no garantiza completamente la no existencia de abusos, sí consigue un mayor control sobre estas entidades. Entre estas exigencias de transparencia se integra la evaluación de la actuación del órgano de administración que puede tener un doble objetivo: i) de un lado y con una trascendencia principalmente interna, la mejora de la eficiencia y eficacia del funcionamiento del órgano de administración y en particular del procedimiento de toma de decisiones, y ii) de otro, con una trascendencia externa, dotar de mayor transparencia al trabajo que realiza la gestión social tanto internamente como externamente y reforzar su credibilidad frente a los socios, accionistas u otros grupos de interés¹²².

Por consiguiente, la confianza y la transparencia van unidos al concepto de buen gobierno siendo dos de los principios fundamentales sobre los que debe girar la gestión social de suerte que cualquier medida que incremente la transparencia societaria, traza la senda del buen gobierno societario, reduce los costes de transacción y, en definitiva, supone un gran avance en la lucha contra conductas delictivas.

Es igualmente creciente el interés de los inversores y de la ciudadanía en general por la sensibilidad de las compañías hacia las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza o gobierno corporativo. Recientes desarrollos normativos, como la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, sobre información no financiera y diversidad, refuerzan los deberes de información de las entidades de mayor tamaño, atendiendo a criterios de volumen de negocio y número de empleados, sobre estos aspectos¹²³.

¹²² BARBA FAU, S., “La evaluación del Consejo de Administración como instrumento al servicio del gobierno corporativo”. *InDret* . 2/2014, p. 8, que en relación con la mejoría de la eficiencia y eficacia del funcionamiento del órgano de administración, señala que “la realización de evaluaciones periódicas del mismo permitiría: i) Identificar de forma continua cualquier posible deficiencia en el trabajo desarrollado por el Consejo y por sus miembros y en su caso, ayudar a elegir las vías de mejora del proceso de toma de decisiones; ii) Clarificar roles y reforzar el sentido de la responsabilidad de los miembros del Consejo en relación con el desarrollo de sus funciones; iii) Valorar el trabajo en equipo o cooperación, así como mejorar la comunicación entre los miembros del Consejo, y entre los mismos y los gestores de la compañía y otros grupos de interés de ésta; e iv) Identificar si la composición del mismo es la más adecuada para los intereses y necesidades de la compañía y alinear los objetivos y actuación del Consejo con los de ésta”

¹²³ En efecto la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el CdC, la LSC y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, viene a

Aunque, como se ha señalado, los primeros interesados en el buen gobierno de las corporaciones son los accionistas y otros inversores, la salvaguarda de este principio es beneficioso para la generalidad de los ciudadanos y para el desarrollo económico, por la repercusión de las “personas jurídicas corporativas” en las sociedades modernas¹²⁴.

En suma, la adopción de una cultura de buen gobierno corporativo por la compañía promueve, no sólo la transparencia con voluntad de generar confianza y la generación de valor, (ya hablemos de beneficio particular o beneficio social), sino también el ahorro de costes de transacción, de agencia y de eventuales costes materiales y/o reputacionales ante la infracción de normas por la sociedad, socios, administradores o empleados, y para ello será preciso contar con programas eficientes de información corporativa y de detección y prevención de actuaciones infractoras.

ampliar su ámbito de aplicación a empresas que tengan más de 250 empleados (frente a los 500 empleados que se precisaban con carácter previo a su aprobación) y sean consideradas de interés público; o bien que, cumpliendo el requisito de total de empleados, el total de las partidas de su activo sea superior a 20.000.000 de euros, o el importe neto de su cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros. La Ley impone mayores exigencias de información. Así, se detallan los contenidos a reportar en los ámbitos de medioambiente, empleados, Derechos Humanos, corrupción, sociedad, proveedores, consumidores e información fiscal.

¹²⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Seis razones por las que la corporación puede considerarse la mayor innovación no tecnológica que vieron los siglos”, Blog *Almacén de Derecho*, entrada de fecha 12.3.2018, <https://almacenederecho.org/seis-razones-las-la-corporacion-puede-considerarse-la-mayorinnovacionno-tecnologica-vieron-los-siglos/> señala que “con la persona jurídica corporativa nos encontramos ante la innovación no tecnológica más importante de la Historia, que permitió -y sigue permitiendo- la acumulación de capital para emprender negocios de gran envergadura que requerían enormes inversiones en capital fijo; la supervivencia a los fundadores y la inversión a largo plazo; la inversión por parte de los rentistas en actividades comerciales e industriales desentendiéndose del día a día del negocio; la especialización de los accionistas en “propietarios” y de los administradores en “gestores”; y la acumulación de conocimiento e innovaciones incrementales dentro de cada organización”.

CAPÍTULO II. EMPRESA, PROPIEDAD Y GESTIÓN. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL ADMINISTRADOR CON LA SOCIEDAD. LA RELACION FIDUCIARIA. LOS DEBERES FIDUCIARIOS.

1. Introducción.

Comprender la relación jurídica que vincula a los administradores y a la sociedad impone comprender la posición fiduciaria que ocupan, construida desde la subordinación de todo interés al interés social. La relación jurídica de administración, de la que son parte la sociedad y cada administrador, es una relación especial y autónoma que se perfecciona con la aceptación del nombramiento por el interesado y cuyo contenido está integrado por las disposiciones legales aplicables a los administradores, por las cláusulas estatutarias referidas a éstos y por los actos que las partes establezcan de mutuo acuerdo.

Esa relación adviene repleta de potenciales conflictos de intereses entre los administradores y el conjunto de los socios como consecuencia de la separación entre la función de asunción del riesgo empresarial, asumida por los socios, y la función de administración de la empresa social, desarrollada por las personas titulares de la gestión y administración de la sociedad.

La relación del administrador con la sociedad se presenta asimismo como una relación de carácter abierto y necesariamente incompleta, en la medida en que a las partes no les interesa establecer una regulación exhaustiva de los derechos y deberes derivados de la misma de suerte que se prioriza la ordenación del sistema mediante fórmulas paramétricas o genéricas idóneas para abarcar las diferentes situaciones que puedan producirse. En ese escenario, el carácter fiduciario de la relación aporta un elemento integrador y, a su vez, hermenéutico, hábil para ofrecer el soporte ontológico de la relación pero también hábil para complementar e integrar los deberes legales.

Pues bien, tal carácter fiduciario de la relación lo aporta la finalidad de la función ejercida, esto es, procurar, con carácter exclusivo y excluyente, el interés del principal -sociedad-. Por consiguiente, los deberes fiduciarios derivados de esa relación serán aquellos deberes de actuar en beneficio de un tercero, subordinando los intereses propios al interés de la sociedad y así, se entra a distinguir dos tipos de deberes fiduciarios, por una parte el deber de diligencia y, por el otro, el deber de lealtad.

Junto a ellos, o con mejor terminología, como sustrato o soporte normativo de los dos referidos, se sitúa el deber de buena fe¹²⁵, que no se integra ni complementa a los deberes de diligencia y lealtad sino que, dada su función integradora del ordenamiento en general, y del Derecho privado en particular, impregna todo el estatuto de deberes como cláusula de cierre del sistema al que, en su caso recurrir, para abarcar los supuestos no contemplados por los deberes de diligencia y lealtad¹²⁶. El principio de la buena fe

¹²⁵ RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital”, *RdS*, núm. 38, 2.012, p. 4.

¹²⁶ En tal sentido, señala GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 22-23 ss., que “A través del soporte normativo de la buena fe y de las funciones informadora e integradora que le corresponden, los deberes de los administradores pueden ser objeto de reconstrucción, allí dónde la regulación legal no ofrece determinación suficiente”. En idéntico sentido, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, ed. Bosch, Barcelona, 1965, pp. 124 ss., señala que “Desde su función integradora

reglamenta pues, el contenido nuclear o mínimo de los deberes del administrador, caracterizándose por no ser disponible por las partes¹²⁷.

En el presente capítulo vamos a examinar, en primer lugar, desde la teoría económica de la empresa, la aparición del gestor de empresa. Se pretende, con ello, ofrecer el contexto idóneo para abordar seguidamente la naturaleza de la relación del gestor con la sociedad. La aparición del gestor de empresa tiene su entronque en la evolución de las organizaciones empresariales y en la necesaria ampliación de las estructuras organizativas con la ineludible disociación de la titularidad de los medios de producción -propiedad- y la ordenación de los mismos -gestión-.

Seguidamente, en el contexto económico y jurídico referido, se abordará la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación de administración con mención de las diferentes teorías que han pretendido dar sustento a la misma para, posteriormente, incidir en su carácter fiduciario para lo cual se reputa necesario examinar el concepto de relación fiduciaria.

Dicho examen se hará, tanto desde la tradición jurídica continental, de base romanista, como acudiendo al concepto y evolución jurisprudencial de la relación fiduciaria en el marco de la organización jurídica anglosajona -*common law*-, donde la denominada *fiduciary relationship*, ha adquirido un significativo arraigo pretendiendo acoger, no al margen de contiendas doctrinales, el sustrato normativo de la referida relación fiduciaria administrador-sociedad¹²⁸.

En efecto, y ya desde antiguo, la acepción de la relación fiduciaria en el marco del *Case Law*, revestía un carácter etiológico y omnicompreensivo que, construida sobre la figura del *trust*¹²⁹, resultaba idónea para dar soporte a la construcción de los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. Tal acepción amplísima, formal y axiomática guarda una innegable simetría con nuestro tradicional concepto de relación fiduciaria¹³⁰ en su

de las lagunas legales y convencionales, la buena fe despliega una actividad normativa que permite establecer el contenido obligatorio no regulado por el legislador”.

¹²⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ed. Thomson Civitas. Vol I. Madrid. 2.012, p. 429; ROCA GUILLAMÓN, J., “Art. 1258” en ALBADALEJO, M (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ed. Edersa. Madrid. 2000, pp. 428 y 429.

¹²⁸ Como veremos, a pesar de la larga tradición de la figura en el *Common law*, no se ha generalizado un concepto ampliamente aceptado de lo que se entiende por relación fiduciaria. FINN, P., *Fiduciary Obligations*. Law Book Company Limited, Sydney 1977, p. 201, se refiere al fiduciario en un sentido amplio, entendiéndolo como tal a «aquel que se compromete a actuar en representación de otro». En relación a los fines e intereses que debe defender el fiduciario, el referido autor en su obra *Fiduciary Law and the Modern Commercial World*. Commercial Aspects of Trusts. 1992, p. 9, señala que “una persona será un fiduciario en su relación con otra cuando y en la medida que la otra parte está legitimada a esperar que actuará en su interés o (como sucede en una *partnership*) en su interés común, con exclusión de sus propios intereses...la idea central consiste en servir a los intereses de otro”. Otros autores como SHEPHERD, J., *The Law of Fiduciaries*, ed. The Carswell Company Limited. Toronto 1981, p. 93, define la relación fiduciaria sobre la base de la transmisión de poderes de un sujeto a otro. Para este autor los poderes relativos a la relación consisten en la capacidad de un persona para actuar en interés de otro. En ciertos casos, la doctrina no da una definición de relaciones fiduciarias y se centra en clasificar su tipología y establecer las reglas que las ordenan.

¹²⁹ Sobre la noción del *trust* y sobre sus reglas fundamentales, SCOTT, A.W. / FRATCHER, W. F., *The law of trusts*, ed. Boston: Little, Brown, 1987, sub. 2-16. Además, ARROYO, I., “Trust y ley civil”, *RJC*, núm. 1. 1983, pp. 99 y 106; GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, ed. Civitas Ediciones, Madrid, 2016, p. 23.

¹³⁰ GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., pp. 16 ss., señala el carácter amplísimo de la relación fiduciaria definiéndola como “aquella que se funda en la confianza que nos inspira otra persona”.

formulación inicial y desprovista de mayor elaboración jurídica, esto es, como una suerte de “*plus*” definitorio que aporta especificidad a determinados vínculos interpersonales.

No obstante la simetría apuntada, la tradición jurídica continental ha utilizado la relación fiduciaria para referirse a un determinado tipo negocial -el negocio fiduciario- que, si bien con base en esa *fides*, se ha venido explicando, -con grandes dificultades de incardinación sistemática como se verá-, bien como un negocio de doble efecto transmisivo y restitutorio¹³¹, bien como una titularidad formal o fiduciaria disociando ésta de la titularidad material¹³².

El examen del fundamento de la relación fiduciaria y de los deberes fiduciarios que de la misma dimanar, ocuparán después nuestra atención sometiendo a la relación administrador-sociedad a una suerte de operación de “deconstrucción” al objeto de escudriñar sus elementos configuradores. Por último se realizará un recorrido por las diversas iniciativas que, en el marco de la ordenación de los deberes fiduciarios se han realizado en nuestro ordenamiento, tanto en el ámbito de los instrumentos de carácter no imperativo gestados desde el movimiento de *corporate governance*, como en el marco de la atención que el legislador ha prestado a la cuestión en nuestras normas positivas.

2. La empresa y la relación entre propiedad y gestión.

Como se ha señalado, vale la pena que, con carácter previo a introducirnos en el nudo objeto del presente trabajo, nos aproximemos al entorno socio-jurídico y económico propicio para la génesis o aparición de la figura del administrador de sociedades una vez se disocian, en las organizaciones empresariales, la propiedad y la gestión de la misma.

Para ello, sin asomo de ánimo alguno de exhaustividad, vamos a arrancar de las más genéricas concepciones y planteamientos doctrinales de los, siempre controvertidos, conceptos de empresa y de empresario omitiendo exhaustivas enumeraciones de construcciones dogmáticas desarrolladas al efecto cuyo examen se alejaría, por mucho, del contenido del presente trabajo.

2.1 El concepto dinámico y poliédrico de empresa y el empresario individual o social.

La noción clásica de empresa tiene su origen en las aportaciones de la escuela escocesa de economía¹³³ que consideraba a la empresa una manifestación de los principios económicos naturales que rigen la sociedad humana -economía de mercado-, fundamentalmente el de división del trabajo, el de especialización y, derivado de los dos anteriores, el de intercambio -el contrato- que, no obstante, traía consigo significativos problemas estructurales en orden a la gobernanza empresarial¹³⁴. La empresa, desde esta

¹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *RDN*, Julio-Diciembre 1966, pp. 7 ss.

¹³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, 1985, pp. 420 ss.

¹³³ Fundamentalmente de ADAM SMITH, considerado padre de la economía liberal clásica en cuya obra del año 1759 rubricada “*Teoría de los sentimientos morales*” exponía los principios de la naturaleza humana que guiaban el comportamiento social del hombre y hablaba por vez primera de “la mano invisible” que, sin proponérselo, orientaba el propio interés personal hacia el bien de la sociedad expresando con ello a la propia capacidad autorreguladora del libre mercado.

¹³⁴ En efecto, como señala GOMÁ LANZÓN, I., “Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios”, *RDBB*, núm. 134, 2014, p.4., “a partir de 1720 se produce la crisis de las compañías coloniales a consecuencia de un grave boom especulativo que Adam Smith atribuyó al desinterés de los socios y a un

perspectiva, no era más que la realización de estos principios de forma sostenida en el tiempo, con el objetivo de mejorar la eficiencia económica derivada de la especialización, el ahorro de costes y la producción en serie o a gran escala.

Sin perjuicio de advertir las dificultades que el establecimiento de una noción general de empresa conllevaría¹³⁵, desde aquella posición clásica de corte liberal, se concebía a la empresa, desde el punto de vista externo, como una combinación organizada de factores de producción con el objetivo de producir bienes o servicios para el mercado y, desde el punto de vista interno, como un conjunto de contratos entre los titulares de los factores de producción, contratos que determinarían, conjunta y espontáneamente, la manera más eficiente en que deben combinarse la participación de dichos factores para llevar a cabo el proyecto empresarial de manera exitosa¹³⁶.

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina española ha coincidido en señalar que la descripción y definición del concepto de empresa -así como su distinción del concepto de sociedad- resulta seriamente dificultosa¹³⁷. Al respecto, por su parte, la doctrina jurídica

defecto estructural que permitía un gobierno de estas organizaciones sin el control de la «junta de propietarios», por lo que era natural esperar «que en el manejo de sus negocios prevaleciera la insensatez, la negligencia y el derroche». He aquí, pues, que el problema es la organización y el principal culpable es el gestor. Ahora bien, respecto a la solución del problema, Adam Smith, entendía que no había posibilidad alguna de reformar las cosas modificando la regulación del Consejo de Administración, por lo que prefería evitar que surgiera el problema: aconsejaba que los poderes públicos extremaran el cuidado en la dispensa de las autorizaciones para las sociedades por acciones, en aquellos casos que no procediera un privilegio exclusivo, limitándolas a las sociedades de utilidad pública en que las actividades sean «de mera rutina» (banca, infraestructuras, seguros). Y la solución legal realmente aplicada fue cortar por lo sano: la *Bubble Act* de 1720 declaraba la nulidad de las actuaciones realizadas a través de compañías constituidas irregularmente, sin carta del rey o autorización de la corona. Esta ley no solucionó el problema, porque no entró en su verdadero origen, y fue, además, patológicamente burlada. En el siglo XIX el legislador inglés cambia de táctica ante las reiteradas burbujas que se van produciendo y liberaliza la constitución de las sociedades anónimas, que antes precisaba ley del Parlamento. A cambio impone la publicidad de las sociedades a través de un registro y establece una serie de obligaciones de transparencia (*disclosure philosophy*), arrojando sobre los accionistas la responsabilidad de autoprotegerse, dado que ya tienen la oportunidad de informarse de la situación de la sociedad”.

¹³⁵ Como señala NOVAK, M., “On corporate Governance. The corporation as it ought to be”, *The AEI Press*, Washington DC, 1997, p. 10, “the business corporation is so flexible, practical, polymorphous, adaptable, and various that no organizational definition of its essence is realistic”.

¹³⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)”, *RDM*, núm. 220, 1996, p. 319, sostiene que, “en la concepción neoclásica de empresa, basada en el principio de eficiencia económica, la empresa existe para i) organizar mejor la división del trabajo, ii) reducir los costes de obtención del capital y iii) obtener los resultados beneficiosos de las llamadas economías de escala”.

¹³⁷ GIRÓN TENA, J., “Sobre las características generales desde los puntos de vista político, jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 295, señala que el concepto de empresa ha generado grandes problemas a la dogmática. Por su parte GARRIGUES, J., “Anotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa”, en AA.VV., *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y conferencias)*, ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 4, subraya el fracaso de los mercantilistas al acercarse al concepto, al que llevarían mucho tiempo “cortejando” sin poder “tomar posesión” del mismo. RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, ed. Nauta S.A., Madrid, 1969, p. 451, sostiene que las dificultades para la determinación del concepto de empresa, en gran parte, se deberían a la voluntad de la doctrina de “formular un concepto unitario de la misma”. Más recientemente, DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 83 y ss., califica a la empresa de “concepto difícil y discutido” y agrega que es frecuente encontrar en la legislación el uso del término en circunstancias muy distintas y que tal “promiscuidad” sería fruto de la pobreza idiomática para describir realidades diversas.

italiana de la primera mitad del siglo XX¹³⁸ ha llegado a sostener que el concepto de empresa constituiría un fenómeno económico “poliédrico” -con diversas aristas- que afectaría su conceptualización jurídica y que determinaría la coexistencia de diversos “perfiles jurídicos” en la empresa: un perfil subjetivo -la empresa como empresario-, un perfil funcional -la empresa como actividad-, un perfil objetivo -la empresa como conjunto de bienes- y un perfil corporativo -la empresa como institución¹³⁹-.

En ese sentido poliédrico, la noción de empresa ha sido abordada desde las más diversas perspectivas y áreas del conocimiento. Así, para la sociología sería una organización de personas. Para la teoría de la administración empresarial, sería “una forma de organización humana, con autonomía y capacidad de auto-continuidad, que proporciona a la sociedad unos bienes y servicios determinados, añadiendo valor económico”¹⁴⁰. A su vez, dicha acepción polisémica admite una aproximación a la noción de empresa desde las diferentes áreas del Derecho.

Así, para el Derecho de competencia, la empresa sería un sujeto. Para el Derecho civil, un objeto, siendo la persona física o jurídica el sujeto titular de la misma: el empresario; mientras que para el Derecho mercantil, si bien ha admitido el carácter polisémico de la noción de empresa, atendiendo al objeto de su regulación la ha tratado como una actividad¹⁴¹ o, más bien, como una forma de organización de la actividad económica¹⁴².

El análisis económico del fenómeno empresarial alcanza su apogeo a mediados del siglo pasado¹⁴³ señalándose que la existencia de la empresa depende de la eficiencia económica, de la comparación entre los costes derivados de obtener un bien o servicio en el mercado libre y los costes de realizarlo en el marco de una empresa¹⁴⁴. El “principio de eficiencia”¹⁴⁵ requeriría la sustitución de los mercados -adquisición separada e independientemente de los factores necesarios para desarrollar una acción- por empresas, siempre que los costes de transacción¹⁴⁶ originados en el mercado -cada uno de los

¹³⁸ V.gr., ASQUINI, A., “Profili dell’impresa”, *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943, pp. 1 y ss.

¹³⁹ En el ámbito de la doctrina alemana KARSTEN SCHMIDT., *Derecho comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 65 ss., llega a concluir que no existiría un concepto jurídico general de empresa, sino ámbitos jurídicos que llevan a desarrollar el concepto y que no deben ser generalizados por estar predeterminados teleológicamente.

¹⁴⁰ VALERO Y VICENTE, A. y LUCAS TOMÁS, J.L., *Política de empresa. El gobierno de la empresa de negocios*, ed. Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 23-24.

¹⁴¹ GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 500 ss.

¹⁴² LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., pp. 330 y ss.

¹⁴³ Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, especialmente con las aportaciones de Ronald COASE., “The nature of the firm”, *Economica*, New Series, 1937, vol. 4, núm. 16, pp. 386-405 sostiene que “una empresa surgiría en aquellos casos en los que los costos de transacción de realizar el intercambio dentro de una empresa sean menores a los costos que se originarían si la transacción se llevará a cabo dentro del mercado”.

¹⁴⁴ COASE, R., “The nature of the...”, cit., p. 396.

¹⁴⁵ Cuestión que desarrollaría el propio COASE, más completamente, en “The problem of social cost”, en *JL& Econ*, nº 3, 1960, pp. 1 y ss. La gran contribución de COASE fue señalar la influencia decisiva de los costes de transacción del que adolece el mecanismo de precios en el mercado libre sobre la decisión de constituir una empresa. Así, señala el autor en la referida obra “*The nature of the...*”, cit., p. 380 “una empresa tenderá a crecer hasta que los costos de organización de una transacción adicional dentro de la empresa iguallen a los costos de realización de la misma transacción por medio de un intercambio en el mercado abierto, o a los costos de su organización en otra empresa.”

¹⁴⁶ El concepto de “costes de transacción” fue, asimismo, desarrollado por RONALD COASE con el que se hace referencia a los costos en que se incurre para poder llevar a cabo una transacción de mercado y entre los cuales incluye: i) los costes de búsqueda que son los costos asociados a encontrar a los proveedores del bien o servicio que necesitamos. Investigar su idoneidad, confiabilidad, disponibilidad y precios, ii) los

contratos necesarios para la ejecución de una transacción en el mercado- fueran relativamente mayores a los costes de administración de la empresa, esto es, a los llamados costes de agencia -los costes necesarios para la ejecución de esa transacción en el marco de la empresa-.

Pues bien, siendo la empresa una unidad operativa, las relaciones entabladas entre ésta y la totalidad de *stakeholders* se aglutinaban bajo la relación de agencia, esto es, aquella bajo la cual una o más personas -el principal- contrata a otra persona -el agente- para que realice determinado servicio en su beneficio, delegando ciertas decisiones en el agente.

El núcleo de la empresa, como red de contratos con estructura centralizada, viene constituido por el empresario, bien persona física o jurídica -la sociedad de capital¹⁴⁷-, considerado propietario o titular de la misma por ser quien asumiría el control y beneficio residual de la empresa (como contrapartida del mayor riesgo asumido -riesgo residual-) y, en consecuencia, quien gozaría de los incentivos naturales adecuados para adoptar las decisiones que maximicen el beneficio económico general.

La función del empresario, así entendida, se concibe como “nexo” de todos los contratos que intervienen en la empresa¹⁴⁸. Este mecanismo centralizado aparecería espontáneamente en la medida en que implicaría un significativo ahorro de costes de transacción entre los diferentes *stakeholders*, (esto es, contratos con los administradores -directores, gerentes, representantes-, los trabajadores, los proveedores, los consumidores, los “financiadores”, etc) quienes, de otro modo tendrían que contratar separadamente con cada uno de los demás para llevar a cabo sus fines particulares.

En tal sentido, el empresario representa el nexo, la unión, o el núcleo de todos los contratos que conforman la empresa entendida ésta como conjunción de medios y organización destinados a un objetivo a riesgo del propio patrimonio¹⁴⁹. Ciertamente, con la figura del empresario como núcleo central, el número de contratos necesarios para desarrollar la empresa disminuiría significativamente. El empresario como nexo de la red

costes de contratación que son los costos de negociar y redactar los contratos. A lo que se incluyen los costos de verificar el cumplimiento de lo acordado, y iii) los costes de coordinación que es el coste de organizar y coordinar los distintos insumos o procesos que se requieren para obtener el bien o servicio deseado. Dentro de estos costos se encuentran los costos de comunicación, transporte, etc”.

¹⁴⁷ URÍA, R., “La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho del Mercado”, *Themis. Revista de derecho*, núm. 37, 1998, p. 9, señala que “la Sociedad representa un tipo de organización empresarial que no es otra cosa que un cúmulo de contratos, en vertical y en horizontal: el contrato entre la sociedad y sus administradores y directores, hacia arriba: el contrato entre la sociedad y sus empleados, hacía abajo: el contrato entre la sociedad y sus proveedores, hacia la derecha: el contrato entre la sociedad y sus clientes, hacía la izquierda. Es decir, yo creo que la tesis más moderna, y a la que desde mi modesto punto de vista hay que adscribirse, es la teoría que afirma que la sociedad es una organización que se descompone en una larga serie de contratos.”

¹⁴⁸ ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 62, núm. 5, 1972, pp. 777 ss., donde los referidos autores sostienen que “en la empresa, en lugar de suscribirse varios contratos multilaterales entre los diferentes propietarios de los *inputs*, un agente central contrata bilateralmente con cada uno de ellos, facilitando la organización eficiente de los *inputs* en un “equipo de producción”. Los términos de los contratos suscritos con dicho agente (el empresario) constituirían la base de la empresa, entidad especialmente adecuada para desarrollar la producción en equipo (“*team production process*”) del *output* de la empresa, el producto que ofrece en el mercado tras el proceso de producción empresarial.

¹⁴⁹ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, ed. Universidad Pontificia de Comillas. 3ª Ed. Madrid, 2007, p. 30; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El empresario: concepto, clase y responsabilidad”, en URÍA / MENÉNDEZ., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Civitas. Madrid, 2006, p. 70.

de contratos constituiría pues, la verdadera “esencia” de la empresa. Su idoneidad para concurrir en el intercambio relacional se resolvió con la atribución o el reconocimiento de personalidad jurídica al empresario persona física o jurídica¹⁵⁰.

Con el desarrollo del capitalismo mercantil, el concepto de empresario adquirió un carácter de valoración funcional del que antes carecía, para ser visto como un factor de producción con atribución de función propia en el proceso de producción, la organizativa¹⁵¹. Pasa así de ser considerado mero receptor del rendimiento del trabajo ajeno a obtener el reconocimiento de un valor propio y una aportación imprescindible en la empresa: la optimización de los recursos a su alcance a través de su correcta coordinación y combinación, conseguidas mediante el estudio de los factores internos y la información exterior, sin necesidad de aportar grandes cantidades de conocimiento o habilidad especial en la gestión, pero sí habilidad o diligencia normales¹⁵².

Al prestigiar y poner en valor la función del empresario como organizador, cabe ya hablar de una Ciencia de la Dirección, cuyo objeto es precisamente mejorar el desempeño y la función del empresario, en paralelo con los estudios y avances tecnológicos que tienden a mejorar los aspectos puramente fabriles. Se hace patente, por primera vez, la necesidad de profesionalización de sus funciones, que no pueden o al menos no deben ser desempeñadas por el mero hecho de ostentar la propiedad de los medios y sin la preparación técnica adecuada.

El aumento de las transacciones forzará la ampliación de la estructura empresarial, mediante la contratación y formación de auxiliares y supervisores, en una red que tendrá que funcionar con un principio jerárquico, simplificando así sus costes de transacción internos. La red reportará, en última instancia, al gestor de la organización, optimizando los flujos de información, y mejorando la capacidad para aprovechar las oportunidades, todo lo cual, de nuevo, devendrá idóneo para reducir los costes de transacción. La empresa sería, por ende, el resultado de esta actividad organizadora, por lo que los conceptos de empresa y empresario se diferenciarían por ser el empresario la función, esto es la mano organizadora, y la empresa el resultado de esta función o de esa actividad de organización.

El empresario, en tanto que titular de los derechos y responsable patrimonial del cumplimiento de las obligaciones, es el que se someterá al escrutinio del tráfico jurídico y económico valorándose, en esencia, su calidad de sujeto de derecho, ya sea empresario individual o social. Y dentro de la empresa social, la sociedad capitalista no es más que un patrimonio separado al que la ley reconoce personalidad jurídica propia, convirtiéndola a través de este reconocimiento en idónea para ostentar derechos y obligaciones en el mundo jurídico. Es pues una *fictio iuris*, una ficción del derecho que,

¹⁵⁰ Cabe, no obstante, señalar que la solución de la atribución de personalidad no es posible en el caso del empresario individual pues sería tanto como dissociar el patrimonio empresarial del particular y ello rompería el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el art. 1911 CC que constituye un vínculo de garantía general, perteneciente al acreedor sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

¹⁵¹ ZARATIEGUI, J.M., *Alfred Marshall y la teoría económica del empresario*, ed. Ediciones Universidad de Valladolid, 2002. Muy interesante es, en el estudio del referido autor sobre la vida y obra de Alfred Marshall, las reflexiones de éste sobre la figura del empresario que asume los riesgos y busca el beneficio cuestionándose el papel efectivo que ocupa en el desarrollo de la empresa dada la dificultad de medir su aportación al proceso productivo.

¹⁵² MARSHALL, A., *Principios de economía*, ed. Síntesis. Madrid, 2006, p. 265.

al reconocerla, le concede la existencia, la personalidad o capacidad jurídica suficiente para ser sujeto de derecho tanto activo como pasivo.

2.2 Propiedad y gestión de los medios de producción: la revolución gerencial.

Entre el último tercio del siglo XIX y el primero del siglo XX se produce en las economías más desarrolladas el nacimiento de unas macro-organizaciones de capital disperso que se distinguen por su tamaño y por la complejidad de su gestión. Ésta requiere la profesionalización y especialización de sus dirigentes, que cada vez es mayor produciéndose un fenómeno que se ha denominado «revolución gerencial» conectado asimismo con las necesidades de contener el poder que concentraban¹⁵³.

En efecto, a medida que crece el tamaño de la explotación aparecen nuevas atenciones a la vez que el centro decisor se aleja de los ejecutores de las decisiones. Como consecuencia de ello, aparecen nuevas necesidades de capital, al aumentar el tamaño de la empresa, y se pierde la relación directa entre la propiedad de los medios y la organización del proceso productivo al cubrirse la necesidad financiera con aportaciones de terceros que no intervienen directamente en la gestión¹⁵⁴.

El crecimiento y desarrollo de la organización dependerá de su capacidad para gestionar eficientemente los presentes y potenciales flujos de información que genera la explotación ordinaria. Cuando el caudal de información no puede ser gestionado adecuadamente, la organización llega a su límite operativo, al producir costes superiores a los ahorros que procura, por lo tanto será esencial, en el funcionamiento de la empresa, el desempeño profesional de las funciones de gestión y dirección. Por ello aparece la figura profesional del gestor, que releva al propietario de las obligaciones organizadoras para realizarlas en una forma más eficiente.

El análisis de la relación entre propiedad y gestión conecta los aspectos económicos y jurídicos que afectan a la cúspide de la organización empresarial. Se trata de una relación en la que se encomienda a un tercero la organización y gestión de los medios de producción por cuenta del propietario. De este modo se resuelve la controversia sobre la propiedad y la gestión, al constatarse la necesidad de profesionalización de la gestión y con ello la tendencia a la separación efectiva de las funciones de gestión de la propiedad de los medios. El tercero encargado de la gestión social es un representante de su

¹⁵³ Elocuente es VON IHERING, R., *El fin en el derecho*, ed. Heliastra, Buenos Aires, 1978, p. 81., cuando declara que “la posición del administrador entraña una gran tentación. Incitada la codicia por el manejo permanente de los bienes extraños, se le presenta una ocasión favorable como a ningún otro para apoderarse de los mismos”.

¹⁵⁴ Ello provoca la necesidad de establecer, en toda institución, una organización estructurada con sólidas bases organizativas a lo que contribuye la aportación del concepto de organización burocrática de WEBER, M., *Economía y Sociedad*, ed. Fondo de cultura económica. México. 2014, pp. 707 ss., que define como bases de la organización las siguientes: “pauta clara de división del trabajo, principio de jerarquía funcional correctamente definido, normativa interna y reglas de funcionamiento claras y detalladas y, finalmente, despersonalización de las relaciones, no en el sentido de endurecerlas sino de independizar el ejercicio de los cargos de los compromisos y sentimientos personales, es decir de objetivarlas”. Con ellas se pretende que todos los miembros de la organización sepan exactamente el lugar que ocupan, qué deben hacer y en qué momento y a quién reportar o pedir instrucciones, al tiempo que se asegura para todos un trato aséptico, alejado de las posibles relaciones personales que puedan disturbar la objetividad. Se considera la aportación iniciadora de la escuela que analiza las estructuras de poder interno de la organización.

principal, actuando por cuenta de éste y en su nombre¹⁵⁵. La mayor o menor amplitud del contenido de las competencias vendrá dada por la voluntad del representado, que en teoría puede ampliar o restringir las funciones que concede¹⁵⁶.

La aparición de la doctrina económica contractual vino a defender la naturaleza contractual de la sociedad y del Derecho de sociedades colocándose a ésta en el centro de una red de contratos que vinculan a los titulares de los medios materiales y financieros con los trabajadores y los organizadores y finalmente los destinatarios del producto¹⁵⁷. La empresa nace de un contrato *sui generis* entre los propietarios de los diferentes factores de producción y, una vez existente, su función será, precisamente, la realización de más contratos¹⁵⁸.

Es un contrato la relación jurídica entre empleador y empleado, como también entre gestor e institución, entre proveedor y empresa o entre empresa y cliente. La relación entre la sociedad y el administrador -propiedad y gestión- sería así el resultado contractual de una negociación entre ambas partes, a través de la cual se establecerían las condiciones y limitaciones del ejercicio de la autoridad por cada uno de ellos, lo que incluye tanto las facultades de dominio cedidas por el propietario al gestor, como los mecanismos de control establecidos por el primero para limitar el comportamiento del segundo¹⁵⁹.

Las funciones a desarrollar por el gestor son las herramientas para el logro del objetivo empresarial. Si la actividad organizadora es fundamental en el éxito de la empresa, es necesaria la profundización en el estudio de esta actividad, pues tanto como ésta se perfeccione, mejores y más visibles serán los resultados de su correcto desempeño. Fruto de esa inquietud aparece la “Teoría del análisis funcional” a la que debe atribuírsele el mérito de definir y describir por primera vez la labor del administrador como un conjunto universal de funciones interconectadas, entre las que destacan como principales las de planificación, organización, dirección, coordinación y control. Por primera vez se elabora una tabla de mandamientos o principios que han de estar presentes en la función gestora para mejorar su rendimiento. Conjunto de recomendaciones que bien podríamos calificar como el primer código de buen gobierno de la empresa¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Resolución de la DGRN, nº 3291, de 13 de febrero de 2012 -RJ 2012/5945-, FD4º: “El ordenamiento jurídico trata de garantizar que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o «*dominus negotii*» sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico”.

¹⁵⁶ GONDRA ROMERO J.M., “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones (La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico)”, *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 841 ss.

¹⁵⁷ GONDRA ROMERO J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, *RDM*, nº 278, 2010, pp. 1171 ss.

¹⁵⁸ PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, *ADC*, vol. 34, núm. 3, 1981, pp. 666 ss., donde señala el autor, en un sentido general, que “la función del derecho contractual... consistirá, justamente, en minimizar los costes de transacción (básicamente de *enforcement* -de exigibilidad de las obligaciones-, de regulación -negociación de las reglas- y de información”.

¹⁵⁹ PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital. En la jurisprudencia del TS*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014, pp. 52 ss.

¹⁶⁰ Tales recomendaciones o principios son obra de HENRY FAYOL, un industrial francés al que se considera el padre de la gerencia moderna y que en el año 1916 -junto a TAYLOR, FREDERICK W- escribió su obra “*Principios de la administración científica -Administración Industrial y General-*”, Ed. Ateneo, Madrid, 1987, que en su p. 10., señala que “Administrar es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar”. Inicia su obra dividiendo en seis grupos las operaciones que realizan las empresas: i) Operaciones técnicas (producción, fabricación, transformación), ii) Operaciones comerciales (compras,

Entre los órganos sociales de concurrencia debida se imponen los que representan a la propiedad del haber social -junta general- y los que gestionan el desarrollo del objeto social promoviendo la maximización del valor económico de la empresa -órgano de administración- y que constituye la cabeza visible en la gestión operativa y en la representación del ente.

Se impone pues, la necesidad de sustantivizar el ente designando a la persona que rige la empresa, esto es el empresario económico, de modo que se precisa de una persona física para poder operar efectivamente en el tráfico mercantil y poder recibir la totalidad de los efectos del orden jurídico. Para ello caben tres soluciones jurídicas, a saber: un administrador, factor o apoderado, cuando lo es de una sociedad, un empresario cuando lo es individual y actúa en su propio nombre; y un factor o gerente quien actúa dirigiendo, organizando y representando al empresario individual.

Más allá de la naturaleza jurídica de la relación que seguidamente se aborda, las notas que delimitan y definen la relación entre el gestor y la propiedad configuran ésta como una relación de gestión. Por relación de gestión entendemos un tipo empírico que agrupa diversos tipos normativos (v. gr., mandato, comisión, gestión de negocios sin mandato, agencia, factor y administración de sociedades) que presentan en común una misma causa o función económica y un mismo objeto¹⁶¹. La gestión es una relación de carácter obligatorio según la cual el gestor se obliga frente al *dominus* a realizar determinadas prestaciones por cuenta y en interés del principal. La fuente de las obligaciones gestoras encuentra su origen tanto en la ley, como en los contratos y cuasicontratos.

Dentro de las relaciones de gestión, como tendremos ocasión de examinar, la administración de sociedades se singulariza por el hecho de formar parte de una relación de organización. La gestión orgánica tiene una doble dimensión prestacional. En el plano gestor, la relación de administración consiste en una relación jurídica en la que la sociedad, -esto es, el principal-, encarga al administrador, -el gestor-, la realización de aquella actividad necesaria para la realización del fin social. En el aspecto orgánico, los

ventas, permutas), iii) Operaciones financieras (búsqueda y administración de capitales), iv) Operaciones de seguridad (protección de bienes y de personas), v) Operaciones de contabilidad (inventario, balance, precio de costo, estadística, etc.), vi) Operaciones administrativas (previsión, organización, mando, coordinación y control). Para posteriormente enunciar los catorce principios generales de la administración, a saber:

“1º División del trabajo:

2º La Autoridad:

3º La disciplina:

4º La unidad de mando:

5º La unidad de dirección:

6º La Subordinación de los intereses particulares al interés general:

7º La Remuneración:

8º La Centralización:

9º La jerarquía:

10º El orden:

11º La equidad:

12º La estabilidad del personal:

13º La iniciativa:

14º La unión del personal”.

¹⁶¹ La doctrina utiliza el término gestión de negocios tanto para referirse al mandato, la comisión o la gestión sin mandato. Así lo hace DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 152., cuando al referirse a la gestión de negocios sin mandato, señala que la figura debe “ser estudiada dentro del conjunto de las relaciones obligatorias de gestión”.

administradores completan la organización del principal, participando en la determinación del interés social¹⁶².

No obstante, la carencia de reconocimiento legal y de una construcción dogmática suficientemente estructurada¹⁶³ impone acercarnos a la relación de gestión orgánica de administración de sociedades desde una visión casuística que debe partir de la determinación del sustrato común de los distintos subtipos de relación de gestión¹⁶⁴. Tal sustrato común no puede ser otro que, en fórmula sintética, la realización de actos o negocios jurídicos por cuenta y en interés de otro.

De cuanto antecede se desprende que la sociedad como empresario social, presenta una necesaria separación entre quien tiene el interés de intervenir en los procesos de producción, intercambio y consumo de productos y servicios -la propiedad que busca maximizar sus inversiones- y quien ostenta el poder de gestionar y dirigir en interés ajeno esas operaciones -el administrador que busca la satisfacción del interés social-. Es esa separación, junto con los riesgos que comporta para socios y terceros la cada vez mayor autonomía de los administradores, la que provoca la necesidad de delimitar la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad.

3. La Naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad.

El nombramiento de los administradores por la junta general surte efectos desde el momento de la aceptación¹⁶⁵, naciendo como consecuencia una relación jurídica entre éstos y la sociedad. Durante décadas ha sido objeto de discusión en la doctrina la naturaleza jurídica de tal vínculo. La relevancia de la concepción que se tenga acerca de la naturaleza jurídica de esa relación que une a los administradores con la sociedad es tal, que la misma determinará el régimen de deberes que le son exigibles así como el régimen de responsabilidad que les resulta aplicable.

El examen de la naturaleza de la relación administrador-sociedad constituye pues, un *prius* necesario para poder determinar los deberes de éstos y la diligencia a que vienen obligados en su actuación así como la responsabilidad para los mismos como consecuencia de su incumplimiento.

¹⁶² RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ed. La Ley. Madrid, 2010, pp. 96 ss.

¹⁶³ MONTÉS PENADÉS, V., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión, 9. Contratos de Gestión”, *Cuadernos y Estudios CGPJ*, 1995. pp. 15 ss., señala que “no se ha realizado un esfuerzo adecuado para encontrar los rasgos comunes a las prestaciones que consisten en gestión de intereses ajenos, especialmente cuando implican o suponen interposición. Por esta razón carecemos de un modelo central, y es preciso proceder en cada caso a una técnica de integración muchas veces basada en el argumento analógico”.

¹⁶⁴ No hay discusión al respecto de que la gestión constituye, desde el punto de vista positivo, una institución unitaria y autónoma. GARCIA VALDECASAS, G., “La gestión de negocios ajenos. (Aportación a una teoría general)”, *RDP*, vol. 41, 1957, p. 619. Sin embargo, la construcción del concepto de gestión es posible y así lo reconoce la propia doctrina. Al respecto, señala el autor referido que “es innegable que el hecho de gestionar negocios ajenos puede ser comprendido bajo un concepto unitario. Dicho de otro modo: en todas las manifestaciones de esa actividad, que llamamos gestión de negocios ajenos, ha de haber algo en común y necesario a todas ellas, algo que justamente permita calificarlas de gestión de negocios ajenos, a despecho de su diversa regulación jurídica”. El valor dogmático de la unidad conceptual tendería a ser delimitativo, en particular “frente a aquella institución que le es más afín: la representación”.

¹⁶⁵ Así, la vigente LSC dispone en su art. 214.3 que “El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación”

Se ha señalado que la naturaleza que delimita la función específica de la relación jurídica de administración sería la realización de toda la actividad necesaria para alcanzar el objeto social¹⁶⁶, y que aparece regulada por normas legales, contractuales, estatutarias y normas con “contenidos debidos no tipificados” -esto es, los deberes fiduciarios- que implicarían la aplicación de todos los medios ordenados al interés social para desarrollar el objeto de la sociedad¹⁶⁷.

De acuerdo con las diversas funciones adjudicadas a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, las teorías que han tratado de explicar la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad se han presentado en dos posiciones doctrinales antagónicas, a saber; i) los que, considerando a la persona jurídica una ficción¹⁶⁸ del derecho, sostienen que la relación administrador-sociedad es una relación contractual y ii) los que, considerando a la persona jurídica como una realidad¹⁶⁹ autónoma, conciben la relación administrador-sociedad como una relación orgánica¹⁷⁰. Cabe hablar asimismo de una tercera posición sincrética que, acogiendo los elementos definidores de las dos primeras, permiten una delimitación más completa de la relación de administración.

3.1. Teoría contractual.

Para los partidarios de la teoría contractual, la relación administrador-sociedad toma su base de un negocio jurídico bilateral de carácter contractual consecuente al intercambio de declaraciones de voluntad que se produce con el nombramiento por parte de la Junta General y la aceptación por parte del administrador. Bajo la óptica de la teoría contractual, -inicialmente inspirada por el Derecho francés e incorporada a otros ordenamientos como

¹⁶⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 42.

¹⁶⁷ PEREZ CARRILLO, E.F., *La administración de la Sociedad Anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 48.

¹⁶⁸ Los precedentes de la teoría de la ficción se remontan al Derecho canónico. Así el canonista SINIBALDO DE FIESCHI (luego consagrado como el Papa Inocencio IV) la formula señalando “*fingatur una persona*”, “*nomina sunt iuris, non personarum*” en su obra *Apparatus (Commentaria) un quinque libros decretalium*, Strassburg. 1477. A la obra de Sinibaldo de Fieschi se refiere asimismo, RUFFINI, F., *La classificazione delle persone giuridiche: in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, ed. Fratelli Bocca, Milan, 1936, p. 8. Su formulación moderna se debe a SAVIGNY, M.F.C., *Sistema de derecho romano actual*, Centro Editorial de Góngora, Tomo II, Madrid, 1924, que consideró a la persona jurídica como “un sujeto creado artificialmente por la ley, para tener un patrimonio”. La persona jurídica es pues considerada como una ficción creada por el derecho por razones de utilidad general.

¹⁶⁹ Las teorías de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica surgen, en efecto, por oposición a la teoría de la ficción impulsada por Savigny y las demás desarrolladas a partir de aquella. Los primeros que sostuvieron críticas al organicismo fueron, entre otros, BESELER, G., *Die Lehre der Erbvertragen*, vol. I. Kessinger legacy Reprints, ed. Kessinger Pub Co, 2010; BLUNTSCHLI., *Deutsches Privatrecht*. Tomo I. Múnich, 1853, y LASSON., *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, ed. Bessersche Buchhandlung, Berlin, 1871 culminando todas ellas en la obra de Gierke, entre muchas otras, GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*. Leipzig. 1985.

¹⁷⁰ Dentro de las teorías de la realidad cabe distinguir dos principales formulaciones: i) la teoría de la realidad orgánica defendida por Gierke (GIERKE, O., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, edición especial MCMLIV, Comunidad de libros científicos, Darmstadt, "Libelli", Vol. XVII, 1902) que sostenía que la persona jurídica es una persona efectiva y completa como la individual, su alma está en la voluntad común, su cuerpo en el organismo asociativo, su comportamiento en la realidad es semejante al del ser humano y son capaces de ser sujetos de derecho y ii) la teoría de la realidad jurídica que, formulada por Ferrara, (FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Reus, Madrid, 1929), defendía que la esencia de la persona jurídica no reside en ser un ente sino una forma jurídica, una vestidura con la que ciertos grupos de personas físicas se presentan en la vida del derecho.

el italiano¹⁷¹ - se sostiene que el vínculo que une al administrador con la sociedad es un “contrato de mandato” de modo que los administradores son gestores de intereses ajenos encargados de cumplir la voluntad de los socios, y su marco de acción está condicionado por la delegación de facultades que éstos le hagan.

Las tesis contractualistas partían de la base de la existencia de dos sujetos de derecho diferentes, la sociedad y el administrador que se vinculaban mediante un contrato de mandato o comisión mercantil, convirtiéndose en un gestor de intereses ajenos obligado a cumplir la voluntad de los socios que le designaban para el cargo, ejerciendo en consecuencia unos poderes de gestión que no le eran propios, sino delegados por los socios para la administración del patrimonio social, y actuando siempre dentro de los límites de las facultades que le eran atribuidas directamente¹⁷².

La calificación de los administradores como mandatarios generaba ventajas para la sociedad, tales como la atribución automática a éstos de la representación de la misma (mandato y representación eran, por entonces, figuras jurídicas asimiladas), ya que en el mandato tanto el nombramiento, como el ejercicio de las competencias, como el cese, se subordinan a los intereses del mandante y al establecimiento de un claro régimen de responsabilidad recogido en el art. 1726 CC. Se sostenía asimismo que, dado el carácter mercantil de la figura societaria y el encargo, también mercantil, encomendado a los administradores sociales, la relación debía considerarse como mandato comercial, es decir, de comisión¹⁷³.

Desde esa visión contractual, se reclama un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada que se traduce en el carácter esencialmente dispositivo de su regulación y, por tanto, en la fijación de un marco normativo de mínimos dentro del cual los socios gozan de una amplia autonomía para adaptar la estructura organizativa a sus necesidades a través de los estatutos.

La crítica de esta tesis se basa fundamentalmente en la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad sin la figura del administrador. No cabría la calificación de mandatario porque, de un lado, no es concebible la sociedad sin administrador, al no poder actuar directamente en el tráfico por ser una *factio iuris* sin entidad material ni capacidad de comunicación si no es por intermedio del administrador, luego no cabe la inexistencia de éste y su aparición no es voluntaria, sino imprescindible y necesaria para el funcionamiento de la sociedad¹⁷⁴.

¹⁷¹ El Código de comercio francés de 1807, en su art. 31, así como el Código de comercio italiano de 1887, en su art. 121, describían al administrador como un auténtico “mandatario”. Lo mismo sucede en nuestro Código de comercio de 1829, en su art. 265.3º, y en el Código de comercio de 1885 cuyo art. 156 señala que “los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios” y están sujetos a “las reglas del mandato”

¹⁷² La consideración del administrador como mandatario de la sociedad constituye el enfoque clásico de la doctrina española sobre esta cuestión así como de los restantes ordenamientos de nuestro entorno. La teoría que identificaba la relación existente entre el administrador y la sociedad como mandato procedía del derecho francés. Así, el art. 31 del CdC de 1807 señalaba “*la société anonyme est administrée pour des mandataires a temps, révocables, associés ou non associés, salariés o gratuits*”.

¹⁷³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2004, pp. 77 ss.

¹⁷⁴ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 106, señala que “(...) La sociedad no puede actuar por sí misma (...) la existencia de un órgano de la sociedad que pueda desempeñar esta función resulta esencial y necesaria”.

De otro porque el administrador ejerce sus poderes sin límite, por mandato legal en la atribución de facultades -art. 234.1 LSC-, luego no hay voluntariedad en el contrato pues la sociedad no puede prescindir del administrador ni recortar sus facultades. Se rechaza también la tesis contractual, desde otro punto de vista, ya que se entiende que no puede existir contrato si no hay alteridad, esto es la concurrencia de dos declaraciones de voluntad autónomas e independientes, y ésta no existe entre administrador y sociedad ya que la voluntad societaria se manifiesta a través de aquél, luego en el contrato de mandato estaríamos ante una situación de autocontrato pues administrador y sociedad estarían representados por una misma persona¹⁷⁵.

Asimismo, se ha señalado la asimetría en el contenido funcional del mandatario y del administrador de sociedades ya que, mientras que los arts. 1.714, 1.719, 1.725 y 1.727 CC y 254 y 256 CdC sancionan con la ineficacia la actuación del mandatario que se extralimita, conforme al art. 234.1 LSC cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros, por exigirlo así la seguridad del tráfico.

Por último, cabe poner de manifiesto que la acción directa de responsabilidad contra los administradores atribuida a los socios y a los terceros no guarda encaje en el mandato en la que el mandatario únicamente responde de su actuación ante su mandante, no resultando concebible que se le exija responsabilidad por un tercero.

3.2 Teoría orgánica.

Para los partidarios de la teoría orgánica¹⁷⁶, no existe vínculo alguno entre la sociedad y el órgano de administración¹⁷⁷ en la medida en que éste es, en sí mismo, la sociedad. La sociedad no actuaría por medio de representantes sino a través de sus propios órganos, lo que determinaría que sus actos no se derivarían de una relación contractual sino que serían acciones corporativas puramente societarias¹⁷⁸.

Sociedad y administrador son, pues, un solo sujeto, al ser el administrador el órgano a través del cual la sociedad se comunica e interactúa en el mundo real, sin alternativa posible, el órgano de administración es además el único órgano de expresión de la sociedad y el único medio de interacción de ésta con terceros, pues ostenta su plena representación sin límite de facultades, de tal modo que los actos del administrador son actos de la sociedad. La relación administrador-sociedad estaría determinada por la Ley y los estatutos sociales y de ahí, y no de relación contractual alguna, se derivarían los derechos y deberes del administrador.

¹⁷⁵ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de...*, cit., pp. 76 ss.

¹⁷⁶ Impulsada originariamente en Alemania y ampliamente desarrollada en Italia por juristas de relieve como VIVANTE, ROCCO, SOPRANO, MOSSA, DE GREGORIO y CARNELUTTI, la teoría orgánica, -señala GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, ed. Benzal, Madrid, 1976, p. 303-, nace de la necesidad derivada de la insuficiencia del concepto de representación en las personas jurídicas. La representación orgánica superó el dilema impuesto por la representación clásica que necesariamente requería dos sujetos diferenciados (el mandante y el mandatario), mientras que las personas jurídicas que cuentan con órganos no hay más que uno, cuya voluntad se expresa por el órgano, dentro de la esfera de su competencia.

¹⁷⁷ Véase la crítica a la teoría contractualista expuesta por DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de...*, cit., pp. 78 ss., donde se recuerda el argumento basado en que no podría haber mandato allí donde no concurre la posibilidad de su existencia.

¹⁷⁸ SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades de capital*, ed. Thomson. Navarra. 2007, pp. 101 ss., donde señala que, en efecto, la relación contractual se encontraría regida por la Ley y los Estatutos, no por un contrato bilateral sociedad-administración.

La perspectiva orgánica, así entendida, fue la principalmente asumida por la doctrina española especializada¹⁷⁹ así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸⁰, lo que llevó a su plasmación en la legislación societaria española. En efecto, en España, el desarrollo de la noción de administración social se produjo en el marco de la evolución del pensamiento relativo a las personas jurídicas societarias. Así, los artículos 122 y 156 del Código de comercio de 1885 asemejaban, con especialidades mínimas, la administración al contrato de mandato, concepción que no se puso en discusión hasta los últimos años del siglo XIX.

Se trata de eludir toda alusión al contrato sobre la premisa de considerar que la designación de los administradores tiene carácter de declaración unilateral de la junta general, sin que requiera el encuentro con la voluntad del designado que acepta, que sería propia del contrato, señalando que, en todo caso, se estaría en presencia de un concurso, es decir, de dos actos unilaterales de los cuales el de nombramiento, tiene carácter de investidura.

El carácter orgánico de la relación de administración es innegable en la medida en que la sociedad, como *fictio iuris*, requiere necesariamente de la figura de la persona física, como ente real que complete su voluntad para poder operar efectivamente en el tráfico jurídico, incluso en aquellos casos en que el administrador sea una persona jurídica¹⁸¹. Así pues, el administrador es el órgano imprescindible que dota de acción necesaria a la voluntad que requiere la sociedad para funcionar y, por tanto, para adquirir la condición de tal.

La voluntad del administrador se identifica pues con la voluntad de la sociedad de tal manera que se imputen a la sociedad los actos realizados por el administrador en el ejercicio de sus funciones. Se desprende que los actos ejecutados por el administrador en

¹⁷⁹ Así GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I., ed. JG. Madrid. 1983, p. 180, afirma que la designación del administrador no implica un mandato ni la suscripción de ningún otro contrato. Considera el autor que la expresión órgano de administración, más que para seguir la doctrina organicista, se emplea para rechazar la contractual del mandato, entendiendo que “*órgano en este sentido en el instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad*”. Se trata así de acentuar la nota de necesidad del órgano de administración y representación, excluyendo toda idea contractual, tanto en el aspecto interno de gestión, como en el externo de representación. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons. Madrid. 1999, p. 287., se pronuncia en similares términos al considerar al administrador como órgano social y “la relación entre administrador y sociedad como un acto unilateral de proposición o nombramiento”. SANCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, tomo IV, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 118, califica a la relación de “orgánica especial” señalando que el nombramiento y la aceptación es un “medio para alcanzar el administrador la titularidad del órgano de administración, no como declaraciones de voluntad que dan lugar a una relación contractual, sino que nos hallamos ante unos actos de carácter corporativo que permite a los administradores ser investidos del cargo”: DIEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 72, que se refiere a los administradores como “representantes orgánicos”.

¹⁸⁰ Véase, entre muchas otras, la STS 29.11.1969.

¹⁸¹ SANCHEZ CALERO, F y GUILARTE SANCHEZ-CALERO, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, ed. Aranzadi, Madrid, 2015, p. 405., señala que la administración constituye “un instrumento necesario para que la sociedad pueda manifestar externamente su voluntad y ejecutar los actos necesarios para el desarrollo de su actividad, de forma que los actos de los administradores, cuando actúan en la forma y dentro de los límites establecidos en la ley al regular su poder de representación, se consideran como actos de la propia sociedad.” En todo caso, si concurre un administrador persona jurídica, por disposición del art 212 bis LSC, “será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”.

el ejercicio de sus funciones vinculan a la sociedad frente a terceros de buena fe pero no aquellos otros que el administrador ejecute a título particular, sin el carácter de órgano.

De cuanto antecede resaltan lo siguiente: i) mientras que para la teoría contractual, la persona jurídica -sociedad- y el representante -administrador- son dos sujetos diversos, para la teoría orgánica, la persona jurídica y el órgano de administración constituyen un todo; y ii) mientras que para la teoría contractual la sociedad actúa por medio de representantes, para la teoría orgánica quien actúa es la misma persona jurídica a través de sus propios órganos¹⁸².

3.3 Teoría sincrética o mixta.

Una tercera teoría emergería, en respuesta al desarrollo de las referidas, considerándose la idónea para abrazar los elementos configuradores de las dos expuestas. En efecto, las imperantes perspectivas rigurosamente orgánicas habrían pasado a ser sustituidas por soluciones sincréticas que califican al administrador como un “ente orgánico y contractual”, atendiendo al doble aspecto que caracteriza la posición jurídica del administrador y a la naturaleza compleja del concepto de sociedad de capital (contrato-organización)¹⁸³.

Así se ha optado por considerar que la existencia de una declaración unilateral de la Junta General, como acto de investidura de carácter corporativo, que se completa con la aceptación de la propuesta por el interesado provoca el encuentro coincidente de dos voluntades unilaterales independientes, una atinente a la investidura del cargo o provisión del órgano -de carácter orgánico-, y otra relativa al ejercicio de las funciones de administración y representación -de carácter contractual-.

Desde esta perspectiva, la administración estaría regida, al mismo tiempo, por un conjunto de normas legales y contractuales y, de presentarse lagunas normativas, debería acudir a las reglas que regulan el mandato y la representación, siempre que resulten compatibles con las específicas características de la relación de administración. No habría un contrato típico de administración sino de una relación de naturaleza especial que reúne cualidades propias de diferentes vínculos contractuales, integrándolas en una nueva relación de naturaleza mixta¹⁸⁴.

¹⁸² Señala IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 104 que se está en presencia de un “órgano” cuando “(...) la imputación jurídica de un determinado acto corresponde a la propia persona jurídica, incapaz desde el punto de vista físico de materializar una decisión que es atribuible únicamente al órgano, al actuante”. Por su parte, ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los Administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, nº 198. 1990, p. 654., señala que “En el marco de la teoría general de las personas jurídicas, el órgano se define como un haz o conjunto de competencias establecidas legal o estatutariamente, siendo “miembros del órgano” las personas que asumen el ejercicio de dichas competencias lo que explica que el deber de diligencia se exija precisamente a quienes ocupan la posición jurídica de miembros del órgano”.

¹⁸³ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 335, quien afirma que deben combinarse las ideas procedentes de los supuestos legales del mandato, la representación voluntaria y la representación legal.

¹⁸⁴ POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (arts. 123 a 143 LSA)”, en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA., *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV, ed. Civitas. Madrid. 1992, p. 51., sostiene que la relación de administración “integra mandato, arrendamiento de servicios y trabajo”. Para RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 212., “Es preciso tener en cuenta las especialidades de la relación jurídica de

Esta postura se edifica sobre los siguientes argumentos: i) no es posible desconocer la dimensión orgánica, dado que, por la peculiar naturaleza de la persona jurídica, es necesario que ésta actúe por medio de órganos para poder desarrollar su actividad, así, los administradores constituyen un órgano inderogable desde la perspectiva de la organización estructural de la persona jurídica sociedad y de la imputación de su actividad¹⁸⁵; ii) si bien es cierto lo anterior, tampoco puede desconocerse que la teoría orgánica por sí sola no explica la relación administrador-sociedad, toda vez que no sustenta con suficiencia el acto de nombramiento del administrador y el contenido de sus funciones.

En consecuencia con lo anterior, el régimen de esta relación se integraría a partir de un doble contenido: de un lado, el contenido legal -todo el conjunto de normas de Derecho societario-, y de otro, el contenido voluntario donde se encuentran todas aquellas normas dictadas en virtud de la autonomía privada de la sociedad -el contrato social, los estatutos, los reglamentos de funcionamiento del órgano y el acto de nombramiento-. Si pese a lo descrito subsistiesen aún vacíos normativos que resultasen necesarios para completar el régimen de los administradores, deberá acudir a las normas del mandato y la representación, siempre que resulten compatibles con “las particularidades de la relación de administración”¹⁸⁶.

La designación del administrador, o los miembros de Consejo de Administración, se realiza por la Junta General -art. 214.1 LSC-, siendo preceptiva la aceptación del cargo por los interesados -art. 214.3 LSC-. De hecho la Ley establece como momento inicial del ejercicio del cargo de administrador el de su aceptación, pero exige a continuación, como segundo requisito y de carácter formal, la obligatoriedad de la inscripción registral del nombramiento para extender sus efectos ante terceros -art. 215.1 LSC-.

Esta aceptación individual del cargo es precisa para el ejercicio y la constitución del órgano de administración, y no lo es en ninguno de los dos aspectos la inscripción en el registro, cuya exigencia tiene el valor de publicidad para la válida representación frente a terceros, pero no carácter constitutivo del cargo de administrador. Luego cabe considerar que la relación jurídica entre el administrador y la sociedad se constituye por la sola coincidencia de voluntades, sin siquiera necesidad de unidad de acto ya que puede, y así es normalmente, producirse la aceptación en un momento y lugar posteriores a la designación -art. 142 RRM-¹⁸⁷.

administración como una relación de organización, en tanto que su aspecto orgánico condiciona sus relaciones internas”.

¹⁸⁵ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, cit., pp. 335 ss., “...el órgano no mantiene relación jurídica alguna con la sociedad, pues es un elemento estructural de la sociedad misma, en tanto que los administradores sí deben tener una relación jurídica que explique su vínculo con la sociedad”.

¹⁸⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en PAZ-ARES, C (Coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, ed. Fondo Cultural del Notariado. Madrid, 1997, pp. 153 ss., señala el autor que, “Admitiendo la eficacia de la teoría orgánica, y sin que se confunda el sujeto con el órgano, no se debe negar que pueda existir otra relación entre la sociedad y los sujetos que se encuentran dentro del órgano, que para el caso de los administradores será normalmente una relación contractual de mandato”.

¹⁸⁷ PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del administrador...*, cit., p. 91. Asimismo señala SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 90., que “La inscripción en el Registro mercantil no es constitutiva de la relación jurídica del administrador con la sociedad, ni de que aquél adquiera su condición de titular del órgano administrativo (...) La aceptación del administrador es una condición necesaria para que surja la relación jurídica entre la persona designada como administrador y la sociedad. Inicialmente se aplicó rígidamente en la jurisprudencia el criterio de la inscripción, vale por

Los administradores se vinculan pues a la sociedad a través de un contrato. Es decir, es innegable el hecho de que el administrador, al aceptar el cargo, manifiesta, como mínimo, su adhesión a un contrato preexistente que la sociedad “oferta” idealmente a la persona que haya de desempeñar el cargo y a esta oferta de contrato se adhiere el designado cuando manifiesta su aceptación del cargo.

Las condiciones esenciales del contrato vienen establecidas, en parte, por las disposiciones imperativas de la Ley, en otra parte por lo previsto en los Estatutos sobre las normas legales meramente dispositivas y finalmente por estas últimas en cuanto los Estatutos no dispongan otra cosa. A estas condiciones cabrá añadir pactos específicos, sobre cuestiones meramente accesorias como la remuneración, entre la sociedad y la persona que la administrará.

Por todo ello cabe decir que, con independencia de que la administración sea un órgano de la sociedad, y por tanto de carácter orgánico o institucional, otra cosa es el vínculo establecido entre la persona que va a desempeñar el cargo institucional, el administrador persona física designado, y la sociedad que lo designa para desempeñar el cargo¹⁸⁸. Y éste es necesariamente un vínculo contractual al que el administrador se adhiere voluntariamente y que se obliga a respetar, por lo que el incumplimiento de las condiciones de ejercicio del cargo será incumplimiento contractual, susceptible de generar indemnización para el perjudicado, que a su vez puede ser la propia sociedad o un tercero. Si el perjuicio a tercero se produce en beneficio de la sociedad, la responsable será ésta salvo incumplimiento contractual. Si el perjuicio a tercero se produce fuera del

todas las STS 2.4.2002 que dispone que “En consecuencia, el momento a tener en cuenta para determinar la extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas”. Sin embargo ahora se acepta que el cese se produce por la causa, no por la inscripción, así la STS 22.12.2005 sostiene que “Por ello la argumentación de la sentencia apelada que considera como *dies a quo* para el inicio de la prescripción el de la fecha de la inscripción de la renuncia en el Registro no es adecuada, porque la presunción de exactitud de los asientos registrales es *iuris tantum* y puede destruirse por prueba en contrario que es lo que ha ocurrido en esta escritura pública en la que consta la renuncia de uno de los administradores, el recurrente. Por tanto, este momento es el que produce el inicio de la prescripción”.

¹⁸⁸ Como ha señalado DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de...*, cit., pp. 83 ss., con base en la distinción entre el órgano de administración y las personas titulares del mismo, los diferentes autores han recurrido a diversas figuras jurídicas para explicar la relación existente entre ambos, pudiendo agruparse a éstos en dos grupos diferentes, según consideren que se trata de un órgano típico o de una relación de naturaleza especial. Entre los que identifican la relación existente entre las personas titulares del órgano y la sociedad a la que pertenece con un contrato típico, puede citarse entre otros, a GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, cit., pp. 368 ss., considera que es un negocio jurídico bilateral de “designación” dentro del cual se distingue una relación de “cargo” y otra de “mandato” o a IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades...*, cit., p. 112., considera que “la relación jurídica existente entre los titulares del órgano y la sociedad ha de constituirse partiendo de la idea del negocio jurídico complejo integrado por elementos peculiares de la relación orgánica y otros preceptos del mandato”. De los autores que consideran esta relación entre la sociedad y sus administradores como de naturaleza especial puede señalarse a LOPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la Sociedad anónima*, ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 297., donde sostiene que “el administrador está unido a la sociedad en virtud de una relación contractual a la que denomina contrato de administración cuyo régimen jurídico se debe buscar en la LSA -ahora LSC- y cuyas lagunas deberán integrarse de acuerdo a la normativa del mandato, sede de la regulación de la representación voluntaria en nuestro código” o a LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., p. 45., estima que existe una “relación contractual especial entre los administradores y la sociedad cuyo contenido está en parte, predeterminado por la propia LSA -LSC- por ello, bien puede afirmarse que la LSC integra parcialmente el contenido de este contrato”.

ámbito contractual y recae directamente sobre el patrimonio del perjudicado estaremos ante una responsabilidad extracontractual imputable al administrador.

De lo contrario, de no ser así, en una teoría institucionalista pura, no cabría exigir responsabilidad al administrador ni por daños directos ni indirectos, pues nunca habría actuado personalmente él, sino siempre la sociedad y ésta no puede reclamarse a sí misma por los daños que sus propios órganos hayan causado al patrimonio social mientras que ante terceros no habría actuado la persona del administrador sino el órgano social. Por lo tanto la sociedad sería siempre responsable y el administrador no podría responder de una actuación, la de la sociedad, ajena a él y su patrimonio propio.

Pues bien, tal vínculo contractual tendría el carácter de un contrato de adhesión particular, de una parte regulado por las normas legales, tanto imperativas como prohibitivas, de otra parte por las normas estatutarias establecidas por la sociedad y, de otra, por los acuerdos específicos de carácter particular entre la persona física administrador y la sociedad que ha de administrar. Ahora bien, ese contrato produciría un doble efecto. Por un lado definir -parcialmente- el vínculo administrador-sociedad y por otro lado, configurar la posición orgánica del administrador, por virtud de la cual pasaría a ser una “parte” de la sociedad: el órgano al que se le atribuye la representación de la persona jurídica societaria y la gestión y dirección de la organización.

La doctrina más reciente, abrazando la referida solución sincrética, viene admitiendo la concepción orgánica si bien señalando que, además, existe un nexo contractual atípico de carácter fiduciario en el marco de una relación de gestión¹⁸⁹. En tal sentido se dice que la relación que se constituye entre los administradores y la sociedad tiene, de una parte, un origen contractual, por la relación especial que vincula a ambas personas pero, por otra, esta relación se encuentra regulada por el propio régimen de la sociedad lo cual ha de ponerse en relación con el carácter funcional del cargo de administrador. Por tanto, cabe admitir una consideración mixta (orgánica y contractual¹⁹⁰) de la posición jurídica del administrador social en cuanto titular del órgano de administración social y como parte vinculada por la relación jurídica de administrar la sociedad.

Por consiguiente, la calificación como contractual de la relación existente entre la sociedad y sus administradores no supone negarle su condición de órgano social a éstos.

¹⁸⁹ RIBAS FERRER, V., “El deber de lealtad (art.226)” en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Volumen I., ed. Civitas. Madrid, 2011, p. 1625., sostiene que “...de acuerdo con su naturaleza contractual, el administrador mantiene una relación jurídica de gestión con la sociedad”.

¹⁹⁰ La existencia del “órgano” y su inserción en él de los administradores supone que éstos están sujetos a ese doble vínculo: como miembros del “órgano de gobierno” de la sociedad y con vinculación contractual en el ejercicio de aquella función. Así se ha pronunciado la DGRN que en su Resolución de 23 de abril de 2013 señala que “en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del consejo de administración de la sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, (de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas): por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral”.

Antes al contrario, los administradores deben ser considerados como órganos de la sociedad desde un punto de vista estructural y funcional, pero esto no impide que desde otro punto de vista, delimitador de la relación entre los titulares del órgano y la persona jurídica, haya de estimarse la existencia de una relación contractual intersubjetiva. Existe pues entre los administradores y la sociedad una doble relación, a la vez orgánica y contractual, como integrante del organigrama corporativo y como parte de la relación interpersonal, respectivamente.

Se colige de cuanto antecede que cabe calificar la relación que une al administrador con la sociedad como un “contrato específico de administración”, constituido por la aceptación del nombramiento, como relación bilateral. En realidad se está ante un negocio típico del Derecho de sociedades en el que los deberes a cargo del administrador, aunque configurados principalmente por la Ley, nacen de la aceptación del cargo, si bien -como deberes jurídicos- son sancionados por la Ley para caso de incumplimiento. Por tanto, las obligaciones del administrador se enmarcan en la regulación y régimen legal de las relaciones interorgánicas y, si bien responden por su actuación orgánica, el origen de tal posición orgánica es contractual. La posición del administrador es pues, el reflejo inmediato del contrato de administración.

Esa doble vertiente orgánica y contractual -doble vínculo-¹⁹¹ repercute en su régimen de obligaciones y responsabilidades por cuanto que: i) en tanto que titulares deben desarrollar la función orgánica que corresponde a la administración social. La gestión orgánica se diferencia de la representación voluntaria en el carácter necesario de la misma para el funcionamiento de la sociedad y, respecto de la legal, por el margen de autonomía concedido a los socios a través de los estatutos para la configuración de la misma.; ii) en cuanto que partes de una relación obligatoria deben ejecutar prestaciones tendentes al desarrollo del objeto social concreto y a la consecución del interés de la persona jurídica¹⁹².

¹⁹¹ Desde la Sentencia (Huarte) de la Sala 4ª del TS de 29.9.1988, se denomina doctrina del doble vínculo la que considera que el vínculo mercantil absorbe al vínculo laboral. Siguiendo dicha doctrina, y entre muchas otras, la STS de 21.1.1991 señala que “los cometidos inherentes a un miembro del órgano de administración social son, en principio, todos los correspondientes a la administración y representación de la sociedad” por lo que “ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un consejo de administración, la actividad de los administradores, en cuanto órganos sociales, queda excluida de la legislación laboral”. También en tal sentido se pronuncia la DGRN en Resolución de 23.4.2013 cuando señala que “La consolidación de la "doctrina del vínculo" en la jurisdicción de lo social produce en la práctica societaria una verdadera "huida del Derecho laboral" y que consistió en sustituir el vínculo adicional del contrato de alta dirección por un contrato de servicios "civil" o "mercantil" bajo las fórmulas tradicionales de arrendamiento de servicios, mandato etc. Pues bien, tampoco la jurisdicción civil ha sido desde entonces favorable a la compatibilidad de los dos vínculos porque en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con algunas vacilaciones iniciales, no tardaría en consolidarse la propia versión de la doctrina del vínculo. El argumento es siempre el mismo: siendo imposible una delimitación o deslinde entre los cometidos de "administrador" y del "ejecutivo", la relación societaria elimina o "absorbe" la relación contractual, es decir, el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo también las funciones propias de la gerencia de la empresa sólo que ahora la argumentación no se basa en el art. 1.3 c) del Estatutos de los Trabajadores sino en la regulación societaria (derogados arts. 9 h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 -actuales arts. 23 e) y 217 y ss., de la LSC que no puede ser vaciada de contenido y fuerza imperativa so pretexto de un contrato superpuesto que pretende legitimar retribuciones sin justificación estatutaria...”

¹⁹² PEREZ CARRILLO, E.F., “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *RdS*, nº 14, 2.000, p. 276.

Los actos de los administradores, como miembros del órgano societario, se imputan a la sociedad y como partes del contrato de administración, serían deudores frente a la sociedad -no frente a los socios directamente- de la actividad de administración contratada. Desde el punto de vista externo, los administradores constituirían un órgano, mientras que desde el interno la relación entre las personas sociedad y administrador sería contractual¹⁹³, lo que llevaría a una situación de “coexistencia pacífica” entre las clásicas teorías orgánica y contractual.

Ahora bien, una mayor precisión conceptual impone referirse a la dualidad relacional que concurre en el vínculo administrador-sociedad. Es decir, siendo el cometido del órgano de administración el de la gestión y el de la representación de la sociedad cabe hablar de una relación genérica que abarca toda su actuación y una doble relación específica, una externa o representativa y otra interna o gestora, de naturaleza acorde al contenido prestacional.

En cuanto a la relación genérica de administración, se trata de una relación contractual *sui generis* cuya regulación se encuentra en la ley, en los estatutos, en los pactos y reglamentos de régimen interno. No se trata de un contrato de mandato, ni de arrendamiento de servicios, ni de trabajo, aunque tiene elementos de todos ellos sino de una relación *sui generis* definida por la ley, los estatutos, los pactos y reglamentos internos.

A modo de descomposición de la relación genérica de administración cabe hablar de dos relaciones específicas, a saber; i) una, de dentro a fuera, externa o representativa que acoge las relaciones que la sociedad mantiene con terceros en la que habrán de tenerse en cuenta como supletorias las normas del mandato puesto que los administradores, como los mandatarios, actúan por cuenta de un tercero, en este caso de la sociedad. Por tanto, los administradores, en sus relaciones con los terceros intervienen como representantes de la sociedad. ii) otra, de gestión interna, que acoge entre otras, las relaciones de la sociedad con las personas que encarnan el órgano de administración, en las que habrán de emplearse como supletorias las normas que regulan el contrato de arrendamiento de servicios o el de trabajo, principalmente de personal de alta dirección, según los casos.

Mientras que el órgano de administración, como tal, no tiene, ni puede tener, relación alguna con la sociedad a la que pertenece, porque es parte de ella, los miembros del mismo sí mantienen una relación jurídica, *sui generis*, con la sociedad. Sólo de esta forma se puede entender la existencia de la responsabilidad social de los administradores pues el órgano, considerado como parte de la sociedad, no puede ser responsable frente a aquélla a la que pertenece¹⁹⁴.

En cualquier caso, el contrato que contiene la relación de administración es, como el propio contrato de sociedad, un contrato incompleto, dado que, del mismo modo que ocurre con el contrato de sociedad, a las partes no les compensa establecer una regulación exhaustiva de sus respectivos derechos y deberes, aun conociendo desde el origen la existencia de potenciales conflictos de intereses. Los riesgos que suponen los potenciales conflictos de intereses y el carácter incompleto del contrato que fija la relación de administración entre administradores y sociedad explica y justifica tanto el significado

¹⁹³ BROSETA PONT, M. /MARTINEZ SAINZ, F., *Manual de Derecho Mercantil.*, ed. Tecnos, Madrid, 2019, pp. 288 ss.

¹⁹⁴ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de...*, cit., pp. 85 ss.

como el contenido de la posición fiduciaria que éstos ocupan en las sociedades mercantiles¹⁹⁵.

4. La relación administrador-sociedad como relación fiduciaria.

Una vez examinados los elementos que delimitan y caracterizan la relación jurídica que vincula a los administradores y a la sociedad es posible comprender la posición fiduciaria que los mismos ocupan. Como se ha dicho, el hecho de que los administradores en el ejercicio de su cargo deban atender única y exclusivamente al interés de la sociedad, con exclusión del suyo propio, determina la existencia de una relación fiduciaria¹⁹⁶. Esa relación fiduciaria ha despertado siempre la lógica preocupación del legislador y de la doctrina en el tratamiento jurídico de los llamados costes de agencia¹⁹⁷.

Ahora bien, cuando hablamos de relación fiduciaria hemos de hacerlo con la necesaria prudencia en la medida en que: i) la *fiducia* carece de reconocimiento legal tanto en nuestro Código civil como en ninguno de los grandes códigos civiles europeos del s. XIX¹⁹⁸. Su recepción se ha venido produciendo por la doctrina y jurisprudencia¹⁹⁹. Se ha señalado que la causa de la ausencia de su reconocimiento parte de las dudas que sembró la figura ya en el propio Derecho romano²⁰⁰.

¹⁹⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O., "El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)", en RONCERO SANCHEZ, A (Coord.), *Junta General y consejo de Administración...*, cit., pp. 52 ss.

¹⁹⁶ ABRIANI, N (Dir.), *Derecho Italiano de Sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 296., se señala que "En efecto, es principio común del Derecho de sociedades a nivel internacional, aún con diversos matices, que los administradores desarrollan sus funciones basándose en una relación de naturaleza fiduciaria que los une a la colectividad de los socios a través de la sociedad. Los administradores, en el ámbito del ejercicio de sus funciones, no pueden tener otra guía que el interés de la sociedad. Repugna la idea de que éstos puedan inspirar sus actos en interés propio o de otros sujetos distintos de la colectividad de socios". Asimismo, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., p. 46., señala que: "La característica propia de los deberes de los administradores consiste en que el desempeño del cargo de administrador constituye una función. En efecto, como sabemos, los administradores están obligados a desempeñar el cargo persiguiendo exclusivamente el interés social. Esta característica es la que permite afirmar que el desempeño del cargo de administrador tiene carácter fiduciario, pues las personas que lo ostentan deben desarrollarlo contemplando no su propio interés, sino sólo el interés de la sociedad que administran".

¹⁹⁷ EISENHARDT, K., "Agency theory: An assessment and review", *Ac. Man. Rev.*, núm. 14, 1989, pp. 57 ss., señala que la empresa es una especie de artificio jurídico que sirve como nexo de una serie de interacciones contractuales denominadas relaciones de agencia. La relación de agencia es aquella en la que interactúan los dueños del capital (principal) y los directivos (agentes), en un contrato explícito o implícito por el cual se comprometen en la realización de una actividad de negocio.

¹⁹⁸ Es una excepción relevante la referencia a la fiducia que ha incorporado el nuevo Código civil holandés de 1992 *-Burgerlijk Wetboek-*. Este cuerpo legal niega que las transferencias fiduciarias supongan transmisión de dominio. Cfr. 3:84

¹⁹⁹ En efecto, no existe en nuestro Derecho ningún texto, ni en el Código civil ni en el Código de comercio que se refiera, directa ni indirectamente, al negocio fiduciario. Como señala GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 89, "(...) Nuestra legislación, como en general las legislaciones románicas, se limita a ofrecer a los interesados, de una parte, la normas que regulan la transmisión de la propiedad de las cosas, y de otra, las normas generales de la contratación que obligan al contratante a cumplir lo convenido y a indemnizar, en otro caso". "Tal actitud inhibicionista del legislador ante el negocio fiduciario deja al fiduciante a merced de la buena fe del fiduciario".

²⁰⁰ TOMAS MARTINEZ, G., *Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia*. Universidad de Deusto. Vol 52, nº 1. 2004, pp. 2 ss., sostiene la autora que la falta de reconocimiento "tiene su explicación en la supresión de que fue objeto por parte de la comisión nombrada por Justiniano para la elaboración del Digesto. Dicha comisión entendió que la fiducia debía eliminarse de los textos romanos clásicos que fueron seleccionados al haber desaparecido totalmente de la vida postclásica romana".

ii) las relaciones fiduciarias vienen referidas al vínculo interpersonal que nace como consecuencia de la celebración del negocio fiduciario²⁰¹. Por tanto, la relación fiduciaria acoge una tipología relacional concreta que no puede identificarse con la relación de confianza en sentido amplio²⁰², y iii) en la generalidad de los ordenamientos continentales, donde la ley es la primera y primordial fuente del derecho, la necesidad de tipicidad, de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, impone exhaustivas ordenaciones de suerte que las figuras relacionales con base en la fiducia no son estudiadas desde tal tipología relacional sino desde su ubicación sistemática en los códigos de normas.

No obstante, es la falta de regulación legal de la relación fiduciaria la que ha permitido la elaboración doctrinal y jurisprudencial de la figura. En ese sentido, no cabe hablar de una “fiducia legal” ya que, en la medida en que la fiducia descansa en criterios valorativos y axiomáticos y la ley en proposiciones tasadas de carácter objetivo, deben reputarse como términos antagónicos. Las eventuales contiendas en relación a la fiducia se dirimirán con la aplicación de los principios generales del derecho mientras que, de concurrir un reflejo positivo, bastará la aplicación del precepto legal²⁰³.

Ha sido en el marco de la organización jurídica angloamericana *-common law-* donde la relación fiduciaria ha sido objeto de especial tratamiento para explicar la naturaleza jurídica de la relación que une al administrador con la sociedad. No obstante las significativas diferencias entre el Derecho continental *-civil law-* y el Derecho anglosajón *-common law-*, especialmente en relación a las formas de manifestación externa del

²⁰¹ La cuestión dista de ser pacífica. Parte de la doctrina ha venido considerando que, dentro del negocio fiduciario de garantía integrado por el negocio real y el obligacional, la relación fiduciaria cubre un estadio propio que es aquél en el que el deudor, una vez le ha sido abonado la integridad del débito, mantiene en su poder la cosa cuya titularidad ha sido transmitida en garantía del pago de la deuda y no tiene, por tanto, mayor interés económico viniendo obligado a la restitución de lo entregado en garantía. Se aprecia que, en dicho momento, sólo queda por cumplir por el acreedor el pacto fiduciario o pacto de retransmisión de la cosa entregada cuando el deudor haya satisfecho su deuda. Así se pronuncia ASSFALG, D., *Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders: Rechtsvergleichende Studie zur Grenzbereinigung zwischen Schuld- und Treuhänderverhältnis*, ed. Mohr, Tübinga, 1960, p. 151 y p. 163 ss., cuando señala que la relación fiduciaria existe “cuando el propietario de una cosa (o el titular de un derecho) ya no tiene un interés económico en la misma, sino que ha de administrarla en interés de otro sujeto de derecho que puede estimarla justamente como suya antes de que se le transmita en título de propiedad”. Por su parte PUIG BRUTAU, J., “La relación fiduciaria”, en (PUIG BRUTAU, J -Dir.), *Medio siglo de estudios jurídicos*, (Biblioteca jurídica Cuatrecasas) ed. Tirant lo Blanch. 1997, p. 401., sostiene que “...la relación de crédito a deuda se elevará a relación fiduciaria cuando el deudor de una cosa específica y determinada aún no entregada no tenga más interés legítimo que el de recibir la contraprestación que proceda, por cuya razón está sujeto a la obligación, convencional o legal, de administrarla y conservarla en interés de la otra parte”.

²⁰² Con rigor, no puede identificarse relación de confianza con relación fiduciaria ya que, como señala PUIG BRUTAU, J., en la referida obra “La relación...”, cit., p. 399., “Conviene preguntar por qué llamamos fiduciaria a la relación que media entre dos sujetos de derecho en el caso que nuestra doctrina y jurisprudencia considera más indudable, el de adquirir por compra el acreedor un objeto del patrimonio del deudor con el pacto de que se procederá a la retransmisión cuando el último haya satisfecho su deuda”. Se desprende pues, que la construcción del negocio fiduciario como categoría autónoma cuando sus efectos pueden obtenerse a través de otros recursos que el ordenamiento pone a nuestra disposición parecen pretender dotar a dicho negocio de individualidad propia.

²⁰³ GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., pp. 98 ss., subraya que “la fiducia legal se aleja del negocio fiduciario en la medida que «los derechos y obligaciones del transmitente (*Setlor*), del accipiens (*trustee*) y del beneficiario (*cestui que trust*) están regulados por ley (...) No hay negocio fiduciario allí donde el abuso de la ajena confianza esté previsto y sancionado por la ley (...) Cuando la confianza no descansa en la buena fe de otro, sino en la tutela de la ley, la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico”.

derecho positivo, cabe advertir similitudes relevantes entre la relación fiduciaria y de gestión del administrador con la sociedad y la *fiduciary relationship*²⁰⁴.

A tales efectos, en el examen de la relación fiduciaria, trataremos de adoptar una visión global distinguiendo entre la acepción tradicional en el Derecho continental -de raíz romanista si bien con especialidades en el Derecho germano- y la acepción anglosajona de la relación fiduciaria.

4.1. La relación fiduciaria en la tradición jurídica continental -civil law-.

En la tradición jurídica continental, de base romanista, la denominada relación fiduciaria no alcanza verdadera autonomía sistemática sino que es el medio para explicar el fundamento del denominado negocio fiduciario²⁰⁵ que surge como consecuencia de la

²⁰⁴ Ante la imposibilidad de transportar esquemáticamente de un país a otro, instituciones que responden a una tradición histórica y a una mentalidad, por esencia intransferibles, la acepción anglosajona de la relación fiduciaria muestra un carácter omnicomprendivo y un posicionamiento en la génesis del vínculo obligatorio huérfano aún de elaboración jurídica. Aun lo señalado, como veremos, significativas asimetrías conceptuales –tales como la disociación de los conceptos poder y propiedad en que se fundamenta la propia estructura del *trust*- impiden toda “traslación en bloque” de figuras jurídicas. Muy ilustrativo, al efecto, resulta RABASA, O., *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. Ed. F.E. México. 1944, p. 298 cuando escribe que “El *trust* o fideicomiso angloamericano solo puede existir, en su forma auténtica, en donde está vigente el sistema dual de derecho y de dos especies de dominio y de propietarios, peculiar de la organización jurídica angloamericana denominada *Common Law*, de ahí proviene que los esfuerzos que se han hecho en otros países de régimen jurídico romano para importar aquella figura, resultan frustrados pues la institución que se establece, sino es un producto híbrido, adquiere la forma de un acto jurídico desvirtuado y completamente distinto del modelo que se quiso adoptar. Desde luego, se desnaturaliza la esencia misma del fideicomiso anglosajón cuando, en lugar de instituirlo con sus elementos propios de ‘acto traslativo de dominio’, se le da el contenido del ‘mandato’.

²⁰⁵ Se suele afirmar que el concepto de negocio fiduciario es una creación doctrinal del Pandectismo alemán surgido en la Alemania del s. XIX. Tal y como hoy se concibe es obra de REGELSBERGER quien, partiendo de la categoría de negocios ocultos de que habla KOHLER, los caracteriza por encubrir “una finalidad de garantía mediante una aparente transmisión”. La construcción de REGELSBERGER que aparece en su obra “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession” en AA.VV., *Archiv für die civilistische Praxis*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880, pasará a nuestra doctrina y jurisprudencia. La concepción moderna del negocio fiduciario no es, ni mucho menos, pacífica. De las diversas acepciones destacan, principalmente, dos. Una de corte romanista y otra, de construcción germana. Para la posición romanista el negocio fiduciario es un negocio mixto que acoge una estructura negocial dual: el negocio real positivo de transferencia y el negocio obligacional negativo o *pactum fiduciae*. Ese doble contenido negocial y su doble efecto -teoría del doble efecto- de transmisión real y de un pacto que impone ciertas obligaciones al accipiens, ha sido la adoptada en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales (entre muchas otras, STS de 8 de febrero de 2002, de 5 de diciembre de 2001, de 4 de julio de 1998, de 3 de febrero de 1995, de 5 de abril de 1993, de 6 de julio de 1992, de 30 de enero de 1991, de 8 de marzo de 1988, de 20 de mayo de 1986). Así, la STS de 24 de marzo de 2004 sostiene que “...El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquél convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz “erga omnes”, y otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado”. Un ejemplo lo constituye la actuación de quien realiza una venta para garantizar al prestamista la devolución de lo prestado de suerte que, una vez abonado el préstamo, el prestamista deviene obligado a la restitución -negocio obligacional-. El fiduciante, en garantía del pago del préstamo, se desprende de la titularidad lo cual provoca una desproporción entre el fin económico -finalidad de garantía- y el medio jurídico empleado -transmisión de la titularidad-. Se da, por tanto, carta de naturaleza a la construcción de un negocio sobre una causa irreal que muestra una voluntad fingida necesaria para la consecución del negocio. La construcción germana, sobre la base de la “*Treuhand*”, -como sostiene SCHULTZE., “*Treuhänder im geltendem bürgerl. Recht*”, en *Jher, Jahrb*, 1901, p. 6-, viene a dotar de singularidad a la titularidad derivada de la transmisión fiduciaria entendiéndose que el negocio fiduciario atribuye al fiduciario una propiedad meramente formal o una simple titularidad fiduciaria. Como señala DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 421., esta teoría, desgaja

insuficiencia de las formas de contratación típicas para dar respuesta a las necesidades relacionales del tráfico jurídico²⁰⁶. El negocio fiduciario permitirá dar respuesta a aquellas situaciones donde, respetando el tipo legal, se pretende alcanzar, a través de él, finalidades diversas a las que previó el legislador²⁰⁷. La doctrina y la jurisprudencia viene calificando tales negocios como “negocios aparentes”, “negocios imaginarios” o “negocios indirectos”²⁰⁸. No se trata de contratos -absolutamente- simulados²⁰⁹, sino de contratos

el dominio en una propiedad formal y otra material de modo que el fiduciario no es dueño material, pleno y absoluto erga omnes sino un “propietario formal” que no goza de los bienes sino que sólo tiene las facultades para disponer de ellos “en nombre propio”, pero “en interés ajeno” a fin de pagar las deudas. Cabe señalar que la recepción en España de esta teoría de la titularidad formal o fiduciaria se debe a Don JERÓNIMO GONZÁLEZ que trata de separarse de la titularidad perfecta y definitiva por la que aboga la teoría del doble efecto señalando la finalidad fiduciaria de la transmisión considerando una suerte de “facultad del dominio” de la que puede desprenderse el propietario manteniendo materialmente dicho dominio. Así, se señala en TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia”, *Estudios de Deusto*, vol. 52, 2014, p. 296, que el referido jurista recepciona la doctrina fiduciaria señalando que su encaje en nuestro derecho impone entenderla como que “el adjudicatario (fiduciario) no es dueño material, pleno y absoluto, erga omnes, sino un «propietario formal», que no goza de los bienes sino que sólo tiene las facultades para disponer de ellos «en nombre propio», pero «en interés ajeno» a fin de pagar las deudas. Se disloca así su posición frente a terceros y frente a los adjudicantes, porque el propósito es sólo el de vender y pagar”.

²⁰⁶ VON IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano*, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2005, p. 241, recuerda que la insuficiencia y rigidez de las formas contractuales para dar respuesta a la realidad del tráfico aparece ya en el Derecho romano “donde ocupaban un lugar preferente la *mancipatio*, la *in iure cesio* y la *stipulatio* y que la idea que domina en cada uno de estos tres actos es la del acto aparente”. Las ideas de Ihering sobre los negocios aparentes fueron recogidas y completadas por RABEL en su estudio sobre los negocios figurados “Nachgeformte Rechtsgeschäfte”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 27 p. 290 y p. 311. Los trabajos de los dos citados romanistas sirvieron de base a la doctrina del negocio indirecto que, formulada primero por KÖHLER, J., “Studien über Mentalreservation und simulation”, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, (Iheringsche Jahrbücher)*, ed. Bd . 16, 1978., pasó a Italia de la mano de ASCARELLI, T., “Il negozio indiretto e le società commerciali”. *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931.

²⁰⁷ GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 11., recuerda que “la insuficiencia de los repertorios legales de contratos es un fenómeno permanente lo largo de la historia, desde el antiguo Derecho romano, rígido y formalista, hasta el Derecho moderno, inspirado en el principio de libertad de elección de forma. Al amparo de este principio los contratantes se separan muchas veces de los tipos legales, sea para crear nuevas figuras desconocidas por el legislador (contratos innominados), sea para combinar esos tipos entre sí (contratos mixtos)”.

²⁰⁸ Como señala la SAP de Baleares de 11.10.2.012 “El negocio fiduciario es una figura definida por la Doctrina y Jurisprudencia, a falta de una expresa regulación legal, como consistente en la atribución que uno de los intervinientes (fiduciante) realiza a favor del otro (fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido según la finalidad convenida (pacto de fiducia), con la obligación del adquirente de retransmitir la cosa o derecho al enajenante o a un tercero, una vez cumplida dicha finalidad: se trata de un negocio basado en la “confianza” o fiducia, caracterizado por la divergencia entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza, de tal modo que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico que ponen en juego”.

²⁰⁹ MARTIN LEON, A., “Negocios fiduciarios y usucapión”. *ADC*, tomo XVI, 2013, p. 1210, sostiene que “la validez y eficacia del negocio fiduciario se debe encuadrar dentro del régimen general de la simulación relativa, pues todo negocio fiduciario es simulado relativamente: se realiza en apariencia un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto: las partes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo la apariencia de otro diverso, de modo que su auténtica naturaleza permanece oculta, se sustrae al conocimiento de terceros. Bajo la –falsa– apariencia de una compraventa (contrato simulado) existe un negocio realmente querido (contrato disimulado de garantía) al que se le debe reconocer eficacia inter partes: el negocio disimulado vale entre las partes porque es el realmente querido por ellas: el pacto de limitación del alcance de la transmisión a los solos fines de garantía opera entre fiduciante y fiduciario, pero no perjudica a los terceros que de buena fe tuvieron por real al contrato simulado. En consecuencia, la no oponibilidad del pacto fiduciario, en cuanto que mero acuerdo simulatorio, a los terceros gozaría de un claro fundamento legal en los arts. 1219 y 1230 del CC”. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha intentado distinguir fiducia y simulación relativa sobre la base de que, aunque en las dos figuras existen

reales efectivamente queridos por los contratantes, aunque para fines distintos de los típicos²¹⁰.

Cabe señalar que el negocio fiduciario plantea especiales problemas en los ordenamientos causalistas, como el español o el italiano que, a diferencia de la estructura negocial germana que admite la abstracción causal, imponen el fin, motivación o verdadero propósito negocial como elemento esencial para su validez. Según la posición romanista, el negocio real en garantía de una obligación transmite la propiedad plena y definitiva no obstante carece de virtualidad traslativa *inter partes*²¹¹.

Ahora bien, en sentido amplio, ¿qué se entiende por negocio fiduciario o negocio basado en la confianza? Desde una acepción literal y amplia de la fiducia -esto es, asimilada a

dos negocios, en la fiducia, tanto el negocio real traslativo como el negocio obligatorio son válidos, mientras que en la simulación relativa, el negocio simulado es siempre ineficaz, pudiendo en su caso ser válido el negocio disimulado (STS 23.9.2002). Con mejor criterio, la STS 14.3.2002 señala que nada obsta a que la venta en garantía “pueda ser considerada existente y válida como negocio disimulado (art. 1276 CC), encubierto bajo otro negocio aparente carente de causa o con causa falsa, y por ello nulo, o mejor, inexistente (“*nullum vero substantiam*”), con lo que se produce una hipótesis de simulación relativa», por lo que, concluye, la venta en garantía es «verdadera y válida (al menos en la relación “*inter partes*”)». La eficacia del negocio fiduciario dependerá de la voluntad de las partes manifestada en el pacto fiduciario, pacto interno, oculto a terceros, en el que los otorgantes establecen cuál es su verdadera voluntad, cuáles son los efectos realmente pretendidos. El pacto fiduciario tiene un doble contenido: por un lado, negativo (destruye la apariencia de validez y veracidad del negocio simulado): por otro, positivo (a través de él se fija la naturaleza del negocio disimulado)”.

²¹⁰ La orientación doctrinal más consolidada a día de hoy es aquella que considera a los negocios fiduciarios como una subespecie de los llamados negocios anómalos. La fiducia sería una anomalía negocial (en concreto, una anomalía causal), encuadrada junto a otras anomalías más o menos cercanas (negocios simulados, indirectos y en fraude de ley). Así el Tribunal Supremo ha empleado la expresión «convenio anómalo» para caracterizar al negocio fiduciario (STS 16.11.1999, STS 7.6.2002, STS 31.10.2003, STS 30.3.2004 y STS 26.7.2004), o ha señalado que produce una «situación anómala» (STS 2.7.1982).

²¹¹ En efecto, la tendencia general de la jurisprudencia ha sido la de considerar válida y eficaz la venta en los negocios fiduciarios -señaladamente en la fiducia *cum creditore*-. No obstante, debemos advertir que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, ese reconocimiento jurisprudencial de la validez y eficacia del negocio fiduciario ha tenido lugar en litigios planteados entre el fiduciante y el fiduciario, es decir, en la relación entre las partes que lo otorgan. La opinión de DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 431., señala que “no existe ningún obstáculo que se opusiera «a la validez “*inter partes*” de la venta en garantía”, ha sido seguida muy de cerca por el Tribunal Supremo, que ha declarado que la titularidad fiduciaria ha de desplegar eficacia entre las partes conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante la obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, pues en tanto no se produzca el cumplimiento de la deuda garantizada, el fiduciario dispondrá de un *ius retinendi* sobre la cosa dada en fiducia (Así, la STS 14.2.1996 insiste en la idea de que la titularidad formal o fiduciaria desplegará su «eficacia entre las partes», en tanto el fiduciante no acredite haber abonado en su integridad la deuda. Otras resoluciones se pronuncian de igual forma como la STS 21.3.1969, STS 2.6.1982, STS 6.4.1987, STS 8.3.1988, STS 7.3.1990 y STS 30.1.1991). La tesis que parece imperar todavía en nuestro país es la de la validez del negocio fiduciario *cum creditore*, si bien provisto de una «limitada eficacia real», que no equivale a una auténtica transmisión del dominio entre las partes, sino a la creación de una mera titularidad formal o fiduciaria. Por consiguiente, cabría concluir en que el pacto interno fiduciario sólo es eficaz *inter partes*, no es oponible a los terceros. Así, el Tribunal Supremo, en STS 12.2.1988 y 17.9.2003, ha declarado que “la apariencia jurídica que genera el negocio fiduciario sirve para proteger a los terceros acreedores que embargan los bienes transmitidos, por deudas del fiduciario, frente a la tercería de dominio del fiduciante, basándose en la inoponibilidad frente a terceros del documento privado que contiene el pacto fiduciario por el que se limita el alcance transmisivo de la escritura pública a los simples efectos de garantía de una deuda preexistente”. No obstante, debemos señalar que, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha admitido que los efectos propios del *ius retinendi* no se limitan a las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario, sino que son oponibles a terceros. En este sentido, la STS 26.7.2004 reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre la cosa oponible frente a otros acreedores del fiduciante-deudor en un supuesto de suspensión de pagos de éste.

confianza-, por negocio fiduciario hemos de entender aquél negocio fundado en la confianza que nos inspira otra persona. Ahora bien, la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones. En ese sentido, cabría decir que todo el Derecho de obligaciones está dominado por la idea de la confianza en el deudor²¹².

La relación de confianza adquiere un rango superior en aquellos negocios en los que la desconfianza o la conducta desleal, aunque no llegue a ser antijurídica, se eleva a motivo de resolución del contrato. Es el caso de los negocios llamados *intuitu personae* entre los que se cuentan el mandato civil, la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles, la sociedad colectiva, etc²¹³.

Pues bien, en este concepto tan amplio y omnicomprendivo serían negocios fiduciarios todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad sobre alguien en quien se deposita confianza. Y en esa acepción amplísima podemos encontrar una pluralidad de relaciones jurídicas entre las que se encuentra la relación administrador-sociedad.

No obstante, esa acepción amplia, omnicomprendiva y etiológica de la relación fiduciaria no es la que ha acogido nuestra tradición jurídica donde la relación fiduciaria constituye el vínculo intersubjetivo consecuente a la celebración de una singular tipología negocial -el negocio fiduciario- que, con carácter general, puede definirse como aquél negocio autónomo de garantía que propone una transmisión de un objeto del patrimonio del deudor al acreedor con el pacto de que se procederá a la retransmisión de aquel objeto por el acreedor, cuando el deudor haya satisfecho su obligación²¹⁴.

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre la relación fiduciaria así concebida y que consiste sencillamente en confiar a otros nuestros intereses, y los negocios fiduciarios tal y como son concebidos en nuestra tradición jurídica? En nuestra tradición no cabe hablar de la relación fiduciaria más que para describir al vínculo obligatorio creado por el negocio fiduciario²¹⁵. Consecuente es pues que en la construcción de la relación fiduciaria, de carácter formal y rígida, derivada del negocio homónimo, no encuentra encaje la relación administrador-sociedad, bien por su falta de tipicidad, bien por la especificidad de la naturaleza sincrética de ésta (contractual y orgánica), bien por su absoluta asimetría conceptual en los términos descritos.

Derivado de cuanto antecede si, como se ha señalado, la relación fiduciaria se concibe como el vínculo relacional *inter partes* consecuente a la existencia de un cruce de declaraciones de voluntad privadas configuradoras del negocio fiduciario, hemos de

²¹² CARNELUTTI., “Appunti sulle obbligazioni”, *Riv. Dir. Comm.*, vol I, 1915, p. 529.

²¹³ GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 18.

²¹⁴ PUIG BRUTAU, J., “La relación...”, cit., p. 399. Por su parte, GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 19 define el negocio fiduciario como como “un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley la cual concede, al que confía a otro sus intereses, los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la propia ley que es la que impone expresamente un deber de lealtad al mandatario, comisionista, al socio colectivo, etc., y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad”.

²¹⁵ En el sentido apuntado por PUIG BRUTAU, J., “La relación...”, cit, p. 399., de que siendo que los efectos pretendidos por el negocio fiduciario se pueden obtener a través de otras figuras jurídicas, el referido negocio fiduciario, a pesar de su cuestionable solidez negocial causal, se ha mantenido como categoría autónoma sin que esa autonomía concorra en la relación fiduciaria al margen del negocio de idéntica nomenclatura.

concluir que, con rigor terminológico, la relación de la que hablamos para describir la relación administrador-sociedad no es la relación fiduciaria derivada de aquél negocio sino, en sentido amplio, la relación de confianza.

En el referido escenario, la calificación como “fiduciaria” de la relación y los deberes del administrador para con la sociedad no es, desde una rigurosa acepción jurídica, idónea pues desatiende y desoye el escenario negocial al que pertenece y se redimensiona deconstruyéndose y ampliando su sentido a un cuerpo relacional de menor grado de elaboración jurídica, cual es la relación de confianza, con la que no guarda perfecta simetría conceptual²¹⁶.

Pues bien, la relación de confianza, es ese sentido amplio, no ha sido objeto de especial tratamiento ni de desarrollo por la doctrina española. En primer lugar porque la confianza aporta un elemento más al valorar su naturaleza -que puede ser determinante para la resolución, como se ha apuntado, en los negocios llamado *intuitu personae*-, pero no es un elemento requerido para la validez del vínculo obligatorio lo cual dependerá de la concurrencia de los elementos esenciales, esto es, consentimiento, objeto y causa conforme al art. 1.261 CC. En segundo lugar porque la relación de confianza no ha sido objeto de tratamiento autónomo sino que las figuras negociales con base en la confianza -mandato, comisión mercantil, agencia, etc...-, se estudian desde su ubicación sistemática en sede de contratos, abordándose en dicho marco, su naturaleza y sus elementos personales, reales y formales.

De lo explicitado se infiere que la acepción de la relación administrador-sociedad como relación fiduciaria responde al sentido extensivo del término “fiducia” o confianza, esto es, identificando “relación fiduciaria” con “relación de confianza”²¹⁷- y no, estrictamente, al vínculo interpersonal derivado de la concurrencia del negocio fiduciario²¹⁸. La relación de confianza, de amplísima extensión, vendría delimitada, simplemente, por descansar en la confianza que nos inspira otra persona y su contenido vendría delimitado por el más amplio principio de la buena fe y su proyección al ámbito propio de las relaciones de gestión, esto es el deber de lealtad²¹⁹.

²¹⁶ En tal sentido distingue GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 20 distingue entre los negocios de confianza y los negocios fiduciarios.

²¹⁷ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 86., que “La relación de confianza suele denominarse impropriamente relación fiduciaria”. No obstante, obviando la asimetría entre la acepción terminológica y la jurídica, se ha venido asimilando a la relación fiduciaria con la relación de confianza siendo, en rigor, aquélla subespecie de ésta.

²¹⁸ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la «business judgment rule» al ordenamiento español*, Ed. Civitas, Pamplona, 2014, pp. 89 ss., “...entendemos que las relaciones fiduciarias son, por definición, aquéllas basadas en la confianza entre los sujetos intervinientes...”. “Esto es así en tanto que el término “fiducia” procede del latín *fides* que significa “fe”, “confianza”, “lealtad”. Por lo tanto, una verdadera relación fiduciaria se fundamenta sobre la confianza depositada en la contraparte. En consecuencia, la relación administrador-sociedad se trata de una relación fiduciaria, entendida como relación de confianza depositada en unos sujetos a los que se encomienda la gestión y representación persiguiendo únicamente los intereses de la sociedad”.

²¹⁹ Las relaciones de confianza agrupan un amplio conjunto de figuras, entre las cuales destacan aquellas con prestaciones de hacer en interés de otro: el mandato, la comisión o la agencia, el depósito o la sociedad personalista. Resultan, al respecto, interesantes las afirmaciones doctrinales que destacan la confianza respecto de los singulares contratos. Sobre el mandato, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, vol. III.1º. 1963, pp. 542 ss; id., *Negocios fiduciarios...P*”; LACRUZ BERDEJO, J.L (Dir.), *Elementos de Derecho civil*, ed. Dykinson, vol. II.2º. Madrid, 2010, p. 226; PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 29. Sobre la

4.2. La relación fiduciaria en el Derecho anglosajón -common Law-²²⁰: la *fiduciary relationship*.

Si bien hemos señalado que es en el Derecho anglosajón -o *common law*- donde la denominada relación fiduciaria ha alcanzado un mayor grado de elaboración jurídica²²¹, no está exento de controversia la delimitación de los elementos propios de la *fiduciary relationship* ya que, en el desarrollo jurisprudencial de la figura, su carácter genérico y la elasticidad y dinamismo en su evolución impiden abordar un concepto claro que delimite, con precisión, sus contornos²²².

El análisis de las reglas jurídicas que regulan la *fiduciary relationship* viene siendo objeto de tratamiento por el *Common Law* desde hace más de 300 años²²³. El proceso judicial

comisión, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 542; id; *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 97. Sobre el factor mercantil, SANCHEZ CALERO, F y GUILARTE SANCHEZ-CALERO, J., *Instituciones de Derecho...*, cit., pp. 208 ss. Sobre las sociedades personalistas, PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación...*, cit., p. 29. Sobre el contrato de depósito, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 542; id; *Negocios fiduciarios...*, cit., p. 97.

²²⁰ Cabe hacer una somera referencia las diferencias entre nuestro modelo jurídico continental y el anglosajón o *Common Law*. El *Common Law* es el sistema jurídico heredero del que se aplicó en la Inglaterra medieval y que hoy en día se utiliza en la mayoría de territorios que recibieron la influencia colonial británica. Se caracteriza por un tradicional desapego a las formulaciones legales dando preponderancia a la jurisprudencia como fuente del derecho. El sistema descansa en el análisis de las sentencias judiciales por parte de tribunales del mismo rango o superiores, además de la interpretación de las leyes que hacen los propios tribunales. Si bien concurren asimismo normas legales, éstas destacan por su formulación genérica y ambigua, precisadas de una interpretación por los tribunales de justicia que delimite su verdadero concepto, extensión y límites. En contraposición al modelo anglosajón encontramos a nuestro modelo continental cuya principal fuente del derecho es la ley –si bien la costumbre, en defecto de ley, y los principios generales del derecho, en defecto de ley y costumbre, completan el sistema de fuentes, art. 1 Cc-. En nuestro modelo, menos flexible y estrechamente comprometido con la necesidad de otorgar seguridad jurídica, -esto es, previsibilidad de actuación o conocimiento previo de las reglas disciplinadoras de conductas-, se aboga por la taxatividad como modelo de ordenación y por el sometimiento exclusivo de los tribunales al imperio de la ley, siendo la arbitrariedad del juzgador y su capacidad interpretativa, mucho más restringida y limitada. Los estudios comparativos entre ambos modelos indican, no obstante, que a pesar de las enormes diferencias en cuanto a las formas de producción jurídica, las soluciones a los temas concretos a los que se llegan con cada modelo acaban siendo muy similares pues se comparte el fondo de valores superiores como la libertad, la igualdad y la justicia sin que, en términos generales, pueda darse en ninguno de los dos modelos, resoluciones que contradigan aquellos valores.

²²¹ VINTER E., *A Treatise on the History and Law of the fiduciary relationship*, ed. Stevens, 2nd edition, 1938, trataba las relaciones de confianza haciendo acopio de toda una serie de *cases* donde, dentro de tal relación fiduciaria albergaba relaciones como las del consejero espiritual y el creyente, las del abogado y cliente, las de doctor y paciente, tutor y pupilo, marido y su mujer, padre e hijo u otra persona *in loco parentis*.

²²² Case *LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, de 1989 donde se señala que “existen pocos conceptos legales más frecuentemente invocados pero menos conceptualmente seguros que el de la relación fiduciaria, en la medida en que no aparecen con claridad los principios sobre los cuales se basa y, además, se trataría de un concepto en continua expansión y, en consecuencia, de difícil delimitación teórica. En idéntico sentido señala DE MOTT, D., *Beyond metaphor: An analysis of fiduciary obligation*, en DUKE L.J., 1988, p. 879., que “el de obligación fiduciaria es uno de los conceptos más esquivos del derecho anglosajón”.

²²³ El concepto de “*fiduciary relationship*” tiene su origen en el *Common law* británico hace ya algo más de tres siglos cuando en 1698 una Corte Inglesa se refirió a una especie de relación fiduciaria existente entre amo y sirvo, llamada entonces “*Master-servant relationship*”. CASTRO DE CIFUENTES, M., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, *RDP*, n° 1, 1986, p123-141. Cabe advertir, sin embargo que, como señala FRANKEL, T., “*Fiduciary Law*”, *Oxford University Press*, New York, 2011, pp. 79 y ss., las raíces del Derecho fiduciario son mucho más antiguas. En efecto, FRANKEL, al remontar su análisis a los

que dio comienzo al tratamiento de la cuestión fue el denominado *Rumford Market case*, acaecido en Reino Unido en 1726, en el que se juzgó el caso en que un *trustee* aprovechó para sí una oportunidad de negocio del *trust* que administraba y en el que el tribunal terminó estableciendo, como regla general, que cuando una persona se encuentra en posición fiduciaria frente a un principal, en todo caso, debe adjudicar la ganancia al *trust*, esto es, al beneficiario o principal²²⁴.

Con la evolución jurisprudencial, la *fiduciary relationship* se calificó como una doctrina de equidad consistente en que ninguna persona debe sacar provecho de dicha relación para obtener una ganancia u otro beneficio a favor de sí misma²²⁵. A tal efecto, la *fiduciary relationship* pasó a utilizarse para abarcar todo el conjunto de relaciones con ciertas características comunes tales como las de *trustee-beneficiary* (fiduciario-beneficiario en el ámbito del *trust*²²⁶ -fideicomiso-), *agent-principal* (en el marco de las denominadas relaciones de agencia) y la del *director-corporation* (administrador-sociedad) en la que los deberes fiduciarios se derivarían del poder atribuido a los administradores para controlar, gestionar y dirigir discrecionalmente la empresa societaria²²⁷. En todas ellas, un beneficiario “confiaría” a un fiduciario el control y/o la administración de un bien o interés.

Sin embargo, cada una de aquellas relaciones gozaría de características particulares que determinarían diferencias en el alcance de las obligaciones fiduciarias de ahí que se trató asimismo de individualizar las diversas *fiduciaries relationships* para, a partir de ellas, lograr establecer el marco regulatorio común de cada una. Así, por ejemplo, se ha señalado que el nivel de riesgo que se entiende razonable asumir por parte de los

últimos 3000 años, encuentra relaciones fiduciarias en las Leyes de Hammurabi, en el Derecho Romano, en las leyes islámicas y en los escritos jurídicos de la Edad Media, entre otros. Sin perjuicio de las evidentes diferencias de las diversas épocas históricas, en todas ellas habrían surgido las mismas necesidades y el Derecho, en cada momento, habría ofrecido similares directrices y objetivos.

²²⁴ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 165 ss., “(...) Cabe asimismo señalar que la doctrina de los *fiduciary duties* procede de las reglas del *trust* siendo el término *fiduciary* inicialmente aplicado a los deberes impuestos al *trustee*. En ese sentido, hay que señalar que en el Reino Unido su génesis está unida a la comprensión de los directores como *trustees* y en EEUU su origen se remonta a la “*law of fiduciary obligations, originating in equity*”. La relación fiduciaria del *trust* es pues, el modelo sobre el que se han construido, por extensión analógica, la *fiduciary relationship* en el *Common-law*. Asimismo se ha anudado su origen a la *agency relationship* que es aquella en virtud de la cual las partes acuerdan que una de ellas, el *agent*, se obliga a actuar en representación y con sujeción al control de la otra, esto es el principal”.

²²⁵ El tema ha sido asimismo tratado por la doctrina alemana, así RUMPF, M., *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgefchäfte* en ” en AA.VV., *Archiv für die civilistische Praxis*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880, pp. 1 ss., define los negocios con base en la confianza como “aquellos negocios o contratos en los cuales entran los contratantes, sobre la base de la confianza, en una relación personal íntima que generalmente tiene alguna duración”

²²⁶ GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el *business judgment rule*”, RdS, n° 37, 2011-2012, p. 310. “Es en el derecho fiduciario (*trust law*) que los tribunales de equidad terminan de extender, en los siglos XVIII y XIX, los deberes fiduciarios de los fideicomisarios (*-trustees-*) a los administradores sociales. Es así que los deberes de lealtad y diligencia son determinados y se van desarrollando judicialmente «en equidad».

²²⁷ HAMILTON, R., *The law of corporations in a nutshell*, ed. West Academic Press; Edición: 6th Revised edition, Minnesota, 2010., p. 444; SCOTT, E / CHEN, B., “Fiduciary Principles in Family Law”, Colum. LR, Oxford University Press, Paper No. 14-577. 2019, p. 541, quien agrega que algunas de las relaciones fiduciarias serían más intensas que otras, dependiendo del grado de independencia o discrecionalidad en la actuación.

administradores es, en general, superior al que se espera de los *trustees*, por lo que los estándares de conducta aplicables a unos y otros no pueden ser los mismos²²⁸.

Por otro lado, los administradores tampoco pueden ser considerados “*agents*”, principalmente porque mientras que éste debe seguir estrictamente las instrucciones del principal y puede ser destituido en cualquier momento de forma expeditiva, los administradores gozarían de una significativa discrecionalidad en la gestión de la sociedad y su proceso de destitución sería, en general, lento y oneroso.

La *fiduciary relationship* se define en términos muy amplios pues se concibe como aquella relación en virtud de la cual una persona, sobre la que se deposita confianza – *fides*-, se compromete a realizar determinada conducta en beneficio de otro, con exclusión de los intereses propios²²⁹. La *fides* o confianza depositada en quien se va a mover por un beneficio ajeno constituye el elemento determinante y configurador de suerte que, más que como tipología singular de relación jurídica *stricto sensu* debe apreciarse su virtud en constituir el elemento ontológico que determina su naturaleza y delimita sus contornos²³⁰.

Las infracciones de los deberes fiduciarios quebrantando aquella *fides* constituyen un plus de antijuridicidad por la destrucción de la resiliencia de quien ve traicionada su confianza. En este sentido, tradicionalmente se ha entendido que habría *fiduciary relationship* siempre que, por un lado, se deposite confianza en alguien y, por otro, se origine una posición dominante del fiduciario (capacidad de afectar la posición del principal), como consecuencia de la confianza depositada²³¹.

Pues bien, la doctrina más reciente²³² es crítica con esa acepción amplia, axiomática u ontológica de la relación fiduciaria y propugna que: i) el concepto de relación fiduciaria

²²⁸ GOWER, L.C.B., *Principles of modern company Law*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1992, pp. 550 ss., sostiene que el deber de lealtad del administrador sería análogo al deber del *trustee* en sentido estricto, mientras que el deber de diligencia (*care*) diferiría esencialmente del *trustee* tradicional. Por su parte, MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, cit., pp.106 ss., señala que en la administración de la sociedad no se da la transmisión de la propiedad como en el *trust* y que la confianza en el administrador no descansaría por completo en la buena fe como en el *trust* sino en la ley.

²²⁹ FINN, P., *Fiduciary Obligations*, cit., p. 201 define al fiduciario como “aquel que se compromete a actuar en representación de otro”. Asimismo, señala este autor en *Fiduciary Law and the Modern Commercial World*, ed. McKendrick, Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations, Oxford University Press, 1992, que “...una persona será un fiduciario en su relación con otra cuando y en la medida en que la otra parte está legitimada a esperar que actuará en su interés con exclusión de sus propios intereses....La idea central consiste en servir a los intereses de otros". En todo caso no existe un cuerpo doctrinal consolidado en un derecho anglosajón tendente al pragmatismo y al casuismo y a evitar definiciones “encorsetantes” que se reputan como obstáculos para el desarrollo de la institución de que se trate.

²³⁰ Obsérvese la omisión a toda relación típica -a diferencia de la exigida tipicidad impuesta por nuestra tradición jurídica-, de ahí que la “*fiduciariedad*”, como carácter de un vínculo relacional, sea susceptible de hacerse extensiva a una enorme pluralidad de supuestos, v.gr., tutor-pupilo, médico-paciente, padre-hijo, y un largo etc.

²³¹ GUERRA MARTÍN, G. J., “El gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo”, *RdS*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 43 ss.

²³² RIBSTEIN, L.E., “Fencing and Fiduciary Duties” *Boston Univ. LR*, vol. 91, núm. 857, 2011. En su obra, RIBSTEIN contradice los postulados de FRANKEL y, señaladamente en relación a la exclusión del deber de diligencia como deber fiduciario es interesante su visión que describe de la manera siguiente: “*Fiduciaries commonly have a duty of care. However, this is not a fiduciary duty, which as described above is a duty of unselfishness. As discussed above, a fiduciary duty substitutes relinquishing gain for submitting to judicial evaluation of services rendered. The duty of care is generally an implied term concerning the manner of a contract’s performance for professional services or agency relationships. Although these*

debe quedar limitado, rechazando concepciones amplias y omnicomprensivas, a aquellos supuestos en que se impone a alguien un deber de lealtad porque la contraparte le ha atribuido la facultad de gestión de sus bienes y no le ha establecido límites y directrices de conducta concreta; ii) las obligaciones fiduciarias deben conciliarse en el marco de un contrato, es decir, solo hay una forma de constituirse en fiduciario y es por vía contractual. El hecho de que los deberes fiduciarios se pongan de manifiesto en supuestos de incumplimiento en lugar de por acuerdo explícito, no debe separarlos del ámbito contractual, iii) debe rechazarse la relación entre fiducia y buena fe que tiene más de deber individualizado que de fundamento interpretativo de la relación contractual, iv) asimismo hay que rechazar, como deberes fiduciarios, el deber de diligencia, la apropiación indebida o la responsabilidad social.

De tal espíritu crítico con la idea de convertir en una suerte de “cajón de sastre” a la acepción omnicomprensiva de relación fiduciaria se infiere la necesidad de destacar los principios o fundamentos de la relación de fiducia en orden a, en la medida de lo posible, lograr conseguir cierta especificidad e individualización de la figura. En el sentido apuntado, ha sido la doctrina anglosajona la que más esfuerzos ha dedicado a dicho menester procurando deconstruir y escudriñar la figura tratando de escrutar el sustrato que le es propio e intransmisible. Así, de las distintas posiciones doctrinales que en el mundo anglosajón han tratado de explicar el fundamento de la relación fiduciaria, cabe destacar las siguientes:

a) La concepción clásica que ponía el énfasis en ese carácter amplio de la relación fiduciaria señalando que la misma abarcaría todas aquellas relaciones jurídicas en las que una persona deposita su confianza en otra a quien coloca en una posición dominante de suerte que la naturaleza de los deberes fiduciarios residen en que el fiduciante deviene significativamente más vulnerable al perjuicio que en otro tipo de relaciones jurídicas²³³.

Se argumenta que si bien los principios del Derecho contractual podrían llegar a resultar útiles para explicar algunas de las características distintivas de la obligación fiduciaria, su contribución sería inevitablemente muy limitada ya que las normas jurídicas aplicables a los fiduciarios tendrían profundas raíces morales y tales estándares constituirían la base de los deberes fiduciarios²³⁴.

En efecto, la característica más distintiva de los deberes fiduciarios sería su funcionamiento como sistema de educación moral y como mecanismo de promoción y

relationships involve some degree of entrustment, as discussed below they do not necessarily entail the open-ended delegation of power that characterizes a fiduciary relationship. Thus, the Supreme Court has held that a doctor's duty of care did not make him the patient's fiduciary, observing that a contrary result would be an "erroneous corruption of fiduciary obligation".

²³³ SMITH, G., “The critical resource theory of fiduciary duties”, *Vand LR.*, vol. 55, 2002, pp. 1400 y ss., quien considera que hay relación fiduciaria cuando el fiduciario actúa en interés (*on behalf*) del beneficiario, de forma discrecional con relación a un recurso perteneciente al beneficiario. El deber de lealtad, considerado la esencia de la relación fiduciaria, protegería al beneficiario frente a la actuación oportunista del fiduciario. Para este autor, la obligación fiduciaria implica el deber de refrenar conductas con interés personal que constituyan un perjuicio para el beneficiario como resultado del ejercicio de la discrecionalidad en el uso de los recursos del beneficiario. El objetivo de los deberes fiduciarios sería combatir el oportunismo.

²³⁴ JOHNSTON J., “Natural Law and the fiduciary duties of business managers”, *JM&Mor.*, vol. 8, núm 1, 2005, p. 28. Considera este autor que el principio fiduciario sería un principio de derecho natural que habría sido incorporado por el *Common Law* y que sólo a través de la adhesión a dicho principio podrían ser evitados los abusos del *trust*.

refuerzo de la confianza y honestidad en las relaciones comerciales. Principios generales no susceptibles de negociación. Así, mientras que en sede de contratos el interés personal sería la norma, en el ámbito fiduciario se exigiría proteger el interés de un tercero con exclusión del propio.

Se deposita, por tanto, el fundamento último de la relación fiduciaria en el deber de buena fe²³⁵ entendido como deber moral de honestidad y de no traicionar la confianza depositada. Sin embargo, ante la evolución de la jurisprudencia norteamericana, recientemente se ha planteado la cuestión de si el deber de buena fe debe considerarse comprendido dentro de los deberes de diligencia y lealtad o, por el contrario, considerarse un tercer deber fiduciario, inclinándose decididamente por la segunda posibilidad ya que los deberes de diligencia y lealtad no cubrirían todas las formas de comportamiento indebido y, sin embargo, sí quedarían comprendidas, de un modo u otro, dentro del deber de buena fe²³⁶. Se llega a afirmar que el fundamento último de la relación fiduciaria es adjudicado, en definitiva, al deber de buena fe entendido como deber moral de honestidad y de no traicionar la confianza depositada²³⁷. Actuar de buena fe implicaría, en esencia, hacerlo con honestidad o sinceridad subjetiva²³⁸.

Según esta concepción clásica²³⁹, son cuatro los atributos que configuran a la relación fiduciaria: i) los deberes de transparencia e información inherentes al status de fiduciario, ii) el carácter abierto del cuerpo prestacional que, apartándose de soluciones obligacionales fijas y preestablecidas, otorgan al fiduciario cierta discrecionalidad y autonomía, iii) la prohibición de aprovechar en beneficio personal la posición de ventaja que otorga la relación y, iv) las relaciones fiduciarias implicarían obligaciones de alcance moral.

b) La concepción “principal-agente” que propone asimilar la relación fiduciaria a la relación de agencia. Para la teoría de la agencia la unidad de análisis es el contrato, que regula la relación entre el principal y el agente, y a partir del cual se busca evaluar la maximización del beneficio, entregando asunciones acerca de las personas, la organización y la información. La relación de agencia es aquella en la que interactúan los dueños del capital –el principal- y los directivos –agentes-, en un contrato explícito o implícito por el cual se comprometen en la realización de una actividad de negocio²⁴⁰.

²³⁵ RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley...”, cit., p. 77, “La fundamentación primera de los deberes de los administradores se encuentra en el principio general de la buena fe. Con ello, los deberes de cuidado y de lealtad pueden ser tratados como principios o subprincipios derivados del deber general. A través del soporte normativo de la buena fe y de las funciones informadora e integradora que le corresponden, los deberes de los administradores pueden ser objeto de reconstrucción, allí donde la regulación legal no ofrece determinación suficiente”.

²³⁶ EISENBERG, M., “The duty of good faith in corporate Law”, *Del. JCL*, vol. 31, 2006.

²³⁷ Otra opción sería la propuesta por LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., pp. 42 ss., consistente en que el deber de buena fe se vincule con los de diligencia y lealtad según una suerte de relación género-especie. El deber de buena fe se concretaría en los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad pero no se acabaría, necesariamente, en ellos. Actuar de buena fe, para el administrador de sociedades de capital, implicaría actuar con la “diligencia de un ordenado empresario” y con la lealtad “de un representante leal” pero podría incluir además otras reglas no derivadas de tales deberes.

²³⁸ Señala EISENBERG, M., “The duty of good faith in...”, cit., p. 22, que “el administrador debe creer sinceramente que actúa en el mejor interés de la sociedad”.

²³⁹ CLARK, R., “Agency costs versus fiduciary duties”, en PRATT, W. y ZECKHAUSER, R., *Principals and agents: the structure of business*, Harvard Business School, Boston, 1985, pp. 55 ss.

²⁴⁰ JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure”, *JFin&Econ.*, Harvard University, 1976, pp. 305 ss. La teoría de la agencia evalúa lo que se denomina el “problema de agencia”, que emerge cuando: a) las partes que cooperan tienen diferentes

En este sentido, se vienen señalando tres elementos que caracterizarían, al igual que las relaciones de agencia, toda relación fiduciaria: i) separación de propiedad y administración de los bienes; ii) relaciones contractuales abiertas y iii) información asimétrica en relación a los actos de administración y al resultado de los mismos. Estas características mostrarían que los obstáculos para prevenir la actuación desleal o negligente de los agentes serían inherentes o naturales a toda relación fiduciaria, lo que, en definitiva, motivaría la regulación legal dirigida a reducir al mínimo posible su incidencia²⁴¹.

c) La concepción “contractual-económica” que sostiene que los deberes fiduciarios son, simplemente, una respuesta contractual a la imposibilidad de establecer *ex ante* todas las obligaciones específicas de las partes en determinados tipos de contratos -como el que vincula al administrador con la sociedad-, caracterizados por implicar altos costes de transacción²⁴². La relación típicamente fiduciaria se establecería cuando un sujeto no puede alcanzar su fin por sí mismo y, entonces, contrata a un especialista para lograrlo (*trustee*, administrador, abogado, etc.) quien acuerda “prestar su esfuerzo” para ello. Los deberes fiduciarios serían una solución a los problemas derivados de las relaciones contractuales de agencia de modo que constituirían los estándares que habilitarían a los tribunales a decidir si los agentes -en su caso, los administradores- actuaron de la manera en la que habrían pactado las partes si hubieran sido capaces de anticipar todos los hechos y circunstancias.

De las posiciones referidas se desprende que mientras unas fundamentan la relación en la creación de obligaciones de carácter moral que se derivan de la confianza depositada y de la situación de indefensión en que se encontraría el beneficiario, otros la fundamentan en la reducción de los costes de agencia y otros lo hacen en la negociación contractual basada en el criterio de eficiencia económica. En el primer caso, el componente moral derivado de la confianza de la relación no puede cohonestarse con las exigencias actuales del fenómeno de la administración societaria en la medida en que el carácter *intuitu personae* reside más en las cualidades y extremos profesionales que en el conocimiento de la lealtad y buena fe del candidato elegido.

La segunda posición merecería idéntico reproche en la medida en que considera la relación fiduciaria como una creación de origen eminentemente jurisprudencial, como si los tribunales fueran capaces de diseñar las reglas aplicables imperativamente a todas las relaciones fiduciarias. La última, si bien más acorde con los criterios imperantes de eficiencia económica y de maximización de valor, se aparta completamente de las valoraciones axiomáticas tradicionales, y vincula la relación fiduciaria al terreno exclusivamente contractual y de la eficiencia económica.

objetivos y expectativas y b) resulta muy costoso para el principal conocer en todo momento lo que hace el agente. Por lo tanto, el objetivo medular de la teoría de la agencia es analizar, desde la metáfora del contrato, las relaciones subyacentes entre el principal y el agente.

²⁴¹ COOTER, R. y FREEDMAN, B., “The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences”, *NY Univ. LR*, n° 66, 1991, p. 1051.

²⁴² EASTERBROOK, F. A y FISCHER, D.R., “Contract and fiduciary duty”, *J. Law & Econ*, vol. XXXVI, 1993, pp. 425 ss., sostiene que “De la relación propia del agente, se habría pasado a la misma caracterización de otras relaciones fiduciarias bien diversas como la del guardián, el abogado, al administrador de sociedades o el bancario”.

Sin perjuicio de la imposibilidad de trasplantar en bloque las construcciones señaladas a nuestro ordenamiento²⁴³, sí que cabe señalar que la delimitación conceptual a la cuestión respondería con mayor acierto a una solución sincrética que incardine el debate en sede de relaciones contractuales vehiculadas, en su forma y en su fondo -elemento personal y elemento real o prestacional- por la buena fe y en su finalidad -causa de la relación- por la maximización del interés del beneficiario o fiduciante.

5. La relación administrador-sociedad como relación de gestión orgánica.

Como se ha señalado, el hábitat ideal de la relación administrador-sociedad se sitúa en las relaciones de gestión²⁴⁴. Se entiende por relación de gestión aquella relación jurídica en la cual una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios en favor de otro, denominado principal, actuando por su cuenta e interés, en la realización de actos o negocios jurídicos. En ese marco conceptual caben multitud de relaciones -como la comisión, el mandato, la gestión de negocios sin mandato, la agencia o el factor- que presentan identidad de objeto -prestación gestora- y de causa -propósito, motivación o finalidad-²⁴⁵.

La relación gestora se construye, en primer lugar, delimitando el objeto de la prestación alrededor de la actuación jurídica del gestor. A diferencia de la noción amplia de gestión, la relación gestora en su sentido estricto, se define a través de la prestación misma, en la cooperación jurídica o sustitución de la voluntad del principal a través del gestor. En tal situación, la actuación del gestor reside en realizar declaraciones de voluntad, de lo que se sigue que el objeto de la prestación gestora abarca dos tipos de declaraciones, relativas a los actos y a los negocios jurídicos.

²⁴³ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Ius publicum-Ius privatum. Gobierno corporativo y mercado de valores (una lección)”, en *ADC*, vol. 54, 2001, p. 1487 ss., quien, refiriéndose al caso español, señala que se están injertando piezas de sistemas jurídicos distintos “cuyo trasplante produce el mismo rechazo que experimenta el enfermo a quien se dona un riñón u otro órgano histológicamente incompatible”. Por otra parte, en lo que se refiere a cohonestar instituciones foráneas con las propias de otros ordenamientos, en la moderna teoría de las organizaciones se ha puesto de moda un concepto de difícil traducción al castellano: *path-dependence* que, abusando de argumentos simplistas, podría resumirse en la frase “la historia importa”. En el sentido apuntado, señala PIERSON, PAUL., “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics”, *Am. Pol. Sc. Rev.*, vol. 94, nº 2, junio 2.000., que el desarrollo de los sistemas depende de su historia inmediata aludiendo a la categórica relevancia del pasado para la comprensión e idónea interpretación de las ciencias naturales y sociales.

²⁴⁴ La relación de gestión es, a su vez, una subespecie de las relaciones de colaboración de cierto recorrido en nuestro ordenamiento. La expresión contratos de colaboración aparece en la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia, en cuya exposición de motivos (párrafo 1.1) se señala que el Código de comercio “no regula más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios”. Interesantes han sido las aportaciones de la doctrina al respecto, así: Díez-Picazo L., *La representación en el Derecho...*, cit., p. 31, apunta la idea de que a un negocio jurídico ajeno se le puede prestar una colaboración jurídica o una colaboración puramente fáctica o de hecho, en cuyo caso la cooperación posee el carácter de una mera prestación de servicio”. Por su parte Martínez Sanz, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión.*, ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 28., distingue entre “contratos de colaboración en sentido estricto” y “contratos de colaboración en sentido amplio”. Entre los primeros incluye los contratos de agencia, comisión y corretaje o medición. Entre los segundos, incluye a los contratos publicitarios, de *leasing*, *factoring* o *engineering*. Coincide la doctrina en denominar contratos de colaboración a los primeros.

²⁴⁵ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 152.

El segundo de los rasgos característicos de la relación de gestión reside en su causa y función económica. La gestión se configura a través del compromiso del gestor de actuar por cuenta y en interés del principal, finalidad práctica y función para la cual se origina la relación. El primero de sus elementos, la actuación por cuenta ajena participa, a la par, de tres notas caracterizadoras: i) la colaboración en la esfera de lo ajeno, ii) la sustitución del principal por el gestor con el fin de realizar declaraciones de voluntad y, iii) la necesaria atribución de poderes y facultades para quedar legitimado para llevar a término la actividad. El segundo elemento, consistente en la actuación en interés ajeno, dirige el ejercicio de los poderes atribuidos al servicio y en función de los intereses del principal. De ello se sigue que el gestor debe promover el interés del principal, sirviendo esta idea no sólo a una función dogmática de construcción del tipo, sino a la configuración causal de la relación que preside todos los actos del gestor²⁴⁶.

Por consiguiente, podemos considerar que la relación gestora se caracteriza por ser una relación jurídica²⁴⁷ bilateral²⁴⁸, generalmente onerosa²⁴⁹ y obligatoria en la medida en que el gestor se obliga a realizar determinada actividad o prestaciones de servicios por cuenta y en interés del principal. De la actuación en interés ajeno²⁵⁰, esto es, del vínculo que impone la realización de actos jurídicos en nombre de otro para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente sobre el principal se desprende que el elemento que caracteriza la relación de gestión es la confianza²⁵¹.

La concurrencia de un elemento psicológico según el cual la conclusión del negocio encuentra su origen en la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte es el elemento fiduciario que caracteriza a la relación de gestión. Se infiere que la relación de gestión con alguien de cuya buena fe se albergan dudas atenta contra la propia naturaleza de la relación con la consecuencia, razonable por otra parte en ese eventual supuesto, de que aquellas dudas o desconfianza generarían una constante inquietud fiscalizadora²⁵².

²⁴⁶ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 551 ss.

²⁴⁷ Así como la relación jurídica se da cuando dos o más personas se encuentran en una situación unitariamente regulada y organizada a través de unos mismos principios y a través de la cual se desarrolla una función merecedora de protección por parte del ordenamiento, como señala DIEZ PICAZO L., “La representación en el...”, cit., p. 68., “la relación gestora representativa es aquella que se establece entre dos personas por el hecho de que una de ellas actúen como representante de otra o gestione sus intereses”.

²⁴⁸ El negocio de gestión se entiende bilateral en tanto que las declaraciones de voluntad que lo originan provienen de dos partes, principal y gestor. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 76. Por ello no cabe concebir la relación de gestión como un negocio plurilateral lo que no impide que un mismo gestor pueda tener con varios principales respecto de relaciones gestoras paralelas

²⁴⁹ Señala MONTÉS PANADÉS V., “Perfiles jurídicos de la relación de...”, cit., p. 45, que este tipo de tareas “se presentan en el tráfico como relaciones onerosas, que se producen en base a contraprestaciones que se esperan del destinatario o tributario del servicio, por lo que no encajan en el esquema de los servicios gratuitos”.

²⁵⁰ PASCUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos.*, ed. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 404., subraya que “el elemento definidor y diferenciador de la gestión de negocios ajenos, lo que le otorga razón de ser como institución jurídica autónoma es la injerencia útil en la esfera ajena”. La idea de relacionar servicio con ajenidad generalmente se recoge como nota conceptual de la gestión. Al respecto, MONTÉS PANADÉS, V., “Perfiles jurídicos de la relación de...”, cit., p. 24., señala que “el servicio es una actividad que se despliega en favor de otra persona. Por ello no hay servicio cuando el sujeto actúa en su propio interés y en su exclusivo beneficio. Diríamos que nadie se sirve a sí mismo.

²⁵¹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador...*, cit., p. 222., sostiene que la nota de la confianza “puede caracterizar la relación gestora, pero no definirla, pues no es propia sólo de las relaciones gestoras, sino de un conjunto más amplio de relaciones afines”.

²⁵² Si bien, sostiene MONTÉS PANADÉS, V., “Perfiles jurídicos de la relación de...”, cit., p. 33., que “en los negocios de gestión, la confianza no se concreta tanto en las cualidades personales del gestor como en

La necesidad de seleccionar a quien se va a depositar confianza impone, en los negocios de gestión, la necesaria concurrencia del elemento *intuitu personae* de suerte que la mera desconfianza, aunque no llegue a ser antijurídica, es motivo bastante para resolver el contrato²⁵³. Entre tales negocios, llamados *intuitu personae*, se encuentra, además del mandato civil, la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles o la sociedad colectiva, el contrato de administración. Se desprende pues que, si bien la confianza no es un elemento que precise tutela, sí lo es la desconfianza de modo que en las relaciones jurídicas en que la *fides* cumple un importante papel, el elemento de confianza se integra en la causa o en el objeto del contrato siendo la agresión a la misma determinante de la extinción del vínculo²⁵⁴.

En efecto, el género de administración admite, a su vez, dos grandes grupos a través de los que distinguimos entre la gestión de carácter voluntario y la gestión de naturaleza orgánica. En el primero de los casos, las facultades atribuidas al gestor se pueden englobar dentro de lo que se entiende como administración ordinaria o administración extraordinaria²⁵⁵. Por el contrario, en el caso de administración orgánica y, en particular, de sociedades, los poderes y facultades que residen en el administrador quedan delimitados por la ley.

La administración de sociedades se caracteriza por el hecho de formar parte de la organización de una persona jurídica. Este elemento organizativo que condiciona y delimita la figura de la administración es el que diferencia la gestión orgánica de la gestión representativa²⁵⁶ y, en particular, la administración del mandato, del *trust*, o de la relación

el modo de comportamiento honesto del deudor, sus habilitaciones profesionales o técnicas y la cualificación profesional”.

²⁵³ Existen otras perspectivas que no abordan la revocación sólo desde la confianza. De un lado, GARCIA VALDECASAS., “La esencia del mandato”, *RDP*, nº 331, 1944, p. 771., postula que la extinción del mandato por revocación del mandante «aparece plenamente justificada a la luz de la idea de sustitución. La intromisión del mandatario en la esfera de acción del mandante, intromisión justificada en este caso porque se basa en la misma voluntad del mandante, debe cesar tan pronto cese dicha voluntad... Las demás formas de extinción... también armonizan con la idea de sustitución y la confianza mutua que ella presupone». De otro, CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, ed. Montecorvo. Madrid, 1984, p. 160, observa que “la facultad revocatoria no puede tener otro fundamento que la prevalencia del interés del mandante en la regulación de intereses del contrato, lo que explica que cuando no exista esa prevalencia del interés del mandante, esa facultad de desistimiento unilateral se vea condicionada e incluso suprimida”.

²⁵⁴ PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión...*, cit., p. 29. Asimismo señala GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 542., que “en los contratos de ejecución continuada, la confianza se transforma en causa del contrato”.

²⁵⁵ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 228., “El sentido de actos de administración aquí utilizado es de carácter doctrinal y ajeno al uso que de esta expresión hace el Código civil, tanto por la posible distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria, cuanto a su contraposición entre actos de riguroso dominio”

²⁵⁶ La gestión orgánica se diferencia de la representación voluntaria en el carácter necesario de la misma para el funcionamiento de la sociedad y, respecto de la legal, por el margen de autonomía concedido a los socios a través de los estatutos para la configuración de la misma. Especialmente ilustrativa resulta la resolución de la DGRN de 30 de diciembre de 1996, según la cual: “La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades: es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación “alieno nomine”, sino que es la propia

sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecida (autoeficacia): de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo

de agencia²⁵⁷. El contrato de sociedad se articula como contrato de organización, que crea y regula una organización societaria²⁵⁸. Esta dimensión organizativa del contrato de sociedad se manifiesta a través de la personalidad jurídica, que le confiere a la sociedad autonomía patrimonial y capacidad de obrar. En este marco, la administración forma parte de la estructura organizativa de las sociedades externas, con la función de llevar a término su actuación en el tráfico. Para ello, la administración aglutina las funciones y competencias necesarias para desplegar la actividad societaria, al tiempo que se reconoce a la sociedad como centro de imputación jurídica de sus actos²⁵⁹.

Pues bien, con todo, podemos hablar de la relación administrador-sociedad como una relación fiduciaria de colaboración, atípica, bilateral, consensual, onerosa y obligatoria cuyo contenido se enmarca en la realización de actos de gestión y representación orgánica y autónoma en nombre y por cuenta de la sociedad y procurando, en todo caso, el interés de ésta, produciéndose, exclusiva e inmediatamente, sobre la sociedad los efectos de aquélla actuación. El concepto de interés social se configura como el bien jurídico superior de la organización al que el administrador ha de dirigir su actuación, edificado sobre el carácter fiduciario de la relación. La “fiduciariedad” de la relación descansa en que el cargo impone procurar, única, exclusiva y excluyentemente, la satisfacción del interés social²⁶⁰.

mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social”.

²⁵⁷ La doctrina trató de establecer las diferencias entre éstas relaciones fiduciarias para, a partir de las mismas, lograr establecer el marco regulatorio de cada una. En cuanto al mandato, la doctrina admite ampliamente la caracterización orgánica de la administración frente a la teoría contractual apoyada en el mandato. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho...*, cit., p. 475 y p. 560; URÍA, R / MENENDEZ A., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Civitas. Vol. I, 1999, p. 897 que sostiene “la vigente Ley abandona la tesis contractualista para sustituirla por la doctrina que ve en el administrador un órgano social”. En relación al *trust*, se decía que el nivel de riesgo que se entiende razonable asumir por parte de los administradores es, en general superior al que se espera de los *trustees* por lo que los estándares de conducta aplicables a unos y otros no pueden ser los mismos. Así GOWER, L., *Principles of modern Company...*, cit., p. 550., quién sostiene que el deber de lealtad del administrador sería análogo al deber del *trustee* en sentido estricto, mientras que el deber de diligencia (*care*) diferiría esencialmente del *trustee* tradicional. En cuanto a la relación de agencia, se sostenía que los administradores tampoco pueden ser considerados “agents”, principalmente porque mientras el *agent* debe seguir estrictamente las instrucciones del principal y puede ser destituido en cualquier momento de forma expeditiva, los administradores gozarían de una significativa discrecionalidad en la gestión de la sociedad y su proceso de destitución sería, en general, lento y oneroso. En sentido similar señala RIBAS FERRER, V., “El deber de lealtad...”, cit., p. 165., que “La relación (“de agencia”) presenta tres características esenciales. La primera se refiere a que el agente dispone de poder para modificar las relaciones jurídicas entre el principal y terceras personas. La segunda, pone de manifiesto que un agente está obligado por los deberes fiduciarios con respecto a las materias incluidas en el ámbito de su mandato. La tercera característica descansa en la idea del derecho del principal a ejercer un control sobre la conducta del agente respecto los asuntos encomendados. El agente está obligado por los deberes fiduciarios con respecto a las materias incluidas en el ámbito de su mandato. Entre otros, por este motivo quedan excluidos de la relación de agencia los albaceas, síndicos o tutores, que a pesar de que todos ellos quedan obligados a actuar en beneficio de otro, no están sujetos a las instrucciones del principal, a través de la cuales éste ejerce un control de su actividad.

²⁵⁸ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, cit., p. 52., “el contrato de sociedad despliega una doble dimensión, de fin común y de organización”.

²⁵⁹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 275 ss.

²⁶⁰ GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades...*, cit., pp. 417 ss., explica que: “Las relaciones fiduciarias, por su propia naturaleza, son relaciones abiertas y basadas en la confianza, y las obligaciones del fiduciario deben ser establecidas de modo muy genérico. El riesgo que tiene que asumir el beneficiario es, por ello, inherente a la naturaleza y estructura de esta relación: las facultades que se atribuyen con el fin de obtener algún tipo de beneficio, pueden también ser utilizadas de un modo perjudicial para sus intereses, ya que las posibilidades de actuación que tiene el fiduciario son siempre más amplias que los fines para los

Se reputa así, ese carácter fiduciario de la relación de administración, como el fundamento ontológico que impregna el elemento personal y el real. Al elemento personal porque no basta con que el elegido ostente la óptima capacidad jurídica y capacidad de obrar. Es además necesario que al candidato se le infiera una determinada disposición personal de integridad, probidad, rectitud, etc., de buena fe en suma sin la cual se advierte temerario transferirle el poder para decidir y comprometer intereses ajenos. Al elemento real porque, la prestación característica del contrato de administración, esto es la gestión y representación del interés social, está imbuida por esa disposición personal determinante en la elección del administrador y por la exclusión en el encargo de su propio interés.

Siendo la gestión del interés del principal -el interés social- el elemento prestacional, la *fiducia* que se deposita en la persona del administrador de sociedades cumple una doble función seleccionadora e integradora. Seleccionadora por cuanto debe constituir el tamiz ineludible para la elección del candidato al que se le encarga un poder de dirección de entidad suficiente para comprometer un patrimonio ajeno. Integradora por cuanto que aquellas condiciones personales determinantes en la elección del candidato, deben ser el principio rector que guíe tanto el ejercicio de los poderes como el cumplimiento de los deberes.

No obstante, en relación a la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad no hay una pacífica línea doctrinal en torno a la misma. Así, para unos la relación de administración resulta una categoría singular de la relación de agencia en la medida en que el administrador es un agente de la sociedad²⁶¹. En otras ocasiones se niega la identificación de la relación de administración con relación de agencia argumentando que el administrador no está sujeto al control directo ni a la obligación de responder a la voluntad de los socios²⁶². Para otros existe una relación fiduciaria del administrador con la sociedad y, en su caso, una relación de agencia del administrador con el consejo de administración.

Otros señalan que, por la propia naturaleza de la relación fiduciaria, sus extremos pueden resultar de aplicación a actuaciones relacionadas con el deber de lealtad pero no con actuaciones que residen en el ámbito del deber de diligencia pues éste deber se especializa de la genérica relación fiduciaria constituyendo una relación de agencia²⁶³. También hay

cuales ha sido autorizado para actuar...La cuestión que se plantea, por tanto, es cómo en una relación como la fiduciaria, abierta y basada en la confianza, el fiduciario puede ser inducido a hacer lo que es mejor para los intereses del beneficiario, sin que se haya especificado previamente la conducta que debe seguir y sin que quepa una supervisión directa sobre su actividad. La respuesta ha venido siendo dada en el Derecho estadounidense, y en general en el Derecho anglosajón, por los tribunales a través de la imposición al fiduciario de unos deberes de diligencia (*duty of care*) y de lealtad (*duty of loyalty*), denominados “deberes fiduciarios”, cuyo contenido se ha configurado y ha evolucionado a través de las distintas decisiones judiciales y que tratan de evitar, en el caso del primero, que el fiduciario pueda cometer una malversación de los bienes o valores del beneficiario e incurrir así en un acto delictivo y, en el caso del segundo, que el fiduciario pueda faltar a su obligación de gestionar los bienes o valores en interés del beneficiario, incurriendo en una omisión de sus deberes”.

²⁶¹ BOYLE A. J y BIRD, J., *Company Law*, ed. Jordan Publishing. 2007, pp. 607 ss., defienden que el administrador es ciertamente un agente de la sociedad.

²⁶² El American Law Institute, en su *Restatement of Agency* (1958) sub. 14 C, establece que “Ni el órgano de administración ni un administrador es agente de la sociedad o de sus socios.”

²⁶³ HERNANDO CEBRIÁ, L., “La configuración estatutaria del deber de diligente administración”. *RdS* n° 34. 2.010, p. 133., sostiene que “...en la confrontación entre la teoría de la agencia (*agency-law theory*) y la teoría de la fiducia (*trust-law theory*) y frente al resto de los deberes, el deber de diligencia se desgaja del resto de los deberes fiduciarios *stricto sensu*, como son el deber de fidelidad y de lealtad, para proyectarse hacia el carácter del administrador como agente de la sociedad”. En idéntico sentido RIBSTEIN

quien la considera una relación de prestación de servicios y quien la especializa e individualiza considerándola una relación de gestión y de colaboración específica y singular *sui generis* dentro de la genérica de fiducia²⁶⁴.

En efecto, la relación de administración no se ajusta ni a la figura del mandato, de la comisión, de la prestación de servicios, del factor, del agente o del *trustee* y, al mismo tiempo, la doctrina especializada paulatinamente pasó a sostener que las características particulares de la relación administrador-sociedad justificaban una regulación jurídica independiente²⁶⁵, idea que gradualmente fue reconocida por la jurisprudencia²⁶⁶.

6. Los Deberes fiduciarios derivados de la relación administrador-sociedad.

Advertido el carácter fiduciario y escudriñada la naturaleza de la relación de administración, lo siguiente sería plantearse cómo el fiduciario -administrador- puede ser inducido a hacer lo que es mejor para la sociedad -principal-. Esto es, expresado desde el punto de vista económico, el problema se traduciría en la necesidad de diseñar incentivos adecuados para alinear los intereses del fiduciario y del principal, del administrador y de la sociedad.

La respuesta fue la imposición de deberes fiduciarios a los administradores -deberes de diligencia y de lealtad edificados sobre el deber de fidelidad al interés social dada la función normativa estructurante del interés social-, como mecanismo dirigido a disuadir su potencial actuación contraria a los intereses sociales y a reducir al mínimo el número de conflictos de interés que efectivamente podrían llegar a producirse²⁶⁷.

Los deberes de los administradores en el ejercicio de su cargo adquieren relevancia por ser éstos los llamados a ejecutar orgánicamente los actos de la persona *ficta* en defensa

L. E., "Are Partners fiduciaries" *University of Illinois Law and Economics Working Papers. Working Paper 10*. 2005, pp. 209 ss., "...el deber de diligencia no alcanza la consideración de deber fiduciario stricto sensu, primero en cuanto el fiduciario no compromete todo su tiempo al beneficiario y segundo, porque el deber no supone necesariamente el retorno de las ganancias o la inversión". Asimismo SHEPHERD, J. C., "Towards a unified concept of fiduciary relationships", *Law Q. Rev.* 51. 1981., quien señala que "...el deber de diligencia no encuentra una relación directa con las relaciones fiduciarias".

²⁶⁴ BOYLE A. J y BIRD, J., *Company...*, cit., p. 607 "...el cargo de administrador es *sui generis* a pesar de su analogía con la agencia, con el trust y la relación de empleo".

²⁶⁵ En este sentido UHLMAN, R., "The legal status of corporate directors", ed. *U. L. Rew.*, nº 19, Boston, 1939, pp. 12 ss., señaló que la relación que vincula a al administrador con la sociedad es muy distinta a la del agente-principal, en la que el control del beneficiario sería mucho más fuerte que en el ámbito societario (el contrato del agente es fácilmente revocable, no así el del administrador: el principal tiene poder de control directo sobre el agente, no así en el caso sociedad-administrador: el agente no puede delegar mientras sí puede hacerlo el administrador). Asimismo, rechazaba la identificación de los *directors* -administradores- con los *trustees*, al menos en su sentido técnico. Sin embargo, afirmaba que la relación del administrador puede considerarse fiduciaria y de confianza y que por esa razón puede sostenerse que los administradores de sociedades ocupan una posición fiduciaria que los lleva a actuar de buena fe y con honestidad en todas sus acciones.

²⁶⁶ Así, en el Caso *Johnson v. Trueblood*, de 1980, se reconoce que los administradores constituyen un "tipo especial de fiduciario".

²⁶⁷ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., pp. 35 ss., defiende el carácter preventivo y precautorio de la existencia de los deberes de los administradores. Así, BISBAL MENDEZ, J, en el "Prólogo" de la obra LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., señala que estructurar un estatuto de deberes de los administradores sirve "para determinar cuáles son las prestaciones debidas por su cargo, de modo que si éstas se incumplen y de este incumplimiento resultan daños jurídicamente imputables a los administradores, entonces éstos resultarán responsables y, consiguientemente, deberán arrostrar las consecuencias".

del interés de la misma mediante la relación fiduciaria que mantienen con la sociedad como gestores y representantes de aquélla. La expresión “deberes fiduciarios” en el ámbito del Derecho societario tiene su origen en el Derecho anglosajón. La utilización de tal expresión en nuestro derecho dista de tal concepto anglosajón derivado de la concurrencia, tal y como allí se conoce, de la relación fiduciaria, habida cuenta de la existencia en nuestro ordenamiento de una configuración de deberes legales que hace innecesario acudir a los mecanismos de aplicación de aquellas construcciones jurisprudenciales anglosajonas²⁶⁸.

En efecto si conforme al art. 236 LSC “*Los administradores responderán...del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa...*”, resulta pues, claro, que la responsabilidad de los administradores se produce cuando causan daño a la sociedad, incumpliendo, por acción u omisión, sus deberes. Por consiguiente el examen y análisis de cuáles sean los deberes de los administradores constituye un “*prius*” para luego poder analizar su responsabilidad²⁶⁹.

Los deberes de los administradores son, en su anverso, deberes pero en su reverso constituyen asimismo sus poderes o facultades. De hecho, todas las facultades que le son atribuidas constituyen, al propio tiempo, una obligación. Si solamente fuesen poderes, la consecuencia inmediata que se podría deducir sería que el ejercicio de la actividad de administración tendría carácter discrecional y, en consecuencia, los administradores podrían, o no, ejercitar a su arbitrio las facultades que le están atribuidas; sin embargo no les son otorgadas en interés propio, sino en atención a la consecución de un objetivo que es el interés social y siempre dentro del límite que impone el objeto social²⁷⁰.

Como ha sido advertido²⁷¹, desde antiguo la separación entre propiedad y gestión imponía la necesidad de arbitrar una serie de mecanismos de contención del poder de dirección. Las teorías económicas en el ámbito de la empresa vienen a intensificar esa inquietud fiscalizadora²⁷². Se pretende orientar el comportamiento de los administradores para que

²⁶⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, *RdS*, nº 24, 2005, p. 102.

²⁶⁹ Así, tal y como se señala en la obra GARRIGUES, J / URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, ed. Madrid. 1976, p. 160., “(...) para poder saber cuándo existe un incumplimiento es preciso saber antes cuáles son estas obligaciones”. Por su parte ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 675., sostiene que “(...) lo que hay es una única fuente (de la responsabilidad de los administradores) el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (Ley y Estatutos) del que se derivan obligaciones específicas”, afirmación ésta última que da idea de la importancia de conocer cuáles son las obligaciones de los administradores sociales para el estudio de los supuestos de responsabilidad.

²⁷⁰ QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos*, ed. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L, Valladolid, 1985, p. 160.

²⁷¹ V. *Supra*, Cap. II. Apart. 2.2., pp. 53 ss.

²⁷² Así la teoría organizativa de la agencia, desarrollada por ROSS, S. A., “The Economic Theory of Agency. The Principal’s Problem”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 63, issue 2, 1973, pp. 134 ss., viene a estructurar un método organizativo empresarial mediante el sistema de la subcontratación de las diversas tareas de la empresa. La aplicación de la teoría de la agencia aplicada a un entorno empresarial podría describirse de la siguiente manera: una persona física o jurídica -principal- realiza un encargo de tipo laboral o de prestación de servicios a otra persona -agente- a través del cual se determinan los aspectos cualitativos y cuantitativos del cometido que tendrá que realizar el agente en nombre de principal. Obviamente, el principal solo confía en la teoría de la agencia y en el modelo empresarial de subcontratación de agentes si el resultado obtenido

cumplan con los intereses del propietario o principal²⁷³. Puesto que el propietario ha puesto el capital, lo que le interesa es maximizar su valor o maximizar el valor de la empresa, mientras que los agentes pueden tener otras preferencias u otros intereses²⁷⁴.

Los mecanismos aptos para hacer frente al problema pasan por: i) privar al agente de la discrecionalidad en el desarrollo de la actividad que se le ha encargado, pero esto no es posible en el caso de los administradores, pues no puede establecerse de forma pormenorizada y por adelantado todo lo que han de realizar en el desempeño del cargo, ii) tampoco llevar a cabo un control activo del agente puede resolver el problema porque es prácticamente imposible controlar todas las actividades desplegadas por el agente y, además, en la mayoría de los casos, el principal encarga al agente llevar a cabo la actividad precisamente por las habilidades del agente de las que carece el principal.

iii) Evaluar al agente en función de los resultados obtenidos tampoco es un mecanismo idóneo porque éstos pueden verse afectados por circunstancias que están fuera del control del agente, iv) establecer un sistema de retribución basado en incentivos mejora la situación pero no evita que continúe presente el conflicto de intereses salvo que se atribuya al agente todo el beneficio residual.

Frente a las referidas posibilidades, la imposición de los deberes fiduciarios al agente se muestra más efectiva y más eficiente, pues los deberes fiduciarios constituyen un mecanismo de disuasión ante la alternativa de anteponer sus intereses a los intereses del principal ya que en caso de no satisfacerlos el agente habrá de indemnizar al principal el daño que le haya causado y/o restituir el enriquecimiento injusto que hubiese obtenido²⁷⁵.

El carácter funcional y orgánico del gestor social en el organigrama societario impone una conducta exigible a este dual que incluye una de carácter representativo y otra de carácter operativo. Ese marco funcional abstracto precisa de su concreción en unos deberes generales que delimiten la conducta exigible a los administradores. Ahora bien, en la delimitación de estos deberes resulta preciso establecer un ajustado equilibrio entre el ámbito de la discrecionalidad en la gestión social y la exigencia de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento deficiente de su función. En este difícil equilibrio, que

tras dicho acuerdo es, desde el punto de vista económico y de eficiencia, mejor que si lo hiciera por cuenta propia. Uno de los mecanismos destinados a contener la extensa relación de costes derivados de la asunción del modelo organizativo de la agencia (costes de control, de garantía, de transacción, de oportunidad, etc), es la imposición de deberes de conducta a los administradores.

²⁷³ Los fundamentos teóricos de la nueva regulación de los deberes de los administradores se encuentran en la teoría de los costes de agencia, HART, O., "Corporate Governance: Some Theory and Implications", *Econ.J.*, 1995, pp. 678 ss., que pone de manifiesto que cuando una persona (principal) encarga a otra persona (agente), llevar a cabo una actividad de carácter discrecional, cuya realización no puede ser perfectamente observada por el principal y que puede afectar a su patrimonio, surge el problema consistente en que el agente en el ejercicio de esa actividad discrecional antepondrá sus propios intereses cuando diverjan de los intereses del principal. En esta situación, que es la que, efectivamente, se produce entre los administradores y la sociedad, sobre todo, cuando ésta es una sociedad cotizada con el capital social disperso, en la que a los administradores se les encarga desarrollar la actividad de administración de la empresa social que es una actividad de carácter discrecional, es preciso encontrar un instrumento que permita reducir o evitar que se materialice el referido conflicto de intereses en perjuicio del patrimonio del principal.

²⁷⁴ PERIS-ORTIZ, M, RUEDA ARMENGOT, C, DE SOUZA RECH, C, PÉREZ MONTIEL, M., "Fundamentos de la teoría organizativa de la agencia. Nuevas corrientes de pensamiento económico". *Rev. Econ.*, núm. 865, 2002, p. 107.

²⁷⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O., "El deber general de diligencia...", cit., pp. 56 ss.

dentro de la tradición angloamericana se traduce en el dilema *authority-accountancy*, se han de medir los deberes de los administradores²⁷⁶.

Pues bien, desde el inicio del tratamiento de la cuestión, se identificaron dos formas de incumplir las obligaciones derivadas de la relación fiduciaria: la deslealtad y la negligencia exigiendo un nivel de competencia o diligencia mínimo y un nivel de lealtad severo²⁷⁷. La diferencia clave entre negligencia y deslealtad se asentaba en que, mientras que en la deslealtad, la actuación acarrearía un beneficio para el agente proporcional al perjuicio para el beneficiario, en el caso de la diligencia sólo habría perjuicio para el beneficiario sin el correspondiente beneficio para el agente²⁷⁸.

La carga de cumplir el deber general de diligencia exigible en interés de la sociedad expresa el deber de fidelidad que, a su vez, define la posición fiduciaria de los administradores sociales. La LSC implícitamente se refiere al deber de fidelidad de los administradores de las sociedades de capital al disponer en el art. 227.1 *in fine* que los administradores desempeñarán el cargo «en el mejor interés de la sociedad».

El mandato del deber de fidelidad parece en dicho artículo vincularse únicamente al deber de lealtad pero no es dudoso que idéntico deber pesa también en relación con la prestación del deber general de diligencia, pues aunque no pudiera fundarse en una interpretación sistemática y teleológica habría que recurrir al principio general de la buena fe como fuente de integración contractual (art. 1258 CC) que, en el ámbito del Derecho de sociedades, expresa el deber de fidelidad en la relación jurídica de administración de la sociedad²⁷⁹.

Sin perjuicio del principio de la buena fe como cláusula integradora y sustrato sobre el que se edifica el estatuto de deberes del administrador (así como de todo el conjunto de relaciones jurídicas de nuestro ordenamiento, en general, y de Derecho privado, en particular), debe apreciarse una dispersión conductual para enmarcar tal conducta en las infracciones de los deberes de diligencia o de lealtad. Los actos del administrador en interés propio e idóneos para generar un daño a la sociedad -conflicto de intereses-, constituirán actuaciones, además de naturalmente reprobables, atentatorias contra la *fides* y, por tanto, infractoras del deber sobre ella construido, esto es el deber de lealtad. Por otra parte, los actos del administrador que, sin concurrir conflicto de intereses, resulten idóneos para generar un daño que se enmarquen en la propia actuación gestora

²⁷⁶ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 24 ss.

²⁷⁷ Además de los tradicionales deberes fiduciarios de diligencia y lealtad, BLACK, B., “*The principal fiduciary duties of board of directors*”, en *Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance, Singapore*, 2001, p. 1 ss., ha señalado que en los últimos años se habrían desarrollado dos deberes más: el deber de información o transparencia (*disclosure*), presente desde tiempo atrás en el ámbito del derecho del mercado de valores y el deber que el autor denomina de “*extra care*” en escenarios de OPAs.

²⁷⁸ Como sostiene el Prof. PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 76., “dos son los requisitos operativos exigidos a los administradores: “i) que gestionen adecuadamente los recursos que se les han confiado y ii) que distribuyan equitativamente los rendimientos que generan. Es así como quedan sujetos a dos imperativos fundamentales, cuyo *enforcement* eficaz es el fin supremo de cualquier sistema de gobierno corporativo: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor. Si infringen el primer imperativo —el imperativo de la diligencia— cometen actos de «gestión indebida» (*mismanagement*). Si infringen el segundo imperativo —el imperativo de la lealtad, sobre el que hemos de concentrar la atención en esta disertación—, cometen actos de «apropiación indebida» (*misappropriation*)”.

²⁷⁹ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El deber general de diligencia...”, cit., p. 59.

ordenada, cuidadosa y razonable, atentarán contra el deber de diligencia. Así, se advierte en el deber de lealtad un valor de conducta basado en el concepto de “representante leal” de modo que la lealtad tiene su proyección externa en la representación y vinculación de la sociedad con terceros²⁸⁰ mientras que la diligencia tiene su escenario propio en la gestión social empresarial.

De lo antedicho se infiere la diferente entidad de los bienes jurídicos que son objeto de protección con el deber de lealtad y con el deber de diligencia²⁸¹. En el primer caso se protege la *fides* en que se fundamenta la elección del candidato y que constituye la causa que permite depositar sobre él la suerte o desgracia de los bienes o activos propiedad de los propietarios. En el segundo se trata de asegurar la observancia del riguroso cuidado y atención objetivamente debido en la ejecución de la gestión²⁸².

No faltan, por otra parte, autores que apartan el deber de diligencia de los deberes fiduciarios alineando a la diligencia en el marco de una relación de agencia²⁸³. Tampoco faltan autores que adicionan a esos dos deberes, un tercero, esto es, el deber de buena fe²⁸⁴ o quienes, tomando a éste como valor superior o como “supra deber” fundamentador y ordenador de las relaciones intersubjetivas, construyen sobre el mismo todo el estatuto jurídico de deberes en el marco de las relaciones privadas²⁸⁵.

²⁸⁰ En el sentido apuntado se expresan POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración...”, cit., p. 135., y SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 106.

²⁸¹ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 69 “No pueden meterse dentro del mismo saco la regulación de los “actos de gestión indebida” y la regulación de los “actos de apropiación indebida”, cuyas lógicas económicas -como veremos enseguida- son muy distintas. Y esto nos obliga a separar nítidamente la vertiente tecnológica (relativa a la producción de valor) y la vertiente deontológica (relativa a la distribución de valor) en que se descompone toda la actividad de gobierno de una empresa y, a partir de ahí, elevar a categoría la distinción entre el deber de cuidado y el deber de lealtad. El deber de cuidado -el deber de diligencia del “ordenado empresario”- exige que los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor. El deber de lealtad -el deber de proceder como un “representante leal”- requiere que los administradores antepongan los intereses de los accionistas a los suyos propios al objeto de minimizar la redistribución del valor creado. Los administradores quedan sujetos así a dos imperativos fundamentales: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor”.

²⁸² EISENBERG M., “The duty of good faith in...”, cit., p. 619., considera que el deber de diligencia presenta el siguiente contenido: a) deber de vigilancia (*duty to monitor*): b) deber de investigar (*duty of inquiry*): c) el deber de adoptar un comportamiento razonable en el proceso de formación de una decisión: d) el deber de adoptar decisiones razonables.

²⁸³ Así lo hace RIBSTEIN, L.E., “Fencing and Fiduciary...”, cit., y entre representantes de nuestra doctrina, lo hace HERNANDO CEBRIÁ, L., “La configuración estatutaria del deber de...”, cit., p. 133.

²⁸⁴ EISENBERG, M., “The duty of good faith in...”, cit., p. 619.

²⁸⁵ Es de obligada mención la estructura en círculos concéntricos que formula RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 159 ss., de la forma que sigue: “Las relaciones entre los deberes de lealtad y de buena fe se observan mediante un sistema de círculos concéntricos a través de los que se establecen conexiones de jerarquía y especialidad entre los distintos deberes de conducta. El círculo más amplio está presidido por el deber de buena fe, que rige en el ordenamiento en general, y en el Derecho privado en particular. En un círculo más reducido, aparece el deber de diligencia, que gobierna la contratación en general. El siguiente paso se condensa en las relaciones de colaboración, respecto de las cuales le son exigibles un deber de fidelidad genérico. El deber de fidelidad se desdobra en dos deberes específicos, el deber de cuidado del interés ajeno aplicable a la generalidad de las relaciones de colaboración, y el deber de lealtad, de obligado cumplimiento sólo para la categoría de relaciones de gestión. La correspondencia e interconexión entre los distintos deberes sigue un sistema de vasos comunicantes, que en unos casos está presidida por la jerarquía y la dependencia -todos ellos respecto de la buena fe- mientras que en otros casos,

Pues bien, la doctrina ha venido defendiendo una actuación rigurosa contra las infracciones del deber de lealtad y una aptitud de indulgencia frente a las infracciones del deber de diligencia²⁸⁶. También ha sido esa la posición adoptada por la jurisprudencia²⁸⁷. Las razones de tal actuación son poderosas. En primer lugar, por la diferente peligrosidad de las conductas. Quien se comporta negligentemente no obtiene, normalmente, ganancias significativas de ello.

La ganancia suele limitarse al ahorro de atención y esfuerzo pero no a la obtención de un rendimiento y asume parte de los costes de su pereza porque si la empresa va mal, acabará perdiendo su puesto de trabajo y, por tanto, su principal fuente de ingresos. Por tanto, los administradores tienen más incentivos para apropiarse de activos sociales que para ser negligentes y las conductas fraudulentas son mucho más peligrosas para la integridad del patrimonio social que las conductas negligentes.

En segundo lugar, las sociedades -señaladamente, las sociedades cotizadas- gozan de poderosos mecanismos de mercado que disciplinan la conducta negligente de sus administradores (reputación, pérdida de oportunidades de trabajo...). Las sociedades no disponen, en cambio, de mecanismos alternativos a las reglas de responsabilidad que resulten efectivos para disciplinar las conductas fraudulentas.

Nadie confía exclusivamente a las reglas del mercado la conjura del robo por los gestores de las compañías. Estas conductas son poco visibles. Se trata normalmente de transacciones interesadas en las que, a causa precisamente de las ventajas excesivas que extraen de ellas los administradores, suelen enmascararse para alejarlas del escrutinio público. Los actos de negligencia, precisamente por no ser conscientes o voluntarios, resultan mucho más visibles.

la conexión está basada en la concordancia y complementación tal y como sucede entre los deberes de cuidado y de lealtad”

²⁸⁶ Así lo han hecho, entre otros, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, cit., pp. 73 ss; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *RDM*, núm. 248, 2.003, o ALFARO, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia” en JUSTE MENCÍA, J (Coord)., *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*”, ed. Civitas. Thomson Reuters. 2015.

²⁸⁷ Así la STS de 19.1.2010 siguiendo, con generosa reproducción, los trabajos del Profesor PAZ-ARES, C., sostiene que “Con la doctrina mercantilista más autorizada, se ha de defender la necesidad de diferenciar o diversificar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los deberes objeto de infracción. No puede merecer igual tratamiento la regulación de los "actos de gestión indebida" y la regulación de los "actos de apropiación indebida", cuyas lógicas económicas son muy distintas. Y esto nos obliga a separar nítidamente la vertiente tecnológica (relativa a la producción de valor) y la vertiente deontológica (relativa a la distribución de valor) en que se descompone toda la actividad de gobierno de una empresa y, a partir de ahí, elevar a categoría la distinción entre el deber de cuidado y el deber de lealtad. El deber de cuidado -el deber de diligencia del "ordenado empresario"- exige que los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor. El deber de lealtad - el deber de proceder como un "representante leal"- requiere que los administradores antepongan los intereses de los accionistas o partícipes a los suyos propios al objeto de minimizar la redistribución del valor creado. Los administradores quedan sujetos así a dos imperativos fundamentales: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor. Partiendo de estas distinciones, de gran relieve desde el punto de vista del gobierno corporativo, se advierte cuál sea el criterio directriz que debe presidir el tratamiento normativo de la materia. Dicho criterio puede formularse así: el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia. Tal propuesta se sustancia, en definitiva, en una política de abstención con la negligencia y en una política de intervención con la infidelidad”.

En tercer lugar, porque en el terreno de los deberes fiduciarios ni siquiera la propiedad por parte de los administradores de una parte sustancial de la empresa proporciona incentivos para prevenir el fraude. Más bien lo propicia, pues si un administrador sabe que como es, a la vez, socio mayoritario, no puede ser destituido, puede sentir más fuerte la tentación de apropiarse de la totalidad de los rendimientos sociales que deberían ser repartidos con los accionistas de la minoría.

Si no existen mecanismos de control de la deslealtad de los administradores, i) los inversores -temerosos de ser estafados- descontarán muy fuertemente el precio que están dispuestos a pagar por todas las acciones lo que, a su vez, ii) espantará del mercado a los emisores de acciones “honrados” que temerán que los inversores no hagan distinciones y no estén dispuestos a pagar más por las acciones. Con lo cual, a medio plazo, en el mercado sólo quedan los emisores más deshonestos. Es decir, se produce un fenómeno de selección adversa.

Otro factor a tener en cuenta es el grado de incertidumbre jurídica. La posibilidad de que el juez erre (y califique indebidamente una conducta e imponga responsabilidad) es escasa en relación con la infracción del deber de lealtad puesto que el juicio de lealtad es de orden moral y para ello están bien preparados los seres humanos en general y los jueces en particular. En cambio, las conductas negligentes plantean serios problemas de error porque los jueces no son expertos en gestión empresarial.

En definitiva, tres condiciones son necesarias y suficientes para que los administradores de sociedades defrauden a la compañía que administran y de ahí la importancia de la distinción: i) incentivos para cometer la apropiación (obvios y derivados de la ganancia particular), ii) oportunidad (porque no estén suficientemente vigilados y puedan escapar impunes) y, esto es lo menos obvio, iii) posibilidad de racionalizar su comportamiento como una conducta correcta desde los estándares morales vigentes²⁸⁸.

La imposibilidad de prever con anterioridad cada situación ante la que pueden encontrarse los administradores en el desempeño de su cargo hace que la formulación de los deberes fiduciarios tenga un carácter muy general y flexible. En época reciente, sin embargo, estos deberes, y en especial el de diligencia, han sido tipificados en los ordenamientos, ávidos de una mayor ordenación positiva²⁸⁹ apta para compeler los comportamientos de los administradores así como de construir un espacio de mayor seguridad jurídica²⁹⁰. La

²⁸⁸ ALFARO, J., “Artículo 225. Deber general de...”, cit., pp. 317 ss.

²⁸⁹ Cuando son muchas las voces que reclaman una actuación en sentido inverso, esto es, promoviendo la desregulación y el reforzamiento de la autonomía organizativa. Así lo señala MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas...”, cit., p. 1. En un sentido similar, o más bien funcional se expresa PAZ-ARES C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 46., cuando señala que “Desde el punto de vista de la política legislativa mi impresión es. más bien, la contraria: lo que hace falta es flexibilizar el derecho de sociedades, simplificarlo, desformalizarlo y dar indicaciones para que los aplicadores del derecho vayan a la sustancia de las cosas y se comprometan con análisis funcionales. Frente a un derecho de sociedades mecánico, abogo por un derecho de sociedades reflexivo”.

²⁹⁰ Es cierto que en un primer momento en el Informe Olivencia se sitúa a los deberes de los administradores en el ámbito de la autorregulación -Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, (1998), Gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, p. 46- pero, posteriormente, en el Informe Aldama -Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (2003), Informe, Madrid, pp. 48 y 49- ya se advierte la insuficiencia de ésta y se recomienda expresamente que se lleve a cabo una regulación positiva de los deberes de los administradores. Esta recomendación es atendida rápidamente mediante la Ley 26/2003, de 17 de julio, que reforma el Texto Refundido de la LSA, incorporando una regulación detallada de los

inquietud reguladora no se ha limitado al Derecho continental sino que también se ha extendido al Derecho anglosajón donde la jurisprudencial ocupa un rol principal²⁹¹.

No obstante, tal imposibilidad -e improcedencia- de someter a una regulación todas las actuaciones a realizar por los administradores en la pluralidad de eventuales situaciones que pueden surgir ha impuesto, tanto en el Derecho continental como, aún en menor medida, en el Derecho anglosajón, una ordenación laxa dirigida a establecer modelos paramétricos de conducta de carácter genérico y flexible, que deberán ser observados por los administradores en su actuación ordinaria -estándar de conducta- y por los tribunales -estándar de revisión-²⁹².

La apuntada falta de delimitación de los deberes fiduciarios del administrador de sociedades subsiste en la medida en que subsisten las posiciones antagónicas que sitúan a la relación fiduciaria en el marco del Derecho natural y las que la sitúan en el marco del Derecho de contratos. Los primeros concebirán los deberes fiduciarios como institutos de naturaleza moral dirigidos a prevenir el uso abusivo de la discrecionalidad de los administradores. Los segundos, apartándose de axiomas morales, los concebirán como el efecto inmediato de la relación contractual que les sirve de soporte material.

Alinearse en una u otra de las posiciones señaladas tiene importantes efectos en la medida en que, desde la visión de la relación fiduciaria como un instrumento perteneciente al Derecho natural, los deberes fiduciarios, por la tamaña entidad de los valores morales que protegen, serían absolutamente indisponibles, mientras que posicionarse en la visión contractualista imbuida por la autonomía de la voluntad implica considerar los deberes fiduciarios como contractuales y esencialmente disponibles de suerte que los diferentes agentes económicos participantes en la sociedades de capital podrán separarse privadamente, por libre acuerdo de la regulación positiva de los deberes fiduciarios.

deberes de diligencia y lealtad de los administradores. El posterior Código Unificado de Buen Gobierno recomendaba al Gobierno que hiciera más severo y eficaz el régimen de responsabilidad de los administradores a cuyo fin proponía, entre otras medidas, una tipificación más precisa de los deberes de lealtad -Grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas (2006), Informe, Anexo II, p. 71-. La promulgación del TRLSC mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, dictado en virtud de la habilitación contenida en la Disposición Final Séptima de la Ley 3/2009 sobre Modificaciones estructurales de las Sociedades mercantiles, únicamente conllevó la generalización del régimen de los deberes de los administradores a todas las sociedades de capital. Este cambio en el tratamiento positivo de los deberes de los administradores producido por el impulso del movimiento de gobierno corporativo ha encontrado su reflejo doctrinal en los actuales manuales de Derecho mercantil, en los que ya no se tratan sólo como presupuesto de la responsabilidad sino también en su dimensión sustantiva, dedicándoles apartados especiales, así BROSETA PONT, M./MARTINEZ SAINZ, F., *Manual de Derecho...*, cit., pp. 430 ss., y SANCHEZ CALERO, F / GUILARTE SANCHEZ-CALERO, J., *Instituciones de Derecho...*, cit., pp. 516 ss. Finalmente, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, elaborado por la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo, propone actualizar y reforzar el régimen jurídico de los deberes de los administradores ya que los califica como una pieza central del núcleo del gobierno corporativo -Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo, (2013), Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, Madrid, pp. 36 y ss-. Las propuestas contenidas en el referido documento han sido seguidas 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, ya que en el número trece de su art. primero modifica el art. 225 LSC en idénticos términos previstos en el referido estudio.

²⁹¹ En el modelo estadounidense en la *Model Business Corporation Act*, responsabilidad de la *American Bar Association* y en los *Principles of Corporate Governance*, publicados por el *American Law Institute* debiendo asimismo citarse, por el contraste entre su ínfimo ámbito territorial y su enorme y extraordinaria trascendencia, la *Delaware General Corporation Law*.

²⁹² GUERRA MARTÍN, G., "El Gobierno de las Sociedades...", cit., pp. 419 y 420.

Por último cabe señalar que los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador no se agotan en los deberes fiduciarios generales de diligencia y lealtad y en los correspondientes específicos, sino que los administradores también están obligados a cumplir otros deberes que se caracterizan frente a aquellos en que la conducta debida viene expresamente determinada. La fuente de esos otros deberes de los administradores puede ser una disposición normativa (*v. gr.*, la LSC o cualquier otra norma) o los estatutos de cada concreta sociedad (art. 236.1 LSC) o por cualquier pacto social o estipulación de régimen interior²⁹³.

7. La influencia anglosajona en el desarrollo del Estatuto de deberes de los Administradores de Sociedades del Derecho Continental.

Es innegable que el cuerpo doctrinal y jurisprudencial anglosajón en el marco del estatuto jurídico del administrador de sociedades, así como en el Derecho societario en general, viene ejerciendo una significativa influencia en los ordenamientos continentales²⁹⁴. En la configuración anglosajona de los deberes fiduciarios se advierte una voluntad de control de la actuación del administrador a través de la exigencia de responsabilidad así como, simultáneamente, un ánimo protector de su actuación en la creencia de que la aversión al riesgo puede tener impactos negativos en el desarrollo de la sociedad y en el crecimiento económico. En tal sentido, los instrumentos procesales dirigidos a la responsabilización de los administradores -*direct actions, class actions y derivative actions*²⁹⁵- están cautivando la reflexión de los países continentales.

²⁹³ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016, pp. 36 y 37., señala el autor, como ejemplo de éstos deberes: a) aquéllos que los socios están obligados a satisfacer frente a los socios individualmente, si bien desde la perspectiva de la posición activa. Entre éstos destacan aquéllos que son consecuencia del reconocimiento a los socios de algunos derechos o facultades como el deber de facilitar el ejercicio del derecho de asistencia (art. 179 LSC), o de voto en la junta general (art. 188 LSC), el deber de información (arts. 196 y 197 LSC) o el deber de pagar el dividendo acordado (art. 276 LSC), b) aquellos que pesan sobre los administradores frente a la sociedad como el deber de exigir el pago de los desembolsos pendientes (art. 81 LSC), el deber de enajenar las acciones propias adquiridas irregularmente (art. 139 LSC), el deber de convocar la Junta general (art. 167 LSC) o el deber de formular las cuentas anuales (art. 253 LSC). En cambio, mucha menos atención se ha dedicado a los deberes de los administradores frente a los terceros -como el deber de facilitar el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores o el deber de prestar las garantías acordadas (arts. 334 y ss. LSC)- o al incumplimiento de algunos de los deberes impuestos por la disciplina sobre disolución y liquidación de la sociedad -*v.gr.*, arts. 365.1, 366.2, 367, 384 y ss LSC-

²⁹⁴ Como señala GOMÁ LANZÓN, I., “Poder y dinero...”, cit., p. 4., la sustitución del sistema de control y monopolio de la constitución de sociedades por un sistema de transparencia, publicidad y autoprotección de los interesados es consecuencia de la influencia del régimen anglosajón sobre el Derecho continental

²⁹⁵ Las *direct actions* o acciones directas son aquellas que puede incoar un accionista contra el administrador por daños sufridos en su propio patrimonio por la ilegítima actuación de aquél. Daño que es separable y distinto de los daños sufridos por otros accionistas. Se podría asimilar, salvando las distancias, a la acción individual de responsabilidad por actos de los administradores que lesiones los intereses de los socios. Las *class actions* o acciones colectivas sería, -de nuevo salvando las distancias-, la acción asimilada a nuestra acción social de responsabilidad cuyos presupuestos vienen expuestos por la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure* a cuyo tenor:

“(a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

(1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable:*

(2) *there are questions of law or fact common to the class:*

(3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class:*
and

(4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”*

Ahora bien, el proceso de adecuación o asimilación de las figuras referidas por los ordenamientos continentales se dirige a complementar y fundamentar las especificidades nacionales. Nuestra tradición jurídica, aunque con fundamentos legales diferenciados, no desconoce los deberes de diligencia y de lealtad. Y así, ya en torno a la figura típica del mandato al que inicialmente se ligaba el estándar de diligencia del administrador de sociedades, se infería un deber de diligencia -el del hombre medio o estándar común del buen padre de familia, arts. 1094, 1104 y 1719 CC- y un deber de lealtad derivado de la actividad de gestión que realiza el mandatario con fundamento en el principio general de buena fe -art. 7 del CC y su proyección en el marco de la ordenación contractual, en el art. 1258 del mismo cuerpo legal-.

Asimismo cabe señalar que en la actualidad, la utilización de la expresión deberes fiduciarios asociada a los deberes de los administradores de sociedades va perdiendo su uso en medida proporcional a la inquietud normativa de los estados por intervenir en el marco organizativo empresarial regulando, con carácter imperativo, los deberes de los administradores al objeto primario de evitar que el administrador busque la satisfacción de sus propios intereses, en lugar de actuar movidos únicamente por los intereses de aquellos a quienes representan.

En ese sentido se infiere que cuanto más extensiva se haga la concepción del interés social, cuanto mayor sea el número de *stakeholders* cuyos intereses se pretenda tutelar, cuanta mayor voluntad de socialización del interés social, mayor será la transición del concepto de interés social hacia el de interés público lo cual no hará sino que reforzar la referida inquietud normativa del legislador.

Así, ante el tradicional marco no imperativo de los deberes de los administradores en sede de la relación contractual privada administrador-sociedad gobernada por el principio de libertad de pactos -art. 1255 CC- el legislador ha reaccionado, influido por el entorno socio-económico y los códigos de buen gobierno, señalando el carácter imperativo del deber de lealtad -sin perjuicio de que, concurriendo determinadas circunstancias se pueda dispensar ciertas conductas- y la responsabilidad por su infracción sancionando con la nulidad a toda disposición estatutaria que pretenda limitar o excluir la referida imperatividad²⁹⁶.

Pues bien, el *common law* ha sido pionero en la formación, eminentemente jurisprudencial, de un cuerpo de ordenación de los deberes fiduciarios de los administradores. Así, es en la experiencia jurídica estadounidense de dónde parte esa disociación entre estándar de conducta -*standar of conduct*- y estándar de revisión -*standar of review*-. El primero establece los modelos de conducta y el segundo los modelos de valoración de responsabilidad que el tribunal debe aplicar en el juicio revisorio de la actuación de los administradores.

Son, por tanto, “prerequisitos” de la *class action* o acción colectiva: que hayan numerosos demandantes, que se traten de cuestiones comunes a esa colectividad, tipicidad, adecuada representación del accionante “*lead plaintiff*”. Por último, las *derivative actions* o acciones derivadas son las ejercidas por uno o más accionistas para coadyuvar una acción judicial que pertenece a la sociedad, pero que no ha sido ejercida. Sería el caso, nuevamente salvando las debidas distancias, de legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social a que se refiere el artículo 240 LSC.

²⁹⁶ El art. 230.1 LSC en redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, dispone que “El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

Lo señalado reviste especial importancia especialmente en el marco del deber de diligencia pues en la misma concurren parámetros de actuación exigidos *ex ante* y también *ex post*. Los primeros se ordenan conforme al estándar propio del *duty of care*, los segundos se ordenan a través de un recurso dirigido al juzgador -*Business Judgment Rule*- para que, en el juicio revisorio, valore la adecuación de la actuación del administrador.

Señaladamente en el modelo estadounidense, los deberes fiduciarios han sido compilados en instrumentos de carácter recomendatorio y modelar entre los que destaca la *Model Business Corporation Act*, responsabilidad de la *American Bar Association*²⁹⁷ y los *Principles of Corporate Governance*, publicados por el *American Law Institute*. Merece referencia asimismo la *Delaware General Corporation Law* (DGCL), Título 8 del *Delaware Code*, cuya especial influencia deriva del hecho de que una parte muy importante de las grandes sociedades cotizadas norteamericanas se encuentran “incorporadas” en dicho estado y, por tanto, reguladas por su legislación societaria donde se aplica al máximo el principio de autorregulación societaria²⁹⁸.

Vamos seguidamente a referirnos, someramente, a los deberes fiduciarios en el marco del derecho anglosajón -*common law*- para identificar tanto su origen como sus elementos configuradores, desarrollados mucho antes que en el *civil law*, lo que viene a explicar su significativa incidencia sobre la construcción del estatuto jurídico del administrador de sociedades en los ordenamientos continentales. Para ello, principalmente, recurriremos a los *Principles of Corporate Governance* por dedicarse, en mayor medida, a recoger jurisprudencia en materia societaria.

7.1. Duty of Loyalty²⁹⁹.

²⁹⁷ La versión publicada en 2005 de la *Model Business Corporation Act* -MBCA- dedicaba ya significativa atención a la articulación normativa de los deberes fiduciarios. Así, los apartados 8.30 a 8.33 se refieren al estándar de conducta y responsabilidad de los administradores de sociedades: los apartados 8.42 al estándar de conducta de los ejecutivos: los apartados 8.60 a 8.63 a las situaciones de conflicto de interés, y, finalmente el apartado 8.70 a la cuestión del aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad. Con relación al estándar de conducta de los administradores, el apartado 8.30.a) establece que cada miembro del órgano de administración debe actuar de buena fe y de la manera que razonablemente considere mejor para el interés de la sociedad (*reasonably believes to be in the best interest of the corporation*). Este precepto, según el comentario oficial de la propia *American Bar Association* -ABA-, regiría todos los aspectos de los deberes de los administradores: el deber de diligencia, de informarse, de investigar (*inquiry*), de emitir juicios informados (*informed judgment*), de prestar la atención suficiente a los asuntos de la sociedad, de informar (*disclosure*), de lealtad, de trato justo (*fair dealing*) y, en definitiva, el deber fiduciario, en sentido amplio, al que normalmente se recurre como marco de referencia al evaluar la conducta de los administradores.

²⁹⁸ Así, el art. 102.b.7 de la *Delaware General Corporation Law* prevé la posibilidad de establecer estatutariamente la limitación o exclusión de la responsabilidad de los administradores por infracción del deber de diligencia, sin embargo, la misma disposición legal prevé expresamente la prohibición de la misma práctica respecto del deber de lealtad.

²⁹⁹ *American Law Institute. Principles of corporate governance, Part V, Duty of fair dealing*, pp. 199 y ss., donde se establece que los administradores han de cumplir el deber de lealtad en las transacciones con la compañía (section 5.02), en relación a las compensaciones que reciban por sus servicios a la empresa (section 5.03), en el uso de información secreta o privilegiada de la sociedad (section 5.04), respecto de las oportunidades de negocios de la sociedad (section 5.05), competencia con la sociedad (section 5.06), transacciones entre sociedades con administradores comunes (section 5.07), en las relaciones con asociados de administradores (section 5.08). Señala, por su parte LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit., pp. 37 ss., que el deber de lealtad “tiene por finalidad evitar que los administradores, por muy diligente que sean estos, obtengan cualquier beneficio a expensas de la sociedad en un conjunto

Los tribunales anglosajones han reconocido y desarrollado el deber de lealtad a partir de la ya mencionada sentencia del Caso *Charitable Corp. v. Sutton*³⁰⁰, del año 1742, en la que se impuso un deber de “*fidelity to the corporation*”, aunque el término específico “*loyalty*” no se habría adoptado formalmente hasta 1939 con el Caso *Guth v. Loft, Inc.*, en el que se atribuyó a los administradores el deber de evitar cualquier conducta que pudiera perjudicar a la sociedad de capital administrada y en el que se estableció explícitamente que el deber de lealtad a la sociedad implicaría evitar los conflictos entre el interés de la sociedad y el interés personal del administrador.

El deber de lealtad consiste genéricamente en la obligación de que el administrador se comporte correctamente “*fairly*” con la sociedad. Su incidencia se sitúa en el contexto del conflicto de intereses en el que, el deber de lealtad, impone subordinar todo interés al interés de la sociedad. La jurisprudencia norteamericana ha ubicado la importancia del *duty of loyalty* en dos escenarios principales: i) en la celebración de contratos entre el administrador y la sociedad (*self-dealing*) y ii) otros comportamientos de los administradores reveladores de conflictos de intereses³⁰¹.

En relación al primer escenario, hay que señalar que hoy se reconoce que el deber de lealtad no prohíbe las transacciones entre *insiders* y la sociedad si bien, tal contrato, estará sujeto a una valoración siguiendo el criterio de la *fairness*³⁰² que impone; i) el contrato debe ser equitativo -*fair*-, es decir, el precio debe ajustarse a la “justicia del mercado”, ii) debe concurrir *full disclosure*, esto es, el administrador debe informar convenientemente acerca de todos los extremos de la operación y iii) el administrador debe respetar el *fair dealing*, es decir, debe respetar un comportamiento aséptico y correcto en todo el proceso de negociación.

En relación al segundo escenario, el deber de lealtad impide que el administrador haga uso de bienes o de información societarias, abuse de su posición para obtener beneficios personales o se apropie de oportunidades societarias de negocio (*corporate opportunities*³⁰³). El *insider trading* constituye el ejemplo más significativo de aprovechamiento de la información societaria pues el *duty of loyalty* impide que el administrador se aproveche de secretos societarios, u obtenga beneficios ilegítimos “*undisclosed commissions*” aunque no concurra daño alguno para la sociedad teniendo el deber, el administrador que tome conocimiento de una oportunidad societaria de negocio, de ofrecerla a la sociedad antes de beneficiarse de ella y, sólo si la sociedad mayoritariamente la rechaza podrá el administrador aprovechar tal oportunidad.

Para resolver cuándo una oportunidad de negocio -*business opportunity*- es una oportunidad societaria de negocio -*corporate opportunity*- la jurisprudencia ha desarrollado varios tests, tales como el *interest or expectancy test*, el *line of business test*,

de situaciones, excluidas las comprendidas en el deber de diligencia, en las que está presente un conflicto entre el interés de éstos y el de la sociedad cuya empresa administran”.

³⁰⁰ Proceso seguido “*In the court of Chancery*” por “*Lord Hardwicke*”. Case 126: “*The Charitable Corporation against Sir Robert Sutton and about fifty others*”. Lincoln’s-Inn –Fall. 13th August 1742.

³⁰¹ RAMOS, M.E., “Gobierno corporativo y deberes fiduciarios. Cuestiones actuales y reformas pendientes”, en la obra PEREZ CARRILLO, E.F (Coord.), *Gobierno corporativo y responsabilidad...*, cit., pp. 129 ss.

³⁰² EISENBERG, M., “An overview of the Principles of Corporate Governance”, *Bus. Law*, vol. 48, 1992.

³⁰³ Sección 5.04 *Principles of Corporate Governance* “*a director or senior may not use corporate property, material non-public corporate information, or corporate position to secure a pecuniary benefit*”.

el *fairness test* o el denominado *two steps test* cuyo examen excedería, con mucho, el objeto del presente trabajo.

Señalar por último que, en los casos de conflictos de intereses, ante las dificultades para ejercer las acciones de responsabilidad, por la falta de información y documentación probatoria necesaria, los tribunales paulatinamente optaron por trasladar la carga de la prueba a los administradores siendo ellos los obligados a probar que las transacciones realizadas habían sido justas o beneficiosas para la sociedad.

En este sentido, pasó a ser aplicada la regla jurisprudencial en virtud de la cual, si la transacción vinculada es aprobada por administradores no interesados, entonces la operación debe ser considerada válida salvo que el demandante logre probar que no era adecuada a los intereses de la sociedad, mientras que si dicha transacción es aprobada solamente por administradores interesados, debe ser considerada inválida salvo que el administrador logre probar que resulta adecuada a los intereses de la sociedad³⁰⁴.

7.2. *Duty of care*³⁰⁵.

El primer caso donde se reconoce explícitamente a los administradores el deber de ejercer sus funciones con cuidado y diligencia fue el Caso *Percy v. Millaudon* de la Corte Suprema de Luisiana, del año 1829. El deber de diligencia consiste en el deber de “prestar atención y de adoptar buenas decisiones” y de ejercer con diligencia las obligaciones emergentes del cargo de administrador. En su evolución, el *duty of care*, ha pasado por diversos estadios que se corresponden con los siguientes estándares o niveles de diligencia exigible: i) negligencia grosera³⁰⁶; ii) la diligencia del administrador ordinario

³⁰⁴ Así se procedió, entre otros en los Casos *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, de 1921, *Backus v. Finklestein*, de 1924 o en el Caso *Popperman v. Rest Haven Cemetery, Inc.*, de 1961.

³⁰⁵ *American Law Institute. Principles of corporate governance*. Part IV, “*Duty of care and the Business Judgment Rule*”, pp. 134 y ss., se concibe al deber de diligencia como aquel que lleva a realizar las funciones de administrador “*in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances*” (section 4.01.a), concepción que se vincula con la denominada “*business judgment rule*” (subsection 4.01.c) que implica que el administrador cumplirá, de buena fe, con el deber de diligencia cuando: “1) *is not interested in the subject of the business judgment*; 2) *is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances*; and 3) *rationally believes that business judgment is in the best interests of the corporation*. En nuestro derecho, señala LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., pp. 37 ss., que el deber de diligencia “trata de evitar que los administradores administren negligentemente la empresa, esto es, que prefieran dedicar más tiempo a sus intereses personales y prestar menos atención a la administración de la empresa en lugar de dedicarle más tiempo y desarrollar una actividad más diligente”. Por su parte, FONT GALÁN, J.L., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *RdS*, n° 25, 2005, pp. 89 y ss., atribuye al deber de diligencia la calidad de raíz de los deberes fiduciarios y afirma que “el deber de fidelidad al interés social tensiona y anuda todos los deberes en un objetivo común: la promoción y defensa del interés social”.

³⁰⁶ Caso *Godbold v. Branch Bank*, de 1847. Esta acepción adoptada por BLACK, B.S., “The principal fiduciary duties of board of directors”, *Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance*, Singapur, 2001, p. 6 donde afirma que “el deber de diligencia implica solamente prestar atención e intentar tomar buenas decisiones “*show up, pay attention and make decision that is not completely irrational*” ya que, en ese caso, los tribunales no condenarían pero sí en los casos en que las decisiones adoptadas resulten completamente irracionales.

prudente en circunstancias similares³⁰⁷, y iii) la diligencia que una persona ordinaria prudente tendría al administrar un negocio propio³⁰⁸.

Mayoritariamente se optó por codificar el deber de diligencia siguiendo la segunda formulación -la del “*ordinarily prudent director*”-. Así, la Sección 4.01(a) de los *Principles of Corporate Governance* señala que “el administrador tiene, ante la sociedad, el deber de actuar de buena fe, con la diligencia que normalmente tendría una persona prudente en esa posición y en similares circunstancias y en el modo en el que razonablemente crea que se persiguen mejor los intereses de la sociedad”.

La tendencia jurisprudencial pasó a ser, entonces, exigir al administrador la prudencia que tendría una persona prudente común en una posición semejante bajo similares circunstancias. De dicha formulación se derivarían deberes más específicos como: i) el deber de vigilancia (*duty to monitor*) que consiste en supervisar y controlar el ejercicio de la gestión de la sociedad, ii) el deber de investigar (*duty to inquiry*) que consiste en controlar la fiabilidad de la información obtenida siempre que concurren motivos para dudar de ella, el deber de actuar razonablemente en el proceso de adopción de decisiones empresariales y iii) el deber de tomar decisiones razonables o de proceder con diligencia en el proceso de toma de decisiones.

De modo paralelo al *duty of care*, se desarrolló en la jurisprudencia norteamericana la *Business Judgment Rule* que, en sede revisoria de la conducta diligente -*standard of review*- viene a establecer los modelos de conducta revisables para el enjuiciamiento de una actuación fuera del contexto concurrencial en que la misma se adoptó. En tal sentido, cumplidos los presupuestos exigidos para la valoración *ex post* de la conducta realizada -esto es, no tener interés personal en el objeto de la decisión, estar adecuadamente informado respecto al mismo y actuar de un modo que se considere en el mejor interés de la sociedad- situaba al administrador en una posición inmune frente a cualquier pretensión resarcitoria.

8. Imperatividad o disponibilidad de los deberes fiduciarios.

En el debate en torno a la naturaleza jurídica de los deberes fiduciarios concurre una posición contractualista y otra no contractualista, axiomática o moralista teniendo, la adscripción a una u otra, evidentes efectos en la comprensión de los deberes fiduciarios bien como deberes dispositivos que permiten que los agentes económicos participantes en las sociedades de capital puedan separarse, por libre acuerdo -*opt out*-, de la regulación positiva, o bien como deberes imperativos dada la entidad superior de los valores en juego. Cabe, *prima facie*, advertir que los ordenamientos europeos han optado, mayoritariamente, por limitarse a excluir de la autonomía privada el poder de limitar la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes fiduciarios³⁰⁹.

³⁰⁷ Caso *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, de 1963.

³⁰⁸ Caso *Burkhart v. Smith*, de 1931

³⁰⁹ En Alemania, la doctrina mayoritaria –entre otros, HÜFFER, U., *Aktiengesetz*, ed. C.H. Beck, Múnich, 2008, p. 465-, sostiene que el art. 93 AktG -que, en síntesis, viene a recoger la *business judgment rule* desarrollada por la jurisprudencia norteamericana- es una norma imperativa. En Reino Unido, el art. 232 de la *Companies Act* de 2006, establece la prohibición de las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad de los administradores. En Portugal, el art. 74.1 del *Código das sociedades comerciais* prevé la nulidad de las cláusulas contractuales que limiten la responsabilidad de los administradores, y en España, el art 230.1 LSC, sostiene el carácter imperativo de las normas que regulan el deber de lealtad y la responsabilidad de los administradores. Sin embargo, en el ordenamiento italiano, el art 2380.1 Codice

La perspectiva moralista, en congruencia con su visión ética y dogmática de los deberes fiduciarios, entiende que éstos son la proyección material de un conjunto de valores y postulados deontológicos de tal arraigo en la conciencia de las personas que los haría indisponibles y no susceptibles de negociación. A mayor abundamiento, se sostiene que el *opt out* a través del pacto contractual sería esencialmente injusto y, en consecuencia, limitable, en la medida en que ocasionaría eventuales perjuicio a terceros que, no habiendo participado de dicho pacto, podrían verse afectados por el mismo.

Así, el ordenamiento jurídico contempla los intereses de todos los participantes y, separarse del mismo, introduciría distorsiones y perjuicios en quienes permanecen ajenos al contenido de dicho pacto. En efecto, los deberes fiduciarios no solamente estarían diseñados para proteger a los accionistas sino también a otros *stakeholders*, como los acreedores, quienes se verían indirectamente perjudicados -desprotegidos- por el *contracting out* de los deberes.

La perspectiva contraria, esto es la contractualista, partiría del concepto de empresa como nexo de contratos de la teoría económica de la agencia de suerte que la empresa se presenta como un nexo de relaciones contractuales pretendiendo determinar el contrato más eficiente minimizando los problemas de agencia³¹⁰.

Las normas de Derecho de sociedades, también las que regulan las relaciones fiduciarias, tendrían como único objetivo la reducción de los costes de transacción de las partes y en consecuencia, en todo caso, cederían ante los acuerdos explícitos de las partes involucradas. Partiendo de la naturaleza contractual de los deberes fiduciarios, no habría obstáculo para afirmar la validez y licitud de todas las modificaciones de su régimen jurídico positivo. Los deberes fiduciarios serían contractuales por naturaleza y, en consecuencia, esencialmente disponibles.

Por último, hay que mencionar una tercera posición que suaviza la rigidez de las teorías enunciadas mostrándose partidaria de la prudente combinación, en el ámbito societario fiduciario, de normas de carácter imperativo y reglas de naturaleza dispositiva. Los representantes de ésta posición ecléctica al concebir a la sociedad de capital como una organización de personas y bienes, dirigida a la obtención de lucro *-profit-seeking-* y organizada por diversas reglas, sostiene que mientras varias de dichas reglas serían determinadas unilateralmente por la acción de los propios órganos societarios, otras lo serían por las fuerzas del mercado, por acuerdo de partes y, finalmente, algunas determinadas o previstas por la ley positiva³¹¹.

Nuestra doctrina considera que, en cuanto derivados del contrato de sociedad, los deberes fiduciarios son de naturaleza contractual y, por ello, no parece que pueda negarse que las

Civile italiano prevé que la normativa que regula la actuación del órgano de administración sería esencialmente dispositiva disponiendo su aplicación siempre que los estatutos sociales no establezcan soluciones distintas.

³¹⁰ JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency...", cit., pp. 305 ss. Entre las críticas más habituales a la teoría de la agencia se encuentra la de FONTRONDONA, J. y SISON, A.J.G., "The nature of the firm, agency theory and shareholder theory: a critique from philosophical anthropology". *JBE*, Springer, 2006, núm. 66., pp. 33 ss., que entienden que esa teoría cuestiona la propia titularidad de la empresa pues si ésta es considerada un nexo de contratos entonces nadie sería el poseedor de ella dado que no se puede ser dueño de un simple nexo. Solamente podrían existir propietarios de varios factores de producción, lo que no implica que poseer capital sea lo mismo que poseer la empresa.

³¹¹ EISENBERG, M., "The structure of corporation Law", *Colum. LR.*, Vol. 89, 1989, p. 1461

partes puedan modificar libremente el régimen de responsabilidad por su infracción mediante la inclusión de las oportunas cláusulas en los estatutos de la sociedad³¹².

Ahora bien, si bien lo explicitado sería incuestionable respecto al deber de diligencia³¹³, no lo es respecto al deber de lealtad en relación al cual se dispone su régimen imperativo -art. 230.1 LSC- no siendo, por tanto, válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. Es por ello que el silencio de la LSC sobre el carácter imperativo del deber de diligencia frente a la expresa atribución de naturaleza imperativa al deber de lealtad, impone colegir, *a contrario*, en la validez de dichas cláusulas³¹⁴.

La modificación estatutaria del deber de diligencia no es más que un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable -*ex art. 6.2 Cc-* que no se vería afectada por el límite de la ausencia de perjuicios a terceros establecido en el mismo artículo³¹⁵. La protección de los acreedores sociales ante a una eventual modificación del contenido del deber general de diligencia solo podría fundarse en una norma imperativa análoga a la referida respecto al carácter imperativo del deber de lealtad³¹⁶.

El fundamento de la licitud de las cláusulas estatutarias que modifican el régimen del deber general de diligencia reside en el carácter no imperativo o supletorio de la voluntad de las partes de este deber. A mayor abundamiento, la licitud de las cláusulas o disposiciones estatutarias que modifican el régimen del deber general de diligencia vendría avalada por el art. 1103 Cc que, al no prohibir los pactos de impunidad por las infracciones del deber de diligencia exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, está admitiendo su validez.

³¹² Así se expresa, entre otros LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, pp. 42 ss., PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit, pp. 46 ss., o ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Sociedades de capital: deber de diligencia de los administradores”, en JUSTE MENCIA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital...*, cit., p. 315, señala que “la responsabilidad de los administradores por infracción del deber de diligencia puede limitarse en los estatutos sociales y es asegurable pudiendo ponerse a cargo de la sociedad el pago de las primas correspondientes”.

³¹³ Avala esa interpretación el propio Código civil que en su art. 1103, al no prohibir los pactos de impunidad por las infracciones del deber de diligencia exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones está admitiendo su validez.

³¹⁴ Es de destacar que HERNANDO CEBRIÁ, L., “La configuración estatutaria del deber de...”, cit., pp. 125 ss., sostiene que la modificabilidad del deber general de diligencia que han de prestar los administradores de las sociedades de capital se extiende tanto a la supresión pura y simple del deber general de diligencia como a las modificaciones relativas tanto al tipo como al grado del modelo de conducta del «ordenado empresario» exigido por el art. 225.1 LSC.

³¹⁵ Así, como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 225. Deber general de...”, p. 324, “...el deber de diligencia es modificable por vía estatutaria. Aunque no se puede eliminar completamente –porque supondría dejar el cumplimiento del contrato de administración al arbitrio del administrador- son válidas las cláusulas estatutarias que limiten la responsabilidad de los administradores por infracción del deber de diligencia. Por ejemplo estableciendo una cuantía máxima para la indemnización vinculada a la suma asegurada en el contrato de seguro de responsabilidad civil del administrador celebrado por la sociedad o liberando de responsabilidad a los administradores por los daños causados por una conducta levemente negligente. La cuestión de si puede liberarse a los administradores de la responsabilidad por culpa grave es discutible y, probablemente, debe resolverse distinguiendo los casos en los que los administradores hayan actuado de manera gravemente negligente de los casos en que la conducta de los administradores incluya, por ejemplo, culpa por representación del resultado dañoso o dolo eventual, en cuyo caso, la eventual limitación estatutaria de la responsabilidad no encontraría aplicación. Lógicamente, y por la misma razón, el deber de lealtad no puede suprimirse por vía estatutaria”.

³¹⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., pp. 36 y 37.

El carácter no imperativo y supletorio del deber general de diligencia de los administradores fundamenta simultáneamente la validez del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos que cubre las indemnizaciones a favor de la sociedad o de terceros a cuyo pago sean condenados los administradores como consecuencia de los daños que la infracción del deber general de diligencia haya causado al patrimonio social³¹⁷.

9. Naturaleza jurídica de la actividad de administración.

Definir en qué consiste la actividad de administrar, al objeto de delimitar la prestación debida por el administrador, no es tarea sencilla ya que la noción de administración de sociedades es “elástica e indeterminada”³¹⁸. Lo que ahora se pretende no es definir el concepto del deber de administrar -deber que, *obiter dicta*, es la principal obligación de los administradores y lo que da sentido a su existencia- sino determinar la naturaleza de la prestación que es objeto de la obligación de administración.

Con dicho propósito, resulta de gran interés encuadrar la obligación de administrar dentro de la dicotomía “obligaciones de medios” y “obligaciones de resultado”. Esta distinción, que tiene su origen en la doctrina francesa³¹⁹ de principios de siglo pasado, nace con la pretensión de superar la dicotomía clásica formada por las obligaciones contractuales y extracontractuales, principalmente en lo referente a los tipos de responsabilidad. Se pretende con ella aclarar en qué consiste el objeto de la obligación -o la naturaleza de la prestación-, para, de ésta forma, facilitar la determinación de su cumplimiento o incumplimiento.

Lo que permite distinguir entre las obligaciones de medios y las de resultados es la diferente naturaleza de la prestación³²⁰. Así, mientras que en las obligaciones de medios el deudor sólo se compromete a una actividad, que puede ser de hacer o no hacer, en las de resultado se obliga a un resultado determinado, no siendo suficiente para el cumplimiento de la obligación que haya actuado diligentemente³²¹. En las obligaciones de medios el actor cumple si actúa con la diligencia debida, con independencia de que se produzca o no el resultado deseado, como sería normal, se origina pues, una aleatoriedad en el resultado.

En las obligaciones de resultado, éste debe producirse, no estando sujeto a aleatoriedad alguna, quedando, en caso contrario, el deudor sujeto a responsabilidad frente al acreedor.

³¹⁷ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El deber general de diligencia...”, cit., pp. 59 ss.

³¹⁸ SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 163.

³¹⁹ DEMOGUÉ R., *Traité des obligations*, T. V. Paris, 1925, pp. 538 ss., fue el primero en plantearla.

³²⁰ Así, señala LOBATO GOMEZ, J.M., “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *ADC*, vol. 45, núm. 2, 1992, p. 692, que “cuando se trata de una obligación de medios el compromiso del deudor no es estricto y se resuelve en un comportamiento diligente, y el interés primario que llevó a contratar al acreedor no está *in obligatione*: cuando se trata de una obligación de resultado el compromiso del deudor es estricto y se resuelve en la producción de un resultado, y el interés del acreedor sí está *in obligatione*. Por tanto, las unas tienen por objeto el resultado que las partes contratantes han tenido presente al celebrar el contrato: las otras tienen por único objeto los medios diligentes que ha de emplear el deudor para obtenerlo”.

³²¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, ed. Madrid. 1972, Madrid, pp. 986 ss. El autor señala que “en las obligaciones de medios la prestación se nutre sólo del comportamiento (activo o pasivo) del deudor, su obligación no se extiende más allá. Que el acreedor obtenga o no el resultado a que sin duda tendió, es indiferente... En el caso de las obligaciones de resultado, por el contrario, el fin forma parte de la prestación. Son las llamadas prestaciones de resultado”.

En las obligaciones de medios el riesgo de la operación lo asume el acreedor, que solo puede exigir del deudor una actividad diligente, por el contrario, en las obligaciones de resultado, el riesgo corresponde al deudor. Por consiguiente, el riesgo del negocio corresponde al acreedor o al deudor según que se califique la obligación como de medios o de resultado lo que tiene significativa relevancia para la valoración de la culpa y la atribución de la responsabilidad³²².

Pues bien, señaladas las características de ambos tipos de obligaciones, puede afirmarse que la obligación de administrar debe encuadrarse entre las obligaciones de medios por cuanto el administrador sólo está obligado a actuar diligentemente en la gestión de los negocios sociales, cumpliendo su obligación con proceder con la diligencia que le viene impuesta sin podersele exigir un resultado y no asumiendo el riesgo por su gestión. Debe pues concluirse que la obligación de administrar y representar a la sociedad que corresponde a los administradores es una obligación de medios. Dicha ubicación de la obligación de administrar dentro de las obligaciones de medios parece la más adecuada y ha sido asumida por numerosos autores³²³.

La consecuencia de esta posición, es que el administrador debe planificar, organizar y ejecutar la gestión de negocios de la sociedad de modo que conduzca a lograr los fines sociales. Esto debe ser valorado conforme a las normas generales de la actividad económica y las concretas referidas al sector en el que opere la compañía. Se podrá afirmar que el administrador ha incumplido cuando su conducta se haya apartado de esta pauta e incurrirá en responsabilidad si a esto se añade un perjuicio para la sociedad por consecuencia de ello³²⁴. Por el contrario, los administradores no asumen el “riesgo de empresa”, es decir, si han actuado con la diligencia debida, no son responsables de que no se alcance el resultado apetecido. Este riesgo de empresa es asumido por la propia compañía³²⁵.

³²² QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., p. 158, señala que “la obligación de medios, en la que lo decisivo es el comportamiento del deudor, se muestra así como una categoría cercana a la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa personal, mientras que la obligación de resultados se aproxima a la responsabilidad objetiva en que la indemnización se conecta principalmente al hecho en sí del perjuicio”.

³²³ Entre muchos otros, GIRÓN TENA, J., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad anónima en el derecho español”, *ADC*, vol. 12, núm. 2, 1959, p. 447 / QUIJANO GONZALEZ “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., p. 159 / ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 686 / ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*”, ed. A. Giuffrè, 1979, p. 147 / SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., pp. 102 ss.

³²⁴ Conviene advertir, máxime a la vista del artículo 161 LSC, que constituye una obligación del administrador de sociedades la no ejecución de los acuerdos de la junta que sean ilegales o contrarios a los intereses de la sociedad. Es de recordar, al respecto, que la responsabilidad de los administradores subsiste aun cuando la junta general hubiera adoptado, autorizado o ratificado el acto o acuerdo lesivo llevado a término por los administradores (artículo 236 LSC). Por ello se dice que la junta general es un órgano no responsable, ya que sus acuerdos deben ser ejecutados por los administradores y es a éstos a quienes se imputa la responsabilidad por ilegalidad o lesividad. Desde esta perspectiva, los administradores constituyen un filtro para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas son legales y si son razonables o acordes con el principio de administración diligente.

³²⁵ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 686. En idéntico sentido, GARRIGUES, J / URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 159., al señalar que “los administradores no responden del éxito de su gestión, sino tan solo de haber adoptado todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante y un representante leal suelen adoptar en el planteamiento y ejecución del negocio de que se trate”

10. La Ordenación de los deberes de los administradores de sociedades en España. Soft Law y derecho positivo en la legislación societaria española.

La evolución jurisprudencial de la teoría jurídica de los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades de capital, desarrollada principalmente en el ámbito anglosajón, ha conformado un complejo acervo normativo recogido -como se ha señalado en el primer capítulo de la presente obra- por el movimiento de *corporate governance*³²⁶ en sus primeras recomendaciones, plasmado por los diferentes códigos de buen gobierno y por las normas de Derecho positivo.

Ciertamente, la articulación positiva de dicho conjunto de normas tendría la desventaja -aún en el caso de que sean consideradas normas dispositivas- de entorpecer el desarrollo de la teoría jurídica de los deberes fiduciarios en cuanto incentivarían a los agentes económicos a recoger las soluciones normativas sin intentar idear soluciones que, seguramente, terminarían perfeccionando las buenas prácticas actuales, una vez generalizadas y aceptadas (costumbre mercantil). Sin embargo, lo cierto sería que el movimiento internacional de gobierno corporativo, favorable a la articulación normativa, ha contribuido decisivamente a la difusión y adopción de normas destinadas a construir un estatuto de deberes de los administradores.

En el desarrollo normativo de los deberes fiduciarios, pueden identificarse dos etapas diferenciadas. La primera, de consagración de los deberes fiduciarios en el *soft Law*, esto es, en los códigos, informes o recomendaciones de buen gobierno corporativo que paulatinamente fueron publicándose, según diversas iniciativas, en los diferentes países en los que se introdujo el movimiento.

La segunda etapa, de corte reactivo, dirigida a dar respuesta a las dificultades en cuanto al *enforcement* de los códigos conductuales y a los escándalos financieros de los primeros años del siglo XXI desde la percepción de que el *soft Law* es insuficiente para asegurar el buen gobierno de las grandes sociedades³²⁷.

10.1. Primera etapa: el desarrollo del soft Law en España.

En el contexto de la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad y sin perjuicio de ella, surge el denominado movimiento de *corporate governance* como instrumento dirigido, entre otros objetivos, a optimizar la actuación de los administradores en el desarrollo de sus funciones. Así, como ha sido señalado, la cuestión de los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades de capital ha ocupado un lugar relevante en los esfuerzos del movimiento de *corporate governance*.

Los esfuerzos por definir y dotar de contenido y desarrollo a los referidos deberes fiduciarios ha formado parte importante de diversos instrumentos de ordenación en el

³²⁶ ESTEBAN RIVERO, J.S., “Aproximación a la nueva LSC para la mejora...”, cit., p. 2.

³²⁷ Así, EMBID IRUJO, J.M., “La codificación del gobierno...”, cit., p. 20 se refiere a la concurrencia de un contexto caracterizado por albergar un “tratamiento doble del gobierno corporativo” desde la conciencia de la existencia simultánea de un “Derecho firme” y un “Derecho blando”. Dicha circunstancia, presente en la mayor parte de ordenamientos jurídicos coexiste con fenómenos de diverso signo, explicativos de la inseguridad dominante en la materia, así como de la fluidez de las fronteras entre ambas formas de ordenación.

ámbito del *soft Law* –recomendaciones sí, pero ordenación a la postre e integradas “de pleno derecho” en el acervo normativo en la materia-, en cuanto comprenden proposiciones con voluntad de ordenación de carácter objetivo, pero de origen formal no legal y, en principio, no vinculantes dirigidas a promover la mejora del gobierno corporativo de las sociedades.

Así, tanto en el ámbito internacional –donde destacan especialmente los Principios de gobierno corporativo de la OCDE- como nacional –donde proliferaron, con diferentes denominaciones, los códigos de buen gobierno corporativo-, se hizo el esfuerzo de articular normativamente los deberes de los administradores a través de normas generales y de una serie de reglas concretas derivadas de las primeras. Se procederá seguidamente, sin ningún ánimo de exhaustividad y con delimitación expositiva sobre los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades de capital, a citar los instrumentos de *soft Law* de innegable incidencia sobre el desarrollo de *praxis* societaria así como sobre la normativa positiva³²⁸.

El primero de los instrumentos de *soft Law* producidos en España que reconocía la trascendencia de los deberes fiduciarios de los administradores como instrumento de buen gobierno corporativo es el Informe del Círculo de Empresarios publicado en 1996³²⁹. En dicho documento se advertía que la norma legal que regulaba tales deberes, que establecía simplemente que los administradores “desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal” -art 127 LSA- resultaba “insuficiente e imprecisa”, por lo que enumeraba una serie de obligaciones mínimas exigibles a los consejeros: i) orientar su actuación al “interés general de la sociedad que es el de todos los accionistas” antes que al propio; ii) servir con lealtad a la empresa, con objetividad e independencia; iii) informar al consejo cualquier situación en la que podría existir conflicto de intereses y abstenerse de participar en la discusión en torno a ella; iv) dedicar el tiempo y atención necesarias a su función asistiendo a las reuniones correspondientes; v) informarse debidamente para tomar las decisiones; y v) mantener reserva de la información de la sociedad.

La propuesta del Círculo de Empresarios, si bien no gozó de fuerza vinculante alguna sobre los agentes del mercado, destaca por su capacidad de recoger con bastante precisión el desarrollo de la teoría de los deberes en el ámbito anglosajón, por lo que constituyó un útil antecedente para los documentos que luego se publicarían y gozarían de mayor repercusión.

³²⁸ EMBID IRUJO, J.M., “La codificación del gobierno...”, cit., p. 27., al hablar del papel del “*soft law*” en la formación del derecho firme en materia de gobierno corporativo que “...ya no sería sólo la voluntad del legislador (siguiendo el paradigma positivista tradicional) el único elemento determinante sino que el primer paso en el camino hacia la norma vendría dado por el establecimiento de las recomendaciones de los códigos de buen gobierno, algunas de las cuales (no todas) tras una cierta experimentación, se convertirían, por la mediación del legislador, en normas jurídicas. Dicho de otro modo el “Derecho blando” vendría a ser, meramente, una suerte de ensayo, una tentativa de regulación que, en el caso de superarse la prueba del *comply or explain*, aspiraría a convertirse en Derecho firme”. En idéntico sentido, señala GIRGADO PERANDONES, P., “La incorporación de las reglas de buen gobierno en la ley de sociedades de capital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, agosto 2015, p. 598., que “la temática del gobierno corporativo ha dejado de consistir únicamente en un conjunto de reglas de cumplimiento voluntario (mal llamado *soft law*) y ha ido incorporándose al ordenamiento, tímidamente en sus inicios y de una manera más clara y eficaz en cambios legislativos”.

³²⁹ Informe rubricado “Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración”. V. Cap. I. Apart. 2. Nota 4.

Un año después, el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de febrero de 1997, acordó la creación de una comisión especial para el estudio de un Código ético de los consejos de administración de las sociedades que se constituyó bajo la presidencia de Manuel Olivencia Ruiz y que fue publicado el 26 de febrero de 1998. El denominado Informe Olivencia dedica explícitamente el apartado 8 de su parte II a los deberes fiduciarios de los administradores.

En síntesis, propone la incorporación al ámbito español de gran parte de las normas derivadas de los *fiduciary duties*, de tradición anglosajona. Advierte el carácter “abstracto y genérico” del entonces art. 127 LSA señalando la conveniencia de que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones derivadas de los deberes de diligencia y lealtad y de que el Consejo promueva la adopción de medidas dirigidas a extender los deberes a los accionistas significativos.

Respecto del deber de lealtad, el apartado 8.2 recomienda, al respecto, dos reglas fundamentales: i) que el administrador se abstenga de intervenir en las deliberaciones de los asuntos en los que tenga un interés personal, y ii) que se tenga el máximo de cautela en la admisión de transacciones entre el administrador y la sociedad. Adicionalmente, recomienda que la normativa interna de las sociedades prevea la obligación de comunicación previa de la situación de conflicto de interés, así como mecanismos de control dirigidos a garantizar el interés social en este tipo de operaciones.

Por su parte, el apartado 8.3 se refiere al deber de discreción -secreto- y pasividad -no usar la información privilegiada para fines privados-. También en relación al deber de lealtad, el apartado 8.5 recomienda la obligación de comunicar “cualquier hecho, situación o vínculo relevante para su leal actuación como administrador”, disposición que también se recomienda incluir en los reglamentos internos.

Los escándalos financieros ocurridos en los primeros años del siglo XXI (señaladamente, y por su enorme magnitud, el caso *Enron Corporation*, en EEUU), tuvieron un efecto desestabilizador del gobierno corporativo en todo el mundo, ocasionando que muchos países se replanteen los principios normativos que deben regir el buen gobierno de las sociedades, en general, y de los deberes fiduciarios, en particular.

España no fue una excepción en este proceso y, por mandato del Consejo de Ministros del gobierno, del 19 de julio de 2002, se constituyó una comisión especial para el estudio de los criterios y pautas, a los que deberían someterse las sociedades cotizadas, para aumentar la transparencia y seguridad de los mercados. Los trabajos de dicha comisión especial tuvieron como resultado la publicación, en enero de 2003, del denominado Informe Aldama, en honor al presidente de la comisión, Enrique de Aldama y Miñón.

El Informe Aldama dedica sus secciones II y III a los deberes fiduciarios de los administradores señalando que su objetivo es encontrar el equilibrio entre la necesaria protección legal del derecho de propiedad de los accionistas y la mayor autorregulación posible -libertad contractual-³³⁰. Del principio de libertad, así entendido -de los

³³⁰ En efecto, señala el Informe de la Comisión Especial...(Informe Aldama, 2003), cit., p. 12., que “Este Informe responde a la búsqueda de un equilibrio entre, por una parte, una regulación orientada a la protección legal de los derechos de propiedad de los accionistas, que constituyen, en último término, la piedra angular del sistema de los mercados de capitales, y, por otra parte, la mayor autorregulación posible de las empresas cotizadas”.

accionistas y de la sociedad-, en efecto, se derivarían los principios de transparencia, lealtad y diligencia.

La sección II aborda el deber de informar *-disclosure-* derivado del principio de transparencia. El Informe señala que el principio de transparencia debe erigirse en el principio fundamental de la regulación (apartado II.1). El informe reconoce el mérito del Informe Olivencia al señalar la importancia de las reglas derivadas del deber de lealtad establecidas en el mismo, pero entiende necesario completar sus indicaciones, incorporando las mismas a la legislación societaria.

En su apartado II.2 señala que la legislación española adolece de un adecuado tratamiento de la deslealtad en la medida en que tradicionalmente el régimen de responsabilidad de los administradores se habría basado fundamentalmente en la negligencia. En tal sentido entiende recomendable la articulación legal de las reglas derivadas del deber de lealtad.

Para ello, sería necesario, primariamente, separar claramente el aspecto de “creación de valor” del de “distribución de dicho valor” para distinguir, en función de ello, el deber de diligencia del deber de lealtad. Acto seguido, sostiene el Informe que el sistema legal debería castigar con el debido rigor las infracciones del deber de lealtad (distribución del valor) sin menoscabo del deber de diligencia (creación de valor).

Posteriormente, se afirma que el establecimiento legal de las normas concretas derivadas del deber de lealtad tendría la virtud de contribuir a su cumplimiento y, llegado el caso, a la adecuada verificación de su incumplimiento facilitando la labor de los jueces. Asimismo, constituiría un adecuado instrumento para orientar y facilitar ante presiones indebidas la actuación de los administradores y, además, contribuiría a la creación de una “cultura corporativa adecuada”³³¹.

El Apartado III.2.4 se refiere al deber de diligencia señalando que los administradores deben desempeñar su cargo “de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales”, lo que implicaría la participación activa de los administradores en las reuniones del Consejo y de las comisiones de que forme parte³³².

La consecuencia inmediata del Informe Aldama, meses después, fue la promulgación de la Ley de Transparencia, que modificó sensiblemente la legislación societaria española de los deberes fiduciarios de los administradores, incluyendo entre otras cuestiones, un catálogo de obligaciones derivadas de los deberes generales de diligencia y lealtad.

³³¹ Prevé asimismo el Informe ALDAMA las obligaciones mínimas que deberían considerarse derivadas del deber de lealtad: i) evitar y comunicar los conflictos de interés, ii) no desempeñar cargos en empresas competidoras, iii) no utilizar privadamente información no pública de la sociedad, iv) no usar indebidamente los activos de la sociedad, v) no aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, vi) secreto, vii) abstenerse de participar en deliberaciones en las que tenga interés personal, viii) notificar a la sociedad los cambios en su situación profesional susceptibles de conflictos de interés, ix) informar acerca de la participación en el capital social y x) informar acerca de las acciones judiciales o de cualquier otro tipo que pudieran afectar la reputación de la sociedad.

³³² En todo caso, afirma el Informe Aldama, -apart. III. 2.4- el deber de diligencia debería incluir: “i) dedicación de tiempo y esfuerzo, informarse debidamente y recabar la asistencia que considere oportuna, ii) participar activamente en el Consejo y comisiones de que forme parte, iii) oponerse a los acuerdos contrarios a la ley, los estatutos o el interés social, iv) instar la convocatoria del Consejo cuando lo entienda conveniente, v) solicitar la información extra que estime conveniente para lograr un juicio objetivo e independiente sobre el funcionamiento de la sociedad”.

También en el año 2003 la Fundación de Estudios Financieros española, publicó una “Guía de principios de buen gobierno corporativo, transparencia informativa y conflictos de interés en las sociedades cotizadas” en la que se dedica un apartado a los deberes fiduciarios de los administradores (apartado III.E), en términos muy similares a los previstos en el Informe Aldama. La primera parte del mencionado apartado del documento se refiere al deber de lealtad y fidelidad “para con la sociedad”³³³.

La segunda parte del documento desarrolla el deber de diligencia, señalando que el administrador debe dedicar a su función el tiempo y esfuerzo necesarios, participar activamente en las reuniones del órgano de administración así como de las comisiones de que forme parte instando a los demás miembros a que actúen en defensa del interés social, oponerse a las acuerdos contrarios a la Ley, los Estatutos o el interés social e instar la convocatoria de reuniones del órgano de administración cuando lo estime pertinente³³⁴.

³³³ Fundación de Estudios Financieros Española: “Guía de principios de buen gobierno corporativo, transparencia informativa y conflictos de interés en las sociedades cotizadas”. Papeles de la fundación núm 2. 2003, pp. 13 ss., “E.1. Deber de lealtad y fidelidad. E.1.1. El deber de actuar con lealtad y fidelidad para con la sociedad, impone a los administradores el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Deber de secreto, no pudiendo utilizar en beneficio propio, ni facilitar a terceros, cuantos datos e informaciones reciba en el desempeño de su cargo, sin perjuicio de las obligaciones de transparencia e información que impongan la legislación mercantil y de los mercados de valores. b) Deber de hacer lo posible para evitar los conflictos de intereses entre él o sus familiares más directos, y la sociedad, comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración. c) No desempeñar ningún cargo en empresas competidoras con la sociedad, o sociedades de su grupo. d) Abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecten, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular. e) No utilizar, con fines privados, información no pública de la sociedad, salvo con la autorización del Consejo, debiendo informar al mismo de la situación que diera lugar a la aplicación de este precepto. f) No hacer uso indebido de activos de la sociedad ni tampoco valerse de su posición en esta última para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial. En todo caso, de las relaciones económicas o comerciales entre el Consejero y la sociedad deberá conocer el Consejo de Administración. g) No aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de Consejero. h) Notificar a la sociedad los cambios significativos en su situación profesional, los que afecten al carácter o condición en cuya virtud hubiera sido designado como Consejero, o los que puedan entrañar un conflicto de interés. i) Informar a la sociedad de las acciones de la misma, opciones sobre acciones o derivados referidos al valor de la acción, de que sea titular, directamente o a través de sociedades en las que tenga una participación significativa, así como de las modificaciones que sobrevengan en dicha participación accionarial o derechos relacionados, con independencia del cumplimiento de la normativa del mercado de valores. j) Informar a la sociedad de todas las reclamaciones judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que por su importancia pudieran incidir gravemente en la reputación de la sociedad. E.1.2. El administrador afectado por alguna de las circunstancias anteriores debe comunicar a la sociedad su existencia. Esta puede eximirle de su cumplimiento siempre que: a) Se realice mediante un procedimiento que asegure la independencia del órgano que otorga la dispensa respecto del administrador afectado. b) Se asegure que la transacción es equitativa y se hace en condiciones de mercado. c) Se asegure la transparencia de la operación. E.1.3. Las anteriores obligaciones deben extenderse también a las siguientes personas: a) A las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas. b) A los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros. c) A los administradores de hecho, es decir, a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título —o con un título nulo o extinguido— las funciones propias de administrador. d) A los administradores ocultos, siendo estos aquellas personas bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad. e) A los accionistas de control”.

³³⁴ Fundación de Estudios Financieros Española: “Guía de principios de buen gobierno corporativo, transparencia informativa y conflictos de interés...”, cit., pp. 15 y 16., “E.2. Deber de diligencia. El administrador debe: a) Dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para formar criterio respecto de las cuestiones que se vayan a someter y la colaboración o asistencia que considere oportuna, dejando constancia, en su caso, del grado de cumplimiento de su solicitud. b) Participar activamente en el órgano de administración y en sus Comisiones o tareas asignadas, informándose, expresando su opinión, e instando de los restantes Consejeros su concurrencia a la decisión que se entienda

En mayo de 2006, al amparo de la Comisión Nacional del mercado de valores y bajo la presidencia de Manuel Conthe, se publicó el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas que ha pasado al acervo popular como “Código Conthe” que, mención aparte, no dedica atención a los deberes fiduciarios de los administradores. El referido código de buen gobierno es objeto de actualización en junio de 2013 y en febrero de 2015 la CNMV se publica un “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”.

Cabe por último hacer mención de otros documentos de *soft Law* publicados por iniciativa de organizaciones internacionales, así: i) por iniciativa de la Comisión Europea se publica en noviembre de 2002 el denominado Informe Winter Cabe, que, si bien es partidario de que cada estado miembro de la UE desarrolle sus propias normas de gobierno corporativo, hace alguna referencia a la cuestión de los deberes fiduciarios, ii) Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó en el año 2004 una actualización de sus “Principios de Gobierno Corporativo”, publicados originariamente en 1999, con el objetivo de convertirse en referencia y fuente de inspiración normativa de los agentes vinculados al movimiento de *corporate governance*. En relación a los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades, el literal A del Principio VI del documento publicado por la OCDE, prevé que los miembros del consejo “deben actuar disponiendo siempre de la información más completa, de buena fe, con la diligencia y atención debidas y en el más alto interés de la sociedad y de los accionistas”.

iii) Por último, cabe hacer mención de la *International Corporate Governance Network* (ICGN), publicó en el año 2009 una edición revisada de sus *Global Corporate Governance Principles*, en la que describe la relación fiduciaria de los administradores de sociedades, así como las principales obligaciones derivadas del cargo en el *Corporate Board* (apartado 2). Los administradores, afirma el documento, serían “fiduciarios” que deben actuar, con diligencia, en el mejor interés de la sociedad y de sus accionistas.

10.2. Segunda etapa: evolución de la articulación de los deberes fiduciarios de los administradores como derecho positivo.

La atención del legislador español por los deberes de los administradores sociales es reciente. De hecho, el legislador societario de la última década del siglo XX que tanto se prodigó en reformas e innovaciones legales apenas se ocupó de los deberes de los administradores sociales. Ni la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, ni la Ley de Agrupaciones de interés económico de 1991, ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, ni la Ley de Sociedades laborales de 1997, ni la Ley de Sociedades Cooperativas de 1999 se ocupan de modo especial de los deberes de los administradores sociales. Así, el legislador del pasado siglo se limitaba a contemplar actuaciones concretas por lo general impuestas por las normas legales o por los estatutos y reglamentos de las sociedades así como por el contrato de administración que les liga a la gestión social.

La norma pionera en realizar un esfuerzo compilador de los deberes de los administradores es la denominada Ley de Transparencia o Ley 26/2003, de 17 de julio,

más favorable para la defensa del interés social. De no poder asistir, por causa justificada, a las sesiones a las que haya sido convocado, procurará instruir de su criterio al Consejero que, en su caso, le represente. c) Oponerse a los acuerdos contrarios a la Ley, a los Estatutos o al interés social, y solicitar la constancia en acta de su posición cuando lo considere más conveniente para la tutela del interés social. d) Instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime pertinente, o la inclusión en el Orden del Día de aquellos extremos que considere convenientes, de acuerdo con la Ley y con los Estatutos Sociales”.

que modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Hasta ese momento la regulación societaria de los deberes del administrador era parca, reduccionista, teleológica y, en ausencia de desarrollo legal, esencialmente casuística fruto de políticas legislativas liberales que ponían el foco de atención en la responsabilidad de naturaleza reparadora por la infracción de los deberes y no en estimular su cumplimiento mediante modelos de actuación. Una aproximación a la evolución legislativa en la materia debe aludir a las siguientes disposiciones:

10.2.1. El Código de comercio de 1829.

Dedicaba a las Sociedades Mercantiles, el código de comercio de 1829, el título II (arts. 264-358) y disponía en su art 265.3º, al referirse a la compañía mercantil, que su “manejo se encargue a administradores o mandatarios amovibles a voluntad de los socios” siguiendo así el precedente del Código francés de 1808 cuyo art 31 consideraba a los administradores como “mandatarios temporales, revocables, socios o no, asalariados o no retribuidos”. La sociedad solo respondía frente a terceros en cuanto mandante y el administrador solo respondía frente a la sociedad en virtud de la relación contractual de mandato que servía de base a la configuración de su posición jurídica.

10.2.2. El Código de comercio de 1885.

El referido marco legal no se ve alterado por el Código de comercio de 1885 cuyas deficiencias fueron puestas de manifiesto por la doctrina española y sobre el que no hubo una elaboración jurisprudencial que marcara contornos y desarrollos de interés. En efecto, el art 156 del Código de comercio de 1885 se limita a señalar que “los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios” y están sujetos a “las reglas del mandato”. Por tanto remite a un comportamiento con la diligencia y lealtad consecuentes a las instrucciones y límites del mandato (arts 1714 y 1719 CC) para lo que el legislador decimonónico acude al modelo de conducta típico del derecho civil, es decir, al del “buen padre de familia”. Fuera del régimen de deberes propio del mandato, la regulación del Código de comercio no explicita un régimen de conducta propio de los administradores.

Hay que decir que nuestros códigos decimonónicos no atienden, en su preocupación regulatoria, a modelos de actuación sino al resultado de la actuación, esto es, al resultado dañoso y la exigencia de responsabilidad. Es decir, el legislador no contempla la conducta gestora con vistas a ordenarla sino que contempla únicamente el resultado lesivo con vistas a su reparación. En tal sentido, el art. 144 CdC de 1885 establece una obligación de los administradores de indemnizar a la compañía por el daño causado “por malicia, abuso de facultades o negligencia grave” estableciendo un umbral de gravedad como presupuesto de la imputación de la responsabilidad al administrador infractor.

Lo explicitado revela que, en realidad, la cuestión jurídica de los deberes de los administradores no merece para nuestro codificador decimonónico un tratamiento normativo singularizado en congruencia con sus concepciones ideológicas y político-legislativas liberales. En ningún caso pretende establecer un estatuto jurídico de deberes de los administradores pues solo se preocupa de la cuestión del daño y de la responsabilidad imputable a los administradores con ánimo reduccionista de suerte que, alejándonos de la atención preventiva, la preocupación por la conducta es siempre un juicio *ex post*, que no obstante, es ideológicamente coherente con la doctrina liberal

imperante del *laissez faire*. Así pues, la inquietud normativa del legislador está imbuida por un espíritu teleológico o finalista mostrando un especial desapego por situarse en el estadio de la prevención evitando lo que se reputaban prácticas intervencionistas no conciliables con las concepciones liberales imperantes.

10.2.3. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

El proceso de codificación normativa de los deberes de los administradores sociales concebidos, no ya como simples mandatarios de la sociedad, sino como miembros del órgano de administración de la misma y titulares de un cargo de gestión y de representación, tiene su primer precedente en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Ello sucede con el establecimiento, por primera vez en nuestro derecho de sociedades, del deber de diligencia de los administradores. Así, tanto en su Exposición de Motivos como en su art. 79 se exige que los administradores desempeñen su cargo “con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal”. Esta norma, si bien con la sustitución del vocablo “comerciante” por el de “empresario”, permanece inalterada hasta nuestros días³³⁵.

Si bien es cierto que la Ley no llega a hablar, de forma expresa, de deber o deberes en relación a la exigencia de diligencia de los administradores sociales, se estructura el nuevo régimen a partir de la configuración del deber de diligencia de los administradores -art. 79-, fijando los presupuestos de la responsabilidad de los mismos y causas de exoneración, también en el art. 79, estableciendo el régimen de la acción social de responsabilidad por daños causados a la sociedad -art. 80- y, finalmente, diferenciado de la acción social, la llamada acción individual de responsabilidad por daños directos a socios o terceros.

El art. 79, precepto clave en la reforma, sí pretende regular la conducta desplegada en el desempeño del cargo de administrador a partir de una explicación significativamente orgánica desde la posición del administrador en la sociedad. Con el deber de diligencia de nuevo cuño se introduce al sistema normativo un primer presupuesto de responsabilidad específicamente mercantil del administrador social. No obstante desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial la Ley mantiene el criterio de imputación en el dolo -malicia-, el abuso de derecho -abuso de facultades- y en la culpa grave “negligencia grave”.

En este sentido la inclusión de un modelo de conducta específicamente mercantil de diligente y ordenado empresario y representante leal no acoge un criterio de imputación paralelo a la autonomía gestora de suerte que la exigencia de una mayor especialización en las funciones del administrador no se corresponde con una mayor diligencia exigible en el terreno de la responsabilidad al mantenerse el criterio doloso, abusivo y de culpa o negligencia grave.

10.2.4. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Un tímido avance en materia de codificación de deberes lo constituyó la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. A efectos de sistematización, la Ley separa la regla de exigencia de la diligencia debida al ordenado, ahora, empresario (art. 127.1) de aquellas

³³⁵ Art. 225.1 LSC.

otras que regulan la responsabilidad y añade como nuevo deber el de “guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial”.

Ahora bien, si el legislador interviene de forma más nítida en la regulación de la actuación del administrador, a su vez reduce el nivel de conducta exigible a la diligencia propia del cargo en cuanto “ordenado empresario y representante leal” imponiendo con ello una responsabilidad por daños basada en la culpa y la negligencia simples con lo que el administrador pasa a perder en el ejercicio de su actuación autoridad para quedar sometido a un mayor control jurisdiccional.

Por lo demás, La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 se limita a regular la actuación gestora de los administradores desde la perspectiva ulterior de la responsabilidad por el daño que éstos causaren a la sociedad, a los terceros y a los acreedores sociales pero elude la perspectiva reguladora del cumplimiento de los deberes de los administradores, esto es, de los modos o reglas de comportamiento de éstos en el desempeño del cargo. La actuación gestora sigue siendo contemplada desde la perspectiva del daño y responsabilidad como cuestión jurídico-patrimonial.

10.2.5. La Ley de Transparencia de 2003.

La codificación legal en España de un verdadero régimen jurídico de deberes de los administradores sociales se produce de la mano de la Ley 17/2003, denominada “de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas” por la que se modifica el art. 127 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y se introducen nuevos preceptos, tanto en la Ley del mercado de valores (art. 114) como en la citada Ley de Sociedades Anónimas (arts. 127 *bis*, 127 *ter* y 127 *quáter*).

Hay que decir que la reforma de la Ley de sociedades anónimas llevada a cabo por la Ley de transparencia se justifica por la voluntad de acoger las recomendaciones del Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas –Informe Aldama- de 8 de enero de 2.003 de suerte que cabe integrar a la Ley de transparencia dentro del movimiento europeo de reforma y modernización del derecho de sociedades y, dentro de éste, del gobierno de las sociedades anónimas.

En efecto, la Ley de transparencia establece por primera vez en la regulación societaria los deberes generales de los administradores de forma diferenciada (diligencia, lealtad, fidelidad y secreto) e incorpora el deber de información. Además, sustituye en sede de responsabilidad, el criterio general de diligencia por el del “incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Así, la conducta de los administradores, y no ya solo el resultado dañoso de ésta, pasa a ser el objeto de la regulación jurídica establecida en los arts. 127, 127 *bis*, 127 *ter* y 127 *quáter* de modo que, de un derecho exclusivamente de reparación de daños causados por los administradores (art. 133) se pasa a un derecho de ordenación de la conducta de estos en su actuación gestora (arts. 127 a 127 *quáter*).

En cualquier caso se mantiene, por silencio del legislador, un principio general de revisión de las decisiones empresariales sin que quepa abrazar un sistema de responsabilidad basado en una concreta conducta de diligencia fuera de la especialidad propia de la actividad de “ordenado empresario y representante leal”. Es decir, que omite toda medida limitativa de la responsabilidad de los administradores, ni por consecuencia de la

delegación de facultades ni en relación con la discrecionalidad de las decisiones empresariales en la llamada Regla del buen juicio empresarial (*Business judgment rule*).

La Ley de transparencia viene a establecer un verdadero sistema de deberes donde éstos se interrelacionan lo que facilita su comprensión sistemática. Así, el deber de diligencia es objeto de nuevas significaciones normativas irradiadas por el novedoso deber de fidelidad y de lealtad. El deber de lealtad se constituye como una significación normativa típica de la diligencia que se configura como el elemento vertebrador de todo el sistema de deberes.

Hay que poner de manifiesto la naturaleza político-jurídica reactiva de la Ley de transparencia en la medida en que constituye el instrumento de respuesta del legislador para afrontar el control del enorme poder decisorial y gerencial concentrado, bien en los propios administradores o bien, por vía de delegación o apoderamiento, en delegados, directores y altos ejecutivos de la empresa lo que venía plasmado en el enorme desajuste existente entre “poderes y deberes” en la función gestora de la empresa. Todo ello había eclosionado en numerosos affaires de amplia resonancia mediática (*BCCI, Enron, Parmalat, Gescartera, WorldCom, Tyco, Andersen, Maxwell*, etc) donde se reflejan las carencias y defectos normativos del gobierno corporativo directamente debidos a la inexistencia de un verdadero estatuto legal de deberes de los administradores sociales.

10.2.6. La Ley de Sociedades de Capital de 2010.

La evolución del movimiento de gobierno corporativo debía provocar que todo el cuerpo de recomendaciones o de códigos de conductas se viera reflejado en la nueva regulación societaria. No obstante, la regulación legal se muestra tímida y no afronta en profundidad la regulación en materia de deberes de los administradores so pretexto del carácter provisional de la norma y de que no expirara el mandato contenido en la Disposición Final Séptima de la Ley 3/2009 habilitado al gobierno para que procediera a la refundición contenida en la Ley de sociedades de capital. En tal sentido se le ha criticado su provisionalidad, que parece influir a su alcance, y su falta de rigor formal.

Ahora bien, lo que sí hizo la LSC es superar la tradicional regulación separada de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada lo cual incidía en materia de deberes y responsabilidad homogeneizando el régimen de deberes (con la salvedad de la prohibición de competencia que presenta ciertas peculiaridades en la Sociedad de Responsabilidad limitada).

Por tanto la LSC contiene la regulación legal general de las sociedades de capital - sociedades anónimas (incluidas las especialidades en la regulación societaria de las sociedades anónimas cotizadas), sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones- salvo la relativa a las modificaciones estructurales (transformaciones, fusiones, escisiones, cesiones, etc.) que seguirá estando recogida en la Ley 3/2009³³⁶.

³³⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de...”, cit., p. 157., señala que, como primera novedad introducida por la LSC, el régimen legal de los deberes fiduciarios se declara aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, corrigiéndose así las insuficiencias de coordinación y redacción introducidas por la Ley de Transparencia.

En materia de deberes de los administradores, la LSC agrupa, en el Capítulo III de su Título VI, bajo la rúbrica “Los deberes de los administradores”³³⁷, las normas reguladoras de los deberes de cuidado y de lealtad de los administradores de las sociedades de capital. Visto analíticamente, el referido capítulo reúne dos grupos de disposiciones, distintas en carácter y contenido.

Por un lado, se incluyen enunciados que reconocen deberes generales : 1º el deber de diligencia del ordenado empresario (art. 225.1); 2º el deber de informar (art. 225.2); 3º el deber de lealtad (art. 226); 4º el deber de actuar en interés de la sociedad (art. 226); 5º el deber de cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (art. 226); 6º el deber de comunicar los conflictos (art. 229.1); 7º el deber de abstenerse en operaciones en conflicto (art. 229.1); y 8º el deber de secreto (art. 232).

Y por otro lado, junto a las disposiciones que regulan deberes generales, la LSC contempla la prohibición de realizar determinadas conductas: 1º usar interesadamente el nombre de la sociedad (art. 227); 2º invocar interesadamente la condición de administrador (art. 227); 3º realizar inversiones u operaciones ligadas a los bienes sociales (art. 228); y 4º competir con la sociedad (art. 230).

En el marco estatutario del gestor social, la novedad más importante fue la separación formal de los dos deberes tradicionales de diligencia y lealtad que dejaron de estar en una única cláusula para ubicarse en dos artículos separados, a saber; el deber de diligente administración propio de un ordenado empresario en el art 225 y el deber de lealtad de un buen representante en el art 226. Ahora, el concepto de lealtad recoge las distintas conductas amparadas bajo la rúbrica del deber de fidelidad lo que eliminaba controversias conceptuales.

En el marco del deber de lealtad, la LSC obliga a todas las sociedades de capital (no sólo a las cotizadas) a informar acerca de las situaciones de conflicto de intereses. Esta información se deberá incluir en la memoria de todas ellas, mientras que hasta ahora sólo las cotizadas debían incluirla en su informe anual de gobierno corporativo. En cuanto al estándar de diligencia, se mantuvo la diligencia de un ordenado empresario así como el de actuar de modo informado -introducido por la Ley de Transparencia-, como concreción del deber de diligencia.

10.2.7. 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.

La enorme trascendencia que el buen gobierno corporativo ha venido adquiriendo en los últimos años ha impulsado las reformas sobre la regulación del gobierno corporativo en la gran mayoría de ordenamientos. La reforma de la LSC por la Ley 31/2014, tiene su origen en el encargo realizado por el Gobierno a un Grupo de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo para que analizara la situación del buen gobierno en España y que propusiera medidas que permitieran mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas.

³³⁷ Con antelación a la mencionada reforma, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantil (2002) se anticipó a la LSC agrupando los deberes de los administradores en la sección 3ª «De los deberes de los administradores», del capítulo I, título VIII, Libro I de la mencionada Propuesta.

Con el objetivo de alcanzar el más alto nivel de cumplimiento de los criterios y principios internacionales de buen gobierno, el 14 de octubre de 2013, este Grupo de Expertos publicó un Estudio sobre propuesta de modificaciones normativas en materia de Gobierno Corporativo. En el Informe se proponía, entre muchas otras cuestiones, una reforma del deber de diligencia de los administradores y la incorporación de la regla de juicio empresarial³³⁸.

El objeto de la Ley es el de la modernización y la mejora de la gobernanza de las sociedades de capital de ahí que las modificaciones que la misma introduce en la Ley de Sociedades de Capital se centran tanto en la Junta General como en el órgano de administración de las sociedades. El legislador no es ajeno a que, aunque el órgano de administración está subordinado a la Junta en cuanto órgano supremo representativo de la voluntad social, en las grandes sociedades -especialmente en las cotizadas- se ha producido un progresivo fortalecimiento del poder de los administradores en detrimento de la Junta general lo que ha provocado que la primacía de la Junta, como órgano supremo de la sociedad sea un concepción en crisis³³⁹.

Ese traspaso de poder desde la Junta al órgano de administración se produce asimismo, dentro del propio órgano de administración, cuando este asume la forma de consejo de administración. En el sentido apuntado, la reforma pretende redireccionar ese retorno al centro de producción de la voluntad social dando un mayor protagonismo a la Junta en las decisiones empresariales.

Ya en cuanto al órgano de administración, su reforma se dirige hacia una mayor transparencia a través de medidas incidentes en la independencia, participación y profesionalización de los administradores. Se mantienen las cláusulas generales del deber de diligencia y de lealtad, aunque se reformulan de tal modo que se dulcifica el deber de

³³⁸ La reforma proyectada por el Grupo de Expertos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores pretendía «completar la regulación del actual artículo 225 Ley de Sociedades de Capital al objeto de ofrecer una disciplina más adecuada del deber general de diligencia, con la incorporación de la necesidad de aplicarlo de manera diferenciada en atención a las funciones encomendadas a cada administrador (puede no ser lo mismo, a este respecto y en relación con determinadas decisiones, un consejero ejecutivo que un consejero externo) y considerando, de alguna manera, la división y especialización del trabajo en el seno del órgano (por ejemplo, el cometido específico de los miembros de distintas comisiones), todo ello de acuerdo con la directrices doctrinales más recientes y atendibles». Informe que, finalmente, se aprobó como texto legal de manera casi literal a través de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre.

³³⁹ LOJENDIO ORBORNE, I., “Delimitación de competencias entre los órganos de la Sociedad Anónima y modificación de balance”, *RDM*, n.º 140-141. 1976, pp. 281 y ss. A lo largo de la historia de las sociedades, la legislación y la doctrina han basculado, en esta materia, entre dos tendencias: la que sostiene la soberanía de la Junta General y la que mantiene la autonomía de los administradores. Para los partidarios de la primera posición, la Junta General es titular, sin exclusión, de todas las competencias en cuanto afecten o incidan sobre la vida social. La existencia del órgano de administración responde a una exigencia práctica de funcionamiento, pero éste recibe sus facultades por delegación de la Junta General de donde se infiere, sin género de dudas, que la Junta puede inmiscuirse en las competencias de los administradores. Para la segunda posición, el órgano de administración es totalmente independiente la Junta General el cual no puede interferir en las competencias de los administradores a quienes corresponde la gestión y administración, con carácter exclusivo y excluyente, de la sociedad. Entre las dos posiciones, surge una solución intermedia que señala que, en efecto, la ley quiere la existencia de un órgano administrativo al igual que establece la Junta General de modo que a cada una de ellas corresponde su propio esfera de actuación, no obstante la Junta General asume el más alto lugar jerárquico entre los órganos sociales de suerte que puede fijar directrices en la política de gestión que el órgano de administración está obligado a cumplir. Esta solución intermedia pretende que, sin conceder a los administradores una total independencia, les libera, en parte, de la absoluta sumisión y del carácter testimonial, que les otorga la primera de las posiciones apuntadas.

diligencia y se asevera el régimen del deber de lealtad, como veremos a continuación. Ello resulta en un tratamiento diferenciado, especialmente por lo que se refiere a las consecuencias anudadas a su infracción.

En cuanto al deber de diligencia, regulado en el art 225, el modelo sigue siendo el del ordenado empresario sin embargo se persigue graduar la diligencia exigible a los administradores atendiendo a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas. Lo que se hace con ello es consagrar que, en casos de dispersión gestora y funcional, el deber de diligencia no es igual para todos los administradores. Asimismo se exige una dedicación adecuada.

Como concreción del deber de diligencia actúa asimismo el art 226 que incorpora definitivamente a nuestra ordenación la regla del buen juicio empresarial –*business judgment rule*-. La consagración definitiva de la regla de protección de la discrecionalidad empresarial supone un importante avance en el ámbito de la mejora de la eficacia del gobierno corporativo. En definitiva, con esta regla se evita la revisión judicial de las decisiones de negocio y estratégicas.

En cuanto al deber de lealtad, hay que advertir que la atención dedicada a dicho deber es fruto de la consideración del mismo como una de las manifestaciones más claras del buen gobierno corporativo dada la mayor entidad del bien jurídico afectado. Su regulación parte de la premisa de que los administradores deben desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

La nueva regulación, con evidente voluntad de promover la seguridad jurídica, trata de apartarse, en la medida de lo posible, de una ordenación en base a modelos paramétricos para acoger fórmulas tipificadoras y ordenadoras de conductas desleales -arts. 227, 228 y 229- cuya infracción “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”. De gran trascendencia es la referencia expresa, en el art 230.1, al carácter imperativo del régimen del deber de lealtad no siendo válidas las disposiciones que lo limiten o contraríen. No obstante, de cierto contrapeso a lo anterior, es la previsión del art 230.2, de un régimen de dispensa concurriendo determinadas garantías ineludibles.

En cuanto al régimen de responsabilidad, de tamaño importancia para el desarrollo del buen gobierno corporativo, el art. 236 viene a suponer un evidente endurecimiento por cuanto: i) se introduce expresamente la necesidad de que concurra dolo o culpa en las actuaciones de los administradores para que estos incurran en responsabilidad, reflejando así la interpretación acogida por nuestros tribunales en esta materia. Mayor novedad ha supuesto la introducción de la presunción -*iuris tantum*- de la culpabilidad si queda probado que el acto es contrario a la ley o a los estatutos. Se asume como punto de partida que cualquier incumplimiento legal o estatutario implica una actuación negligente.

ii) Se amplía el ámbito subjetivo de la responsabilidad a los administradores de hecho - con la novedad de su conceptualización extensible al administrador aparente y al administrador oculto-, a los que tengan atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad y a la persona física representante de la persona jurídica administradora, iii) se flexibilizan las reglas de legitimación activa para interponer la acción de responsabilidad en defensa del interés social, previéndose la posibilidad del ejercicio

directo por los socios cuando se fundamente en actuaciones de los administradores contrarias al deber de lealtad.

Cabe señalar, por último, que la reforma operada por la Ley 31/2014 -señaladamente rubricada “para la mejora del gobierno corporativo”- ha sido pensada desde los códigos de buen gobierno para las sociedades cotizadas, -si bien, con vocación de hacerse extensiva a todas las sociedades sean, o no, cotizadas- en el marco de la coyuntura actual de crisis económica y de un mayor intervencionismo del legislador en el ámbito del órgano de administración.

Para la modificación contribuyó sobremanera la propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013 así como el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, ambos instrumentos dirigidos a la modernización del derecho de sociedades y al alineamiento del ordenamiento societario español con el imparable movimiento de reforma del gobierno corporativo. La norma es, pues, la respuesta del legislador al movimiento de reforma del derecho de sociedades³⁴⁰.

11. Epílogo.

En el presente capítulo se ha establecido el punto de partida para el desarrollo y análisis, que se desarrollará en los próximos capítulos, del cuerpo estatutario del administrador de sociedades. Así, en el presente capítulo se ha dibujado el escenario idóneo que motivó la aparición del administrador de sociedades en el marco del progresivo aumento del volumen de las compañías y la necesidad de monitorizar los flujos de información para un mayor control y motivación decisional.

Asimismo, se han señalado los contornos delimitadores que configuran la relación del administrador con la compañía. Esa relación de base fiduciaria, se sitúa en el marco de una relación de representación y de gestión orgánica y exige desalinearse la acepción de “fiduciaria” de dicha relación, con el contenido propio de los negocios de idéntica rúbrica con los que, únicamente, guardan simetría en la base relacional alegal y no en la construcción jurídica, pues en la relación fiduciaria no existe construcción jurídica sino que, con tal denominación, se designa una tipología relacional mientras que en el negocio fiduciario sí concurre una auténtica construcción jurídica de naturaleza garantista siendo susceptible de comprometer la causalidad negocial.

La referida relación fiduciaria, de gran desarrollo y arraigo en el *Common Law*, exige articular un cuerpo de derechos y obligaciones, exigible en toda relación jurídica, que se han ido construyendo en nuestro ordenamiento desde la relación jurídica del mandato y

³⁴⁰ Para entender lo que subyace a la reforma el punto de partida es la tendencia a favor de una mayor moralización de nuestro Derecho de sociedades, buscando que en el funcionamiento de las organizaciones empresariales haya más rigor ético, pero no sólo en las organizaciones empresariales, sino en los negocios en general. A tal conclusión se llega tras haber constatado la crisis financiera y económica latente, cuya causa se debe, en numerosas ocasiones, a erróneas decisiones de las grandes empresas, en especial empresas financieras. Por esta razón, el contexto social en el que nos encontramos aún sigue siendo el de crisis económica, situación que no solo ha sido consecuencia de la burbuja inmobiliaria, sino que también se le tiene que sumar la falta de moralidad gestora donde el beneficio a costa de todo y todos es el motor único, exclusivo y excluyente. Debido a la falta de moralidad en la gestión se han tenido que asumir riesgos desproporcionados o negligentes, además de la tendencia a tomar decisiones cortoplacistas y no decisiones a largo plazo que aumentarían el valor de la empresa.

ha ido evolucionando -reproduciendo los avances del derecho comparado- hasta la actual configuración del cuerpo estatutario del administrador de sociedades. Así, el estatuto jurídico del gestor social se asienta sobre en una dualidad obligacional, que se impone como criterio conductual del gestor social, dirigida al alineamiento exclusivo de la gestión de la compañía con el interés social.

Pues bien, cuanto antecede ofrece el soporte preciso para dedicarnos, en los siguientes capítulos, al examen y análisis detallado de los deberes de los administradores sociales concentrados en dos escenarios paradigmáticos, a saber: un deber de diligencia de carácter funcional y con proyección societaria interna y un deber de lealtad de carácter deontológico y con proyección societaria externa. El primero, de extraordinaria complejidad en el juicio revisorio conductual. El segundo, de carácter imperativo -salvo supuesto excepcionales y singulares de dispensa- e ineludiblemente anudado a la buena fe y a la confianza depositada sobre el gestor social.

CAPITULO III. EL DEBER DE DILIGENCIA COMO ESTANDAR DE CONDUCTA. LA PROTECCION DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL COMO ESTANDAR DE REVISION.

1. Introducción

Entre el despliegue de medidas para la mejora de la gobernanza societaria, no hay demasiada controversia en que la pretensión de control y responsabilización de los administradores constituye una de las piedras angulares de la aspiración. Administrar significa organizar los intereses económicos propios y ajenos mediante la planificación, organización, dirección y control de los recursos -humanos, financieros, materiales, etc- con el fin de maximizar los beneficios o rendimientos de conformidad con los objetivos perseguidos. Los administradores tienen, por disposición legal -art. 209 LSC- el encargo de gestionar y representar a la sociedad, esto es, se encargan de la gestión social, de su representación -en cuanto ostentan el poder de comprometerla con terceros- y son los encargados de la ejecución del contrato social.

El órgano de administración tiene atribuida la competencia general para realizar la actividad gestora de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estructural. Esta competencia gestora se ejerce de forma exclusiva en la representación, por cuanto la Junta general no es un órgano apto para actuar respecto de los actos y negocios jurídicos frente a terceras personas. Sin embargo, existe un ámbito de competencias compartidas en relación a la gestión interna, respecto de la cual la administración retiene la iniciativa en el proceso de toma de decisiones si bien la junta general se reserva la fase de decisión³⁴¹.

Descansando pues el poder efectivo de la sociedad sobre el órgano de administración no debe sorprender que, a efectos fiscalizadores y en beneficio de la seguridad jurídica, se vengán sucediendo iniciativas para neutralizar dicho poder con instrumentos de contención idóneos para constituir su eficaz contrapeso. Dichas medidas se materializan, por un lado en arbitrar una serie de deberes relacionados con la lealtad y con la diligencia que se imponen, con mayor y menor rigor respectivamente, a quienes efectivamente ejercen ese poder y, por otro, estatuyendo mecanismos de garantía para el cumplimiento de esos deberes a través de un régimen de responsabilidad de naturaleza reparadora.

³⁴¹ La doctrina se ha venido manifestando siempre favorable -en congruencia con el mandato legal- por la separación de competencias entre órganos, reservando la gestión al órgano de administración y quedando la junta general excluida de los asuntos de administración. Así, GARRIGUES, J / URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., pp. 29 ss., sostiene que “la junta carece de aptitud para administrar directamente la hacienda social”; ESTEBAN VELASCO, G., “Art. 12. Administradores” en (PAU PEDRÓN, A -Coord.-), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 216; ESTEBAN VELASCO, G., “Administradores de Sociedades Anónimas”, *EJB*, 1995, pp. 344 y 345; DE LA CAMARA, M., “La administración de la Sociedad Anónima”, *RJN*, 1992, p. 56; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993 (una primera aproximación al régimen proyectado)”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995., p. 3194; SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., pp. 19 y 20, se muestra, por su parte, favorable al reconocimiento de una competencia general para realizar todos los actos necesarios para alcanzar el objeto social y respecto de todos los asuntos que la Ley no haya reservado expresamente a la junta general. Ver, asimismo, al respecto, la doctrina de la DGRN que niega a la Junta General la posibilidad de otorgar directamente un poder dada la distribución competencial entre los órganos sociales y la atribución al órgano de administración de la representación de la sociedad. Entre otras la Resolución de la DGRN de 24.6.1993 y las resoluciones allí indicadas de 1.3.1993, de 26.2.1991 o de 31.10.1989.

El tratamiento de los deberes de los administradores, tanto a nivel positivo como doctrinal, ha cambiado en poco tiempo evolucionando, al compás de la ordenación estatutaria norteamericana de incuestionable acogida en el derecho continental, adoptando fórmulas conductuales -marco preventivo/disuasorio- y tomando distancia de la tradicional ordenación española en la materia -marco resarcitorio/reparador-. En efecto, la concepción doctrinal dominante concebía los deberes de los administradores como presupuesto o fundamento de la responsabilidad por daños y así eran analizados en la mayoría de los manuales y artículos doctrinales³⁴².

Enlazada a esta concepción tradicional de la diligencia exigible a los administradores, como presupuesto o fundamento de la responsabilidad por daños, y por influencia del movimiento de gobierno corporativo, surge una nueva concepción que ve en los deberes de los administradores un instrumento idóneo para alcanzar los objetivos perseguidos por dicho movimiento³⁴³ y que pone el acento no en la eficacia *ex post* derivada del incumplimiento sino en el efecto disuasorio *ex ante* que proporcionan los deberes y que de este modo han de contribuir al alineamiento de los intereses de los administradores con el interés social.

Así pues, determinar los deberes y prestaciones debidas de los administradores reviste extraordinaria trascendencia³⁴⁴ en el marco de lo que constituye su némesis, esto es, en el terreno de la responsabilidad, pues si aquéllos deberes se incumplen y de dicho incumplimiento resultan daños jurídicamente imputables a los administradores, resultarán éstos responsables y deberán arrostrar las consecuencias de la responsabilidad por daños.

Por consiguiente, el examen de cuáles sean los deberes de los administradores constituye un *prius* para luego poder analizar su responsabilidad, no obstante, “para saber cuándo existe un incumplimiento es preciso saber antes cuáles son éstas obligaciones”³⁴⁵. En ese sentido, el deber y obligaciones generales del administrador constituyen la única fuente de su responsabilidad y el marco para el desarrollo de ese deber -Ley y Estatutos- del que se derivan obligaciones específicas³⁴⁶.

Los deberes de los administradores constituyen asimismo sus poderes o facultades, esto es, todas las facultades que le son atribuidas constituyen, al mismo tiempo, una obligación. Si solamente fuesen poderes, por lógica inferencia, se podría deducir que el ejercicio de la actividad de administración tendría carácter discrecional y, por consiguiente, los administradores podrían -o no- ejercitar a su arbitrio las facultades que le están atribuidas. Sin embargo, no le son otorgadas en interés propio sino en consideración a la consecución de un objetivo que es el interés social y siempre dentro del límite que impone el objeto social³⁴⁷.

Abordamos en el presente capítulo el examen del deber de diligencia tal y como lo contempla el vigente art. 225 LSC, como modelo paramétrico conductual que la ley

³⁴² BROSETA PONT, M. /MARTINEZ SAINZ, F., *Manual de Derecho...*, cit., pp. 292 y 293 y SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho...*, cit., pp. 248 y 250.

³⁴³ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., pp. 69 ss.

³⁴⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en ESTEBAN DE VELASCO, G (Coord;), *El gobierno de las sociedades...*, cit., pp. 419 ss.

³⁴⁵ GARRIGUES, JURIA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 160.

³⁴⁶ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 675.

³⁴⁷ QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., pp. 160 ss.

impone al administrador, pero también como fuente de obligaciones en la medida en que los administradores están obligados a actuar diligentemente en la gestión y administración de la sociedad, realizando los actos necesarios para la promoción del fin o interés social y de cuyo incumplimiento puede derivarse responsabilidad para ellos.

La imposición legal del deber general de diligencia conlleva que, en el momento en el que la persona designada administrador manifiesta su aceptación de desempeñar el cargo, y consecuentemente se perfecciona el correspondiente contrato de administración entre éste y la sociedad, el contenido de este contrato de administración se integre no sólo por los pactos, cláusulas y condiciones que se hayan expresamente pactado entre las partes, sino también por todas las consecuencias que sean conformes con la ley -art. 1258 CC- y, entre éstas, está la de cumplir con los deberes generales de diligencia y lealtad previstos en la LSC y con las consecuencias que también prevé ésta para el caso de su infracción³⁴⁸.

El deber de diligencia será examinado tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo. Seguidamente nos ocuparemos del deber de diligencia pero en sede de responsabilidad, esto es, en los parámetros de revisión -o de abstención de la revisión- de la diligencia desplegada y que serán revisados por el juez en el juicio *ex post* que, por descontextualizados y privados del elemento coyuntural y concurrencial, merecerán mayor indulgencia en el reproche e incluso la indemnidad, si concurren los presupuestos que permiten el amparo protector de la conducta en la regla del buen juicio empresarial -*Business Judgment Rule*-.

2. El Deber general de Diligencia.

2.1. Delimitación conceptual. El deber general de diligencia como estándar de conducta y como estándar de revisión.

La diligencia es el patrón de conducta general del administrador en el ejercicio de su cargo³⁴⁹. No obstante, la expresión “diligencia” es un término vago y general, de significado diverso y poco concreto. El Diccionario de la Academia la define como “cuidado y actividad en ejecutar algo” y también como equivalente a “prontitud”. No son suficientes tales definiciones sino que debemos conocer cuál es ese modelo de “cuidado”, de “prontitud”, de “modelo de conducta” en definitiva que se precisa en la gestión de una sociedad³⁵⁰. Por tanto, para poder evaluar -juicio revisorio- si el administrador actúa con prontitud y cuidado y, por tanto, su comportamiento es diligente y eximido de

³⁴⁸ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El deber general de diligencia...”, cit., p. 63.

³⁴⁹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad...*, cit., p. 296., señala que “...la diligencia consiste en la conducta o actividad que una persona está obligada a llevar a término en una determinada situación jurídica. La diligencia es una fuente de especiales deberes de conducta que acompañan la obligación principal como deberes accesorios, si bien tales deberes gozan de cierta autonomía respecto de la prestación”: BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil.*, ed. Real Colegio de España, colección: Studia albornotiana, Bolonia 1987, pp. 36 y 37., sostiene que la diligencia se compone de dos elementos. “El primero consiste en un actividad, conducta o comportamiento: el segundo, se refiere a que sea jurídicamente exigible, contribuyendo a configurar la posición jurídica del deudor”. El mismo autor define -pp. 65 y 66- la diligencia obligacional como una cualidad jurídicamente debida de una actividad “que viene propuesta en base a un modelo y que consiste en una conducta o comportamiento del deudor materialmente adecuado a tal actividad según la función que desempeñe respecto de ella: integrarla o promoverla”.

³⁵⁰ SAP de Navarra 15.2.1995 señala que por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la “conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial”.

responsabilidad se precisa determinar cuál es el patrón de conducta conforme a la cual debe comportarse -modelo de conducta-.

El deber de diligencia se extiende a lo largo de todo el derecho de obligaciones, tengan éstas naturaleza legal o negocial³⁵¹. La diligencia resulta particularmente idónea para el desarrollo de su función integradora en las relaciones de prestación de servicios. En efecto, la diligencia permite dotar de contenido y determinar las prestaciones de hacer, siendo de especial utilidad en las prestaciones profesionales y, en particular, en los contratos de servicios³⁵². Finalmente, la diligencia cumple con su función integradora a través de normas de conducta aplicadas al desarrollo de la actividad del gestor. En este caso, su papel se orienta a concretar el encargo siguiendo el interés del principal, de acuerdo con la finalidad y la causa del negocio³⁵³.

La eficacia de la imposición del deber fiduciario de diligencia reside en su virtualidad para desincentivar las conductas del gestor social contrarias al interés del principal puesto que el coste de incumplirlo puede ser superior para el administrador que el beneficio, explícito o implícito, que pueda obtener. Y también es el más eficiente porque permite alcanzar el objetivo de alinear los intereses del gestor con los del principal a un coste menor. Así, privar al administrador societario de la discrecionalidad para llevar a cabo la actividad encargada por el principal no sólo es costoso en términos de costes de transacción, al haber de negociar el detalle de las actividades a desplegar por el gestor social, sino que también es costoso para el principal que se puede ver privado de eventuales oportunidades no previstas³⁵⁴.

En sentido propio, el deber de diligencia es aquél que impone la obligación de actuar de una determinada manera llevando a cabo una serie de actividades y poniendo todos los medios necesarios para la consecución de objetivos concretos³⁵⁵, si bien esta obligación no supone que deban obtener siempre los resultados pretendidos en la medida en que nos encontramos ante una obligación de medios lo que equivale a decir que el administrador debe comportarse con la debida diligencia en el desarrollo de la actividad gestora³⁵⁶. En este tipo de obligaciones el incumplimiento se produce cuando la actuación del administrador contraviene la pauta que la obligación de diligencia establece, y no ante la ausencia de un determinado resultado³⁵⁷.

Esta diligencia exigible al administrador no es un deber de naturaleza distinta a la diligencia exigida en la parte general del Derecho de obligaciones. Se trata de una

³⁵¹ El alcance del deber no sólo abarca el Derecho patrimonial, sino que también incluye el Derecho de familia, como así lo señalan las referencias legales relativas a la patria potestad -art. 164 CC- o a la tutela -270 Cc-. Véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., vol II, p. 95.

³⁵² BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 168.

³⁵³ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 303.

³⁵⁴ COASE, R., "The problem of...", cit., pp. 2 ss.

³⁵⁵ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 310, donde señala el autor que "En términos generales, el contenido integrador de la diligencia se manifiesta a través de deberes de cuidado y de desenvolvimiento de la prestación. Los deberes de conducta propios del tipo gestor derivados de la diligencia pueden ordenarse en dos especies: de un lado, los deberes de comunicación dirigidos al principal que, a su vez, se subdividen en deberes de información y consulta y deber de rendición de cuentas, de otro lado, los deberes de protección de los bienes e intereses relativos a la obligación, deberes de conservación, custodia y defensa de intereses".

³⁵⁶ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., pp. 102 ss.

³⁵⁷ QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., p. 159.

adaptación de la diligencia general a la concreta actividad de la administración de sociedades³⁵⁸. No estamos, por tanto, frente a un deber en concreto, sino ante un conjunto de actuaciones impuestas por la sociedad y únicamente exigibles por ésta³⁵⁹.

De hecho, el catálogo legal de las concretas manifestaciones imputables de la diligencia a la que vienen obligados los administradores ha de constituir un *numerus apertus*. En aplicación del principio de autonomía de la voluntad que sanciona el art. 28 LSC, nada impide su concreta ampliación por vía estatutaria, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 245 LSC, de tal modo que cabe admitir que sean los propios socios o accionistas la configuración del deber de diligencia atendiendo a sus propios intereses³⁶⁰.

³⁵⁸ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 103; POLO SANCHEZ, E., “Los Administradores y el Consejo de Administración...”, cit., p. 132; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., p. 51.

³⁵⁹ Así, una delimitación del contenido concreto del deber genérico de diligencia exigible a los administradores a través del modelo del ordenado empresario puede encontrarse en LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., pp. 31 ss., y en RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, cit., pp. 96 ss., donde se relacionan los siguientes deberes dentro del genérico de diligencia: “Deber de atención: Participación activa en las tareas encomendadas y en los asuntos correspondientes a su función. Incluye: (i) informarse debidamente, preparar adecuadamente las reuniones y hacer un seguimiento regular de los asuntos que le corresponden: (ii) asistir y participar activamente en las deliberaciones y promover reuniones extraordinarias que sean pertinentes: (iii) mantener una actitud de vigilancia respecto del cumplimiento de los acuerdos y resoluciones sociales por parte de los ejecutivos: (iv) estar atentos a los riesgos del negocio y a las irregularidades en la gestión social y en la conservación y custodia de los bienes materiales: (v) llevar a término aquellas iniciativas que, aunque no estén expresamente asignadas, sean propias del desempeño de sus funciones, tales como oponerse a los acuerdos sociales contrarios al interés social o a aquellos actos y decisiones contrarias a la legislación vigente (societaria, medioambiental, del sector regulado, de orden fiscal, etc.). Deber de profesionalidad: Conocimiento por parte del empresario de los deberes y las obligaciones jurídicas que le son propias al desempeño de sus tareas. Deber de actuar con los conocimientos y capacidades que se requieren para desempeñar las funciones delegadas (administrador ejecutivo) o como miembro de una comisión específica. El administrador no puede alegar el desconocimiento de las obligaciones de su cargo para excusar su responsabilidad, se presume su conocimiento. Deber de prudencia: La obligación del administrador es una obligación de medios y no de resultado, los administradores disponen de un margen de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones que les incentiva a tomar decisiones que comporten riesgos, ahora bien esta libertad está limitada por la prudencia razonable que el administrador debe mostrar en su comportamiento, prudencia en relación a la previsión y valoración de los riesgos ex ante: en estos casos, el administrador no sólo debe informarse razonablemente, sino además adoptar una actitud activa, fundamentando las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados (“*Business judgment rule*”). Deber de vigilancia: El administrador está sujeto a un deber de vigilancia respecto del comportamiento de los administradores y altos directivos con tareas ejecutivas. el consejo de administración no sólo cumple con la función de seleccionar y reemplazar a los consejeros delegados, sino que tiene el deber de evaluar su conducta de forma regular”. Por su parte MAMBRILLA RIVERA, V. / QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas...*cit., pp. 915 ss., señala, entre las concretas manifestaciones del deber general de diligencia “...entre otros: los de dedicación a la función relacionada con la posición en el órgano (gestionar, vigilar o supervisar, y, en su caso, elegir e instruir correctamente: ejercer el cargo interno: desarrollar la tarea asumida: ejecutar los acuerdos que proceda, del propio Consejo o de la Junta general): los de participación en la actividad orgánica (asistir personalmente y hacerse representar ocasionalmente, preparar y estudiar los asuntos, intervenir en el debate y votación de los asuntos, etc., tanto en pleno del Consejo como en Comisiones delegadas o especializadas): los relacionados con la información (obtenerla, proporcionarla, usarla adecuadamente), que merecen análisis particular: los de instar o adoptar iniciativas de impulso o control (solicitar convocatoria, incluir asuntos en el orden del día, recabar informes, comunicar, denunciar e investigar situaciones conocidas de irregularidad, manifestar oposición, actuar con imparcialidad en conflictos, impugnar acuerdos del Consejo o de la Junta, presentar la dimisión llegado el caso).

³⁶⁰ GURREA MARTINEZ, A., “El blindaje de los administradores sociales en sus decisiones de gestión”, en *I&L*, 7 de noviembre de 2014, p. 39. En este orden de ideas resulta interesante poner de relieve cómo

Del deber de diligencia cabe distinguir una doble función material y ontológica. Material, en cuanto se concreta en un conjunto de deberes identificados con los propios del ordenado empresario que se imponen, objetiva y subjetivamente, a los administradores frente a la sociedad.

La concreción de la conducta se justifica por el carácter discrecional y multidisciplinar de la función gestora que aconseja evitar su ordenación a través de una lista cerrada de obligaciones buscando concepciones abiertas y paramétricas cuya valoración requerirá de la interpretación y valoración *ex post* atendidos los elementos concurrentes. Ontológica, por cuanto que, más allá del contenido propio apuntado, el deber de diligencia tiene un cometido integrador y rector de todas las obligaciones de los administradores ya sean en el marco de la gestión o de la representación de la sociedad y, en todo caso, teniendo como referencia esencial la primacía del interés social.

Se infiere que la diligencia, en sentido amplio, vendría a ser una manifestación del genérico principio de buena fe, constituyéndose como la proyección normativa de dicho principio general³⁶¹. Así, si el principio de la buena fe construye la actuación debida, la diligencia despliega sus efectos en relación al modo en que hay que desempeñar dicha debida actuación³⁶².

La buena fe constituye pues, el fundamento del ordenamiento en general -y del derecho privado en particular-, de expresión abierta e indeterminada, que precisa de casuística para adoptar contenido propio. La diligencia viene a constituir el cauce normativo para la expresión legal del principio general de buena fe³⁶³ de forma que viene a cumplir el cometido de completar obligaciones esencialmente indeterminadas. Ello no obsta que, a pesar de tratar de llenar de contenido legal, su formulación venga recogida en amplias cláusulas paramétricas generales caracterizadas por su generalidad y abstracción³⁶⁴.

Ahora bien, del deber general de diligencia, en su configuración actual, cabe distinguir un “anverso paramétrico conductual” y “un reverso paramétrico judicial”. El primero viene constituido por el conjunto de actuaciones que incumbe al administrador como

algunos autores parecen decantarse por la negativa acerca de la posibilidad de modificación de los deberes de los administradores en base a la ilicitud de los pactos que afectan a la esfera jurídica de terceros (LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., pp. 23, 32-33, 40-41) mientras otros se manifiestan más favorables a establecer claras diferencias entre el deber de diligencia y el deber de lealtad, contraponiendo una «política de severidad» frente a la deslealtad y una «política de indulgencia» (PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento..”, cit., pp. 67 ss.).

³⁶¹ Como se ha señalado, -véase Cap II, apartado 6, Nota 152- así lo entiende también RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 159 que presenta en su obra una estructura en círculos concéntricos, a modo de pirámide, y que de base a vértice presenta la siguiente construcción: la base la constituye el genérico deber de buena fe. Como concreción aparece el deber de diligencia, sobre la base de ambos, el deber de fidelidad que, a su vez, se desdobra en dos deberes específicos: el deber de cuidado del interés ajeno y el deber de lealtad.

³⁶² DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 51, señala que “del principio general de buena fe nace el concepto de “diligencia”. En efecto, el deber de diligencia expresa la forma que han de ser cumplidas las obligaciones emanadas de las fuentes formales como la ley, los estatutos y los acuerdos sociales. En ese sentido, señala QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., pp. 186 ss., que el deber de diligencia no es ajeno a las fuentes de las obligaciones del administrador, “Las fuentes indican qué obligaciones ha de cumplir el administrador y de dónde provienen: el deber de diligencia indica cómo se deben cumplir esas obligaciones, qué comportamiento es exigible a los administradores en general, en una sociedad determinada, etc.”.

³⁶³ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 259.

³⁶⁴ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 53 ss.

“ordenado empresario” en la gestión y administración social y configuran el contenido propio del deber legal de diligencia consagrado en el art. 225 LSC. Se trata de un criterio de valoración *ex ante* que responde a la cuestión de cómo debe actuar el administrador en el desempeño de su función, esto es, un estándar de conducta.

El segundo, viene constituido por el conjunto de directrices que habrá de considerar el juez para determinar si existe o no responsabilidad y configuran el contenido propio de la regla de protección de la discrecionalidad empresarial que consagra el art. 226 LSC. Estamos pues, ante un criterio de valoración *ex post* que responde a la cuestión de cómo debió actuar el administrador en el desempeño de su función, esto es, un estándar de revisión.

Los presupuestos de ambos estándares no son iguales ni revisten idéntica intensidad. El elemento cronológico que delimita el concepto de ambos estándares es el que los ubica en escenarios disímiles -como se verá, la ubicación propia del art 226 debería ser, por ser esa su naturaleza, en sede de responsabilidad-. En los casos de actuaciones determinadas por factores concurrentes, el juicio revisorio, y por ello *ex post*, de una conducta o decisión debe reputarse inidóneo para verificar la corrección de la misma pues se la despoja del elemento concurrential de ahí la necesaria asimetría en el rigor aplicable a la exigencia de conducta y al juicio revisorio de la misma³⁶⁵.

De este modo, el deber de diligencia es un estándar de conducta pero también constituye un estándar de revisión que se realiza a través de la regla de la discrecionalidad empresarial -*business judgment rule*-³⁶⁶. No obstante, como se verá, de la dicción literal del art. 226 LSC se infiere que el legislador sitúa la naturaleza jurídica de la regla, no en el estándar de revisión, sino en el de escenario de impunidad -puerto seguro- de los administradores a menos que el actor pueda refutar la presunción de diligencia de la conducta de aquellos.

Existe una relación cercana, pero no perfecta, entre ambos estándares. Por una parte, un estándar de conducta establece cómo un actor debería llevar a cabo una determinada actividad o desempeñar una determinada función. De otra parte, un estándar de revisión consiste en un test que el tribunal debe aplicar cuando revisan la conducta de un actor para determinar si efectivamente es responsable o no.

Así, en el campo del Derecho de sociedades, los deberes generales de los administradores son estándares de conducta mientras que en el juicio revisorio el juez, desprovisto de la

³⁶⁵ J.R. HANKS., “Evaluating recent State Legislation on director and Officer Liability Limitation and Indemnification”, *Bus. Law*, 1988, pp. 1207 ss., “Los administradores no actúan de la misma forma que lo hacen médicos, abogados, arquitectos o fontaneros. Sus deberes consisten principalmente en supervisar la gestión, establecer las políticas societarias y tomar las decisiones empresariales más significativas. Muchas de las más importantes decisiones de los administradores no son susceptibles de ser sometidas a un análisis de corrección en el momento en que se toman: son juicios de prudencia, ejercicios de discrecionalidad. A menudo posteriormente, se pone de manifiesto que podría haberse obtenido un mejor resultado. Sin embargo, eso no significa que la decisión fuera incorrecta cuando se tomó. Incluso si por cualquier razón era incorrecta, esto no significa que el administrador sea responsable de los daños económicos que se hubieran producido. Los administradores no son proveedores de un buen servicio en sentido comercial, en su actuación para los accionistas, tomarán las decisiones que éstos deberían tomar. A menos que incurran en una conducta en la que ningún propietario razonable hubiese incurrido, los administradores no serán responsables económicamente”.

³⁶⁶ EISENBERG, M.A., “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham LR*, núm. 62. 1993, pp. 437 ss.

inmediación concurrencial, aplicará el estándar de la discrecionalidad empresarial de menor exigencia en la medida en que se trata de cuestionar decisiones en escenarios concurrenciales diferentes. La función de la *business judgment rule* es pues, la de crear un estándar de revisión menos estricto que el estándar de conducta creado a través del deber de diligencia³⁶⁷.

El estándar, en todos los casos, seguirá estando determinado por la motivación principal y única de todo administrador, esto es, la tutela del interés social. La obligación de diligencia está pues, directamente relacionada con la obligación general de administrar en desarrollo del objeto y fin social³⁶⁸. No obstante cabe advertir que el propio ordenamiento se encarga de consagrar algunas soluciones extraordinarias en las que la diligencia de los administradores pasa por alterar ese criterio dando preferencia a otros intereses distintos del propio interés social. Así sucede en la regulación de las crisis empresariales en las que el ordenamiento considera que la actuación de los administradores debe atender a intereses vinculados con la continuidad de la actividad de la empresa o con el aseguramiento de su solvencia³⁶⁹.

De acuerdo con lo explicitado, el deber de diligencia y las exigencias de comportamiento en las cuales se concreta, actúan como parámetro delimitador de la libertad de actuación del administrador en el ejercicio de su labor técnica de maximización de la producción de valor para la sociedad. Dentro de ese escenario competencial los administradores gozan de la libertad necesaria para la ejecución y ordenación de sus tareas, así como para la asunción de riesgos en interés de la sociedad y fuera de los cuales es posible la exigencia de su responsabilidad por los eventuales daños causados a la misma.

En efecto, la administración o gestión social es una labor que, por su propia naturaleza, presenta un carácter extraordinariamente amplio de forma que no puede -ni, como se ha dicho, debe- ser objeto de acotamiento mediante una regulación legal o dispositiva con carácter *ex ante*, sino que, al contrario, se concentra en formulaciones generales y flexibles que constituyen estándares o modelos paramétricos de conducta derivados del principio de actuación conforme a las exigencias del principio general de buena fe, así como de la nota de ajenidad que preside la actuación gestora -y que, como se ha dicho, constituye el fundamento del carácter fiduciario de la relación-³⁷⁰.

2.2. Fuentes de producción de deberes de los administradores.

La libertad de pactos que inspira la regulación de sociedades permite que la relación sociedad-administrador se articule, además de en atención al derecho necesario, a través

³⁶⁷ WILLIAM T. A., “Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem”, *North. Univ. LR.*, núm. 96, 2002, p. 449.

³⁶⁸ Sobre el deber general de administrar, IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, ed. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 363 y 364; ESTEBAN VELASCO, G., “Administradores de Sociedades...”, cit., p. 346; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit., pp. 57 ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en ESTEBAN DE VELASCO, G (Coord.), *El gobierno de las sociedades...*, cit., p. 422.

³⁶⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Una misión difícil: evaluar la diligencia de los administradores” en PETIT LAVALL, M. V (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 667 ss.

³⁷⁰ GOMEZ ASENSIO, C., “El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal”, *RdS*, nº 45. 2015, pp. 6 ss.

de los pactos que se convengan tanto en la propia estructura fundacional como en el concreto nombramiento. Junto a ellos, los márgenes que concede la regulación positiva a los estatutos para organizar la vida social y las relaciones entre los distintos órganos permiten modelar la estructura jurídica de la sociedad en concreto. Y también en este contexto, se añade la posibilidad de incorporar a los esquemas normativos de la sociedad los Reglamentos de régimen interno y funcionamiento de cada uno de los órganos sociales³⁷¹.

En efecto, el inciso primero del art. 225.1 LSC impone a los administradores la obligación de cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos lo cual remarca la incidencia nuclear de su cometido funcional y la posición central que ocupa el órgano de administración en el desarrollo de la vida social. En un inicial análisis, esta obligación puede no resultar novedosa, en la medida en que ya estaba cubierta por el antiguo art. 236.1 LSC. Pero el hecho de incluirla expresamente en el concepto del deber de diligencia denota la intención del legislador de reforzar, aún más si cabe, el compromiso de cumplir la ley y los estatutos, que es exigible a cualquier administrador³⁷².

No obstante, cabe precisar que este deber de cumplimiento de los mandatos legales y estatutarios, por lo que tiene de redundante, no llega a categorizarse como tal deber, sino como regla interpretativa integradora del significado y contenido normativos del deber de diligencia como expresión de la gran cláusula general del sistema de deberes de los administradores sociales. Por consiguiente, no existe el deber, *per se*, de cumplir los mandatos legales y estatutarios, esto es, no tiene carácter autónomo sino que es concreción o proyección material del deber de diligencia pues ninguna diligencia cabe predicar del administrador incumplidor de los mandatos contenidos en la Ley y en los estatutos sociales³⁷³. Con todo, cabe referirse a la ley y los estatutos -e instrumentos de éstos derivados- como fuentes de producción de obligaciones para los administradores sociales.

2.2.1. La Ley.

Como es normal, la primera de las fuentes de las obligaciones de los administradores de las sociedades de capital la constituye la Ley. El cumplimiento de sus funciones conforme a los requisitos legales conlleva, entre otros aspectos, la gestión orgánica, completa y

³⁷¹ ESTEBAN VELASCO, G., “Art. 12...”, cit., pp. 189 ss., y pp. 207 y ss., advierte que “este doble contenido típico-legal y voluntario de la relación jurídico-contractual de la relación de administración, a la vez que acude, por vía analógica, a la integración de su régimen mediante las normas del mandato y la representación”.

³⁷² En relación al argumento según el cual no cabe diferenciar la ley, los estatutos y el deber general de diligencia como fuentes distintas de las obligaciones de los administradores señala ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 675, que hay “una única fuente, el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (Ley y Estatutos) del que se derivan obligaciones específicas”. En esta dirección, las obligaciones derivadas de la ley y de los estatutos no se contemplan como supuestos distintos del deber general de administrar diligentemente, “sino como el marco en el que debe desarrollarse dicho deber general”.

³⁷³ FONT GALÁN, J.L., “El deber de diligente administración...”, cit., p. 100., señala que “El mero cumplimiento de los mandatos legales y estatutarios impuestos no garantiza, por sí mismo, el deber de fidelidad al interés social, ni tampoco, en última instancia, el del deber de diligencia. Bien entendido que en modo alguno cabe excusar el cumplimiento de los deberes o mandatos legales y estatutarios aduciendo el argumento del deber de fidelidad al interés social.....en suma [el deber de cumplimiento de los mandatos legales y estatutarios] no puede interpretarse sino como extensión, o mejor, concreción de la cláusula general del deber de diligencia...”

activa de la sociedad³⁷⁴. En efecto, la ley impone a los administradores un gran número de deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar a su responsabilidad. No obstante, la LSC no contiene una relación ordenada de todos los deberes impuestos a los administradores.

El término ley se emplea aquí en sentido amplio haciendo referencia a toda norma jurídica, cualquiera que sea su rango normativo, que resulte de aplicación a la sociedad. En la regulación legal descansa el marco de actuación imperativa a que se sujeta la actuación del administrador que, en todo caso, habrá de tener presente la incidencia de “los principios configuradores del tipo social elegido” -art 28 LSC- de modo que tales principios configuradores limitan el ámbito de autonomía de la voluntad una vez conste la elección de un tipo social determinado.

Con carácter general, el desarrollo de la actividad de gestión y administración respetando las disposiciones legales es una obligación fundamental de cualquier gestor de suerte que el cumplimiento de la ley se identifica con la infracción del deber de diligencia del administrador. Lo que es tanto como decir que el incumplimiento de las normas legales es, además del incumplimiento objetivo de cada deber, un incumplimiento del mandato general de actuación diligente y, además, una infracción del deber de lealtad en la medida en que el interés social se pueda ver afectado por la actuación infractora.

De lo antedicho se desprende que, si en la actuación en el tráfico se impone al administrador, por efecto del deber de diligencia, tanto en su vertiente de deber material -así, el apartado segundo del art. 225 LSC señala que los administradores “...adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”- como en su función ontológica-integradora, el deber de velar porque la sociedad cumpla la legalidad vigente, se le está situando en la posición de garante del cumplimiento de los mandatos legales.

Como se ha señalado, la LSC atribuye a los administradores las competencias de representar y gestionar a la sociedad de forma amplia e inespecífica, sin detallar exactamente en qué consiste cada una de ellas. No obstante, a lo largo de su articulado les ordena el cumplimiento de concretos deberes de hacer y no hacer que resultan imprescindibles para el correcto funcionamiento y la articulación de la sociedad y necesarios para la protección de los terceros que se relacionan con ella³⁷⁵.

³⁷⁴ CERRATO CRESPÁN, I., “El deber general de diligencia y la protección de la discrecionalidad empresarial”, en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, ed. Dykinson. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 2015, pp. 75 ss.

³⁷⁵ Sin ánimo de exhaustividad se citan los siguientes: en el proceso de fundación deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde la fecha del otorgamiento (art. 32.1 LSC): en la sociedad anónima deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe sobre el valor de las aportaciones no dinerarias en los supuestos preceptuados por la ley (arts. 67-69 LSC): deberán emitirlo ellos mismos cuando las aportaciones no dinerarias se realicen sin el informe de un experto independiente (art. 70 LSC): y efectuar la publicidad de tales informes mediante presentación de copia autenticada de los mismos en el Registro Mercantil (art. 71 LSC): deben autorizar la transmisión de acciones con prestación accesorias (art. 88.2 LSC): han de firmar los títulos-acciones (art. 114.1.g LSC) e inscribir la transmisión de las acciones nominativas en el libro registro correspondiente (art. 120 LSC): autorizar la transmisión de acciones cuya transmisibilidad esté restringida (art. 123.3 LSC): convocar a la Junta General (art. 167 y ss LSC) y asistir a la misma (art. 180 LSC): a informar a los socios (art. 197 LSC): requerir la presencia de notario que levante acta de la Junta General (art. 203.1 LSC): elaborar las oportunas propuestas e informes previos en relación con la modificación de los estatutos en general (art. 286 LSC), formular las cuentas, el informe de gestión y la

2.2.2. Los Estatutos sociales.

Tras la ley, los estatutos sociales ocupan el segundo lugar en importancia entre las fuentes de los deberes de los administradores de las sociedades de capital. Los estatutos son la Ley fundamental de la sociedad donde se contienen las normas generales de su funcionamiento interno y las de su actuación exterior constituyendo el “contrato social” en las sociedades de estructura corporativa. Su carácter de fuente de obligaciones está fuera de toda duda en la medida en que pueden contener obligaciones para el administrador que complementen las establecidas en la Ley.

Concurren en los Estatutos sociales una doble naturaleza, por un lado son norma objetiva susceptible de aplicarse indefinidamente a una pluralidad de sujetos, por otra, constituyen un instrumento convencional donde se plasma la voluntad de los socios que los redactaron. No obstante, no cabe identificar contrato social con los Estatutos de la sociedad. Mientras el contrato social es el acto constitutivo en el sentido de manifestación de voluntad, o negocio jurídico originario, los estatutos sociales constituyen el conjunto de normas referentes al funcionamiento de la sociedad. El primero tiene por objeto la formación de la sociedad y determina su estructura originaria. Los Estatutos sociales determinan el modo de funcionamiento interno de la organización social³⁷⁶.

Los Estatutos son, en efecto, el instrumento donde se proyecta la voluntad organizativa social y, por consiguiente, tiene una evidente naturaleza dispositiva pudiendo incluir los pactos que los socios tengan por conveniente -art 28 LSC- con los límites ordinarios que a la facultad dispositiva prevé el art 1255 CC y respetando el contenido mínimo que a los estatutos sociales indica el art 23 LSC.

Por otra parte, que un pacto se incluya en los estatutos significa que queda sometido a un régimen jurídico específico, tanto en lo que se refiere a sus efectos inter partes como a su modificación -novación- o a su oponibilidad a futuros socios. Este régimen puede resumirse en que los estatutos y sus modificaciones: i) son un contrato formal (requiere escritura pública); ii) han de inscribirse en el Registro mercantil; iii) se modifican de acuerdo con un procedimiento formal con mayorías establecidas en la Ley o en los propios estatutos; iv) vinculan a los socios actuales y a los socios futuros que aceptan los estatutos por el hecho de adquirir la condición de socio³⁷⁷.

Los Estatutos de la sociedad de capital pueden, efectivamente, atribuir otras competencias a los administradores al margen de las legalmente señaladas. El problema que se plantea en este caso consiste en delimitar qué competencias no pueden serle asignadas por ser facultades inderogables de la Junta General siendo la respuesta, cuando la ley así lo prevea³⁷⁸. Ahora bien, cuando la ley no se pronuncie expresamente acerca de la

propuesta de aplicación del resultado (art 253.1 LSC) y depositar en el Registro Mercantil la certificación de los acuerdos de aprobación de las cuentas y de aplicación del resultado (art 279 LSC), consignar el reembolso a los socios en caso de exclusión (art 356 LSC), etc.

³⁷⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *Tratado de sociedades mercantiles*, ed. Porrúa, S. A., México, 1947, p. 13

³⁷⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los estatutos sociales como regla contractual”, entrada Blog *Almacén de Derecho* de fecha 20.7.2015 accesible en <https://almacenederecho.org/los-estatutos-sociales-como-regla-contractual/>.

³⁷⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el art 88 LSC cuando establece que, salvo disposición contraria en los Estatutos, en las sociedades de responsabilidad limitada la autorización para transmitir participaciones con prestación accesoria será competencia de la Junta General. En sentido contrario, existen competencias

inderogabilidad o no de las competencias de la junta o sobre a cuál de los órganos corresponde una determinada facultad, se produce un margen de incertidumbre que es conveniente aclarar y así poder evitar un eventual conflicto de competencias entre uno y otro órgano social.

En ese sentido parece haber acuerdo doctrinal en que el ámbito de competencias de los administradores es general mientras que el de la Junta General es específico³⁷⁹, de lo que cabe inferir que aquella facultad que no se haya asignado a la Junta por la Ley puede ser estatutariamente atribuida a los administradores³⁸⁰. Por consiguiente la norma legal actúa como supletoria de la estatutaria en aquellos casos en que la ley, por omisión, permita la atribución.

Por otra parte, si bien no concurren límites en la ley como instrumento productor de obligaciones de los administradores -con la salvedad de lo dispuesto en la Constitución-, los estatutos sociales sí que tienen límites, esto es, los señalados en el art 28 LSC como límites a la libertad dispositiva, que admite la incorporación a la escritura y a los estatutos de todos los pactos y condiciones siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

La prohibición de que se opongan a las leyes debe entenderse referida únicamente a las normas imperativas y prohibitivas pudiendo, por tanto, establecer disposiciones contrarias a preceptos que tengan carácter dispositivo³⁸¹. La determinación de las normas que, en cada caso, deben considerarse imperativas y dispositivas debe realizarse en cada supuesto, así, *v.gr.*, las obligaciones que se imponen a los administradores al tiempo de la organización societaria tienen naturaleza imperativa por afectar a la estructura constitucional básica de la sociedad³⁸².

Delimitado los límites dentro de los cuales los Estatutos pueden reglamentar la vida societaria, se acepta que éstos obligan a los administradores y que de su ordenación puede resultar deberes específicos que éstos deberán cumplir. Señalar por último, que el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y estatutos, en su traslación al régimen de responsabilidad, se ha materializado en una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad (art 236.1 in fine). En estos casos, la presunción de culpa resulta de la realización de un acto o de una omisión contraria al régimen legal o estatutario impuesto de modo que se establece una responsabilidad de carácter cuasi-objetivo con base en la automática relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño.

legalmente atribuidas a los administradores que pueden ser concedidas a la Junta por los Estatutos, como ocurre con la creación, supresión o traslado de sucursales (art 11 LSC), modificación, supresión y traslado de la página web de la sociedad (art 11 bis LSC) o la autorización de transmitir acciones con prestaciones accesorias (art 88 LSC).

³⁷⁹ MARTINEZ SANZ, F / PÜTZ, A., “De los Administradores”, en ARROYO, I / EMBID, J.M / GÓRRIZ, C (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, p.1368.

³⁸⁰ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Órganos de administración: consideraciones generales”, en EMBID IRUJO, J. M. (Dir.), *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, ed. Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 270 ss.

³⁸¹ Posición mantenida desde antiguo por la DGRN, por muchas, en Resolución de 27 de junio de 1977 que ya establecía que “solamente las normas de carácter imperativo de la LSA deben prevalecer sobre los estatutos. Así se deduce del límite que al principio de autonomía de la voluntad, establecido con carácter general en el art. 1255 CC, impone este precepto”.

³⁸² DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, cit., p. 105.

2.2.3. Los Reglamentos de régimen interior y los acuerdos de la Junta General.

Pese a que los reglamentos de régimen interior no se mencionan en el art. 225 LSC entre las fuentes y los deberes de los administradores cuyo incumplimiento da lugar a su responsabilidad, debe considerárseles incluidos en la referencia que hace a los estatutos sociales pues no son sino que un desarrollo de aquéllos en lo referente al funcionamiento de los órganos sociales.

Aunque su establecimiento es admisible en toda sociedad, sea o no cotizada, los arts. 528 y 529 LSC imponen a los consejos de administración de las sociedades anónimas cotizadas, la aprobación de un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento, de acuerdo con la ley y los estatutos, que contendrá medidas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad. Por tanto, jerárquicamente subordinados a la ley y a los estatutos, los reglamentos de régimen interior complementan, completan y enriquecen aspectos de la regulación de los órganos sociales legal y estatutariamente establecida o regulan materias no contempladas por aquellos.

En idéntico sentido, cabe hablar de los acuerdos de la Junta General que, válidamente adoptados, constituyen una fuente de obligaciones para los administradores, que están obligados a cumplirlos. En efecto, siendo los acuerdos de la Junta General la expresión material de la voluntad social, no cabe duda de que el órgano de administración debe cumplirlos. En principio, la Junta sólo puede adoptar acuerdos sobre asuntos de su competencia. Esto significa que los acuerdos han de versar sobre cuestiones incluidas entre las atribuciones del órgano, lo que tiene importancia porque la Junta no puede realizar actuaciones que la Ley impone a los administradores (*v.gr.*, la formulación de las cuentas anuales³⁸³, la realización de los informes a los que se refiere la ley en varios preceptos y, en general, la representación de la sociedad³⁸⁴).

Pero al margen de que la junta no pueda actuar en nombre de la sociedad en sus relaciones con terceros, sus poderes en la esfera interna son prácticamente ilimitados, de modo que no debe haber duda de que los estatutos pueden reservar a la Junta determinadas decisiones en asuntos de gestión. Y si los estatutos no prevén nada, tampoco parece haber obstáculos serios para admitir que la junta pueda adoptar acuerdos sobre cualquier asunto incluidos los asuntos de gestión³⁸⁵.

³⁸³ Art. 249 bis, e) LSC.

³⁸⁴ Art. 233 ss. LSC.

³⁸⁵ Como señala ALFARO AGUILA-REAL.J., en entrada de Blog intitulada “Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores (I)”, con fecha de entrada de 18.6.2014 accesible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/06/competencias-de-la-junta-e.html>, “La opinión contraria, que afirma la existencia de competencias exclusivas de los administradores en las que no podría inmiscuirse la Junta, se funda en la importación indebida de la legislación alemana (o la norteamericana). De acuerdo con el § 119.2 AktG alemana, la Junta sólo puede decidir en asuntos de gestión de la compañía cuando los administradores decidan someter la cuestión a la Junta, decisión que los administradores pueden tomar libremente. Esta regla parece estar basada en la falta de información e incentivos de los accionistas para ocuparse de la gestión. Pero, como señala la doctrina alemana, la regla legal no tiene mucho sentido cuando se trata de decisiones que no afectan a la gestión diaria de la empresa social sino a aspectos “propietarios”, es decir, que afectan a la propia inversión de los accionistas en la empresa. Si los accionistas son especialistas en invertir, no se ve qué ventaja tiene reservar a los administradores las decisiones sobre reestructuración del patrimonio social pero, sobre todo, no se ve en qué medida daña al interés social permitir a los titulares de dicho interés participar en las decisiones correspondientes. En el caso de los EE.UU el predominio de los administradores sobre la Junta es fenomenal. Los administradores ostentan buena parte de las competencias que en Europa son típicas de la Junta tales como las relativas al capital

Esa posibilidad de que la Junta General imparta instrucciones al órgano de administración o que imponga el sometimiento a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos de gestión se prevé expresamente en el art. 161 LSC³⁸⁶. Tanto los acuerdos válidos adoptados por la Junta General como las disposiciones contenidas en los reglamentos de régimen interno son, pues, obligatorias para los administradores y su infracción puede dar lugar a su responsabilidad³⁸⁷.

2.2.4. Los Códigos de conducta.

De los códigos de conducta cabe hablar en un doble sentido. De un lado aquellos que son consecuencia del movimiento global de *corporate governance* a los que ya hemos hecho referencia –los *principles del American Law Institute*, los principios de la OCDE, el denominado Informe Olivencia³⁸⁸, el denominado Informe Aldama, el Código unificado de buen gobierno, etc- y que pueden ser definidos como el conjunto de reglas y principios relativos al comportamiento de ciertos operadores económicos, incorporadas a un solo acto o instrumento formal, bajo fórmulas flexibles que implican un asentimiento mínimo a determinados principios estando dotadas de efectos jurídicos³⁸⁹.

Como se ha señalado, los diferentes códigos de conducta señalados en el marco de las recomendaciones del movimiento del gobierno corporativo no constituyen norma jurídica, no son fuente del derecho ni tienen fuerza alguna para obligar más allá de promover la adopción de sus recomendaciones mediante vigorosos instrumentos coercitivos como lo es la imposición de que las sociedades que no acojan las recomendaciones deban explicar los motivos *-comply or explain-* haciendo público ese no cumplimiento siendo los inversores y agentes económicos los que juzgarán ese proceder.

De otro lado, estarían los códigos de conducta adoptados por las sociedades o por sus consejos de administración cuya obligatoriedad no ofrece lugar a dudas. Los Códigos de conducta adoptados por las sociedades se convierten en norma contractual o convencional y su fuerza de obligar deriva de la aceptación, esto es, del consentimiento o adscripción voluntaria del sujeto³⁹⁰. Tales códigos de conducta en el marco de la organización

social o a la distribución de beneficios: los acuerdos de la Junta no son vinculantes para los administradores etc, de modo que se han podido construir teorías que afirman que los accionistas no deben ser considerados dueños de las sociedades anónimas ya que, de acuerdo con el régimen legal, ceden todos o casi todos los derechos de control al consejo de administración en el momento en que constituyen la sociedad y lo hacen de forma prácticamente irrevocable”.

³⁸⁶ Incorporado a la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

³⁸⁷ DUQUE DOMINGUEZ, J. F., “Escritura, Estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas”, en ALONSO UREBA, A (Coord)., *Derecho de Sociedades Anónimas en homenaje al Profesor José Girón Tena*, ed. Civitas. Tomo I. Madrid. 1991, p. 84.

³⁸⁸ El Informe Olivencia señala expresamente a la hora de valorar la naturaleza del trabajo que “La expresión “Código ético”, con la que el Gobierno ha denominado el encargo hecho a la Comisión Especial, ha sido interpretada por ésta en el sentido que estima más acorde con la naturaleza y la finalidad del mandato recibido. Aunque el vocablo “Código” tiene una acepción que lo refiere a cuerpo de normas jurídicas, no es ése el sentido con que se utiliza en este documento. No se trata aquí de imponer deberes cuyo incumplimiento desencadene responsabilidades, ni obligaciones cuyo cumplimiento sea exigible. Este “Código” no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por lo tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo”.

³⁸⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA., “Códigos de conducta y administración de sociedades” en AA.VV., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, ed. McGraw-Hill, Madrid. 1996, p. 324.

³⁹⁰ MORILLAS JARILLO, M, J., *Las normas de conducta de los administradores...*, cit., p. 476.

societaria interna deben asimismo, entenderse incluidos en la referencia que el art. 225 LSC hace a los estatutos de la sociedad ya que son desarrollo de ellos y su incumplimiento dará lugar a su responsabilidad³⁹¹.

2.3. El deber de diligencia como estándar objetivo de actuación.

2.3.1. Contenido objetivo: “la diligencia de un ordenado empresario”.

Desde antiguo, tal y como ha sido ya comentado³⁹², se ha asociado la diligencia del administrador con la del mandatario cuyo encaje no resultaba sencillo pues en el marco del desarrollo de la función de administración son muchas las cuestiones que las diferencian, así, entre otras:

- i) El mandante determina con entera libertad las atribuciones que decide otorgar al mandatario, para que, ejerciéndolas, obre por su cuenta, en cambio la Junta General carecen de la posibilidad de fijar, según su criterio, las facultades del administrador en la medida en que éstas están predeterminadas en la ley y en los estatutos sociales;
- ii) como el nombramiento del administrador puede no ser unánime, sería absurdo calificar de mandantes a quienes no lo consintieron, esto es, a los disidentes y ausentes;
- iii) el mandante tiene siempre la posibilidad de no celebrar el contrato y ejecutar él mismo los actos cuya realización proyectaba confiar al mandatario por el contrario, una Junta General no puede abstenerse de nombrar administrador y, en su lugar, asumir ella misma las funciones administrativas y de representación que a él corresponden³⁹³ y
- iv) no parece posible trasladar al administrador de sociedades la restricción a los actos de administración que establece el art 1713 del CC ya que la función de gestión atribuida al administrador, al contrario, le autoriza para que comprometa el patrimonio social.

³⁹¹ El Informe Olivencia, en su punto cuarto dedicado a la “naturaleza del trabajo”, prevé que “Se respeta así el amplio ámbito de autonomía que a las sociedades anónimas reconoce la ley en esta materia, y la facultad de autorregulación que confiere al Consejo de Administración. Sólo si en uso de esa libertad los estatutos sociales, al disponer la estructura del órgano de administración y su régimen de actuación, o el Consejo de Administración, al regular su propio funcionamiento, asumen las recomendaciones contenidas en el Código, pasarán éstas a tener vigencia, pero no como normas de Derecho positivo, sino como reglas de origen convencional o negocial”.

³⁹² V. Supra. Cap II. Apart. 3.1, pp. 58 ss., Apart. 9.2., pp. 109 ss.

³⁹³ GARRIGUES, J, en GARRIGUES, J / URIA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 26., señala que “La imposibilidad de que una sociedad anónima llegue a funcionar sin administradores es, por sí, suficiente para excluir la idea del mandato, ya que no puede concebirse la existencia de un mandato allí donde no hay posibilidad de la no existencia del mandato”.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 abandonó toda remisión implícita al mandato y, por remisión de éste, al estándar común civil de diligencia o la conducta exigible al buen padre de familia para acoger la más técnica y precisa de “ordenado comerciante y representante³⁹⁴”. Habrá que esperar a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 para la sustitución del concepto de comerciante por el de empresario.

No obstante, lo señalado no parece suficiente para determinar con precisión los contornos de esa diligencia del administrador debiendo acudir a sus principios configuradores para valorar si aquella diligencia del “hombre medio” es idéntica a la del “ordenado empresario” pero aplicada a la naturaleza de las funciones de éste o estamos en presencia de un concepto singular de diligencia, profesional y reforzada en relación a la estándar diligente del “hombre medio”.

El art 225.1 LSC ofrece el término clásico de diligencia como actuación realizada con cuidado, atención, es decir sin “negligencia” o sin una actuación descuidada, con falta de cuidado y aplicación. En terminología clásica del derecho privado -especialmente en sede de responsabilidad civil- se contraponen los términos diligencia y negligencia siendo más frecuente encontrar referencias a la negligencia que a la diligencia.

Así se habla de culpa o negligencia como primer requisito generador de responsabilidad. Pero la culpa es algo más que una “actuación negligente” y se define como contravención a una regla de conducta imperativa en el cumplimiento de una obligación. Se es responsable porque se es culpable y se es culpable porque no se previó con diligencia aquello que hubiera debido preverse. La culpa se sitúa entre la voluntad consciente de dañar -dolo- y el caso fortuito donde no interviene la voluntad.

Por su parte, el art 1902 CC declara la responsabilidad de quien actúa con negligencia que se define en el art 1104 de la forma siguiente; “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. La infracción de la diligencia constituye pues, la culpa. Ahora bien, el segundo inciso el art 1104 dispone que “Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia³⁹⁵”.

De cuanto antecede no parece posible advertir que el art 225 LSC estatuya un estándar de diligencia específico para los administradores de sociedades diferente de la responsabilidad general del CC, sino que más podría pensarse que se trata de idéntica responsabilidad si bien referida en su aplicación a un tipo especial de situaciones y de personas: a los administradores de las sociedades en el ejercicio de su cargo. Ahora bien, no existiendo, por tanto, una categoría autónoma de responsabilidad en el Derecho societario sino una aplicación del tipo general del Derecho civil, sí que el estándar de diligencia del administrador se individualiza al expresar la obligación la diligencia que ha de observarse en su cumplimiento, esto es, la del “ordenado empresario”.

³⁹⁴ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 105., señala que “la bondad se sustituye así por el orden, y la dirección de la familia por la actuación representativa del empresario”.

³⁹⁵ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 79 ss., señala que “el padre de familia tiene justa causa para ignorar cualquier conocimiento que sea inherente a una determinada profesión. Sin embargo, el padre de familia debe poseer ciertos conocimientos: los no inherentes a ninguna profesión, aquellos que pueden definirse como estando al alcance de cualquiera o conocimiento del funcionamiento habitual de los fenómenos corrientes”.

En efecto, el desplazamiento del estándar de diligencia del administrador desde la propia del mandatario a la del “ordenado empresario” provocaba el efecto de entender superado el estándar civil o común de diligencia del “hombre medio” o la del “buen padre de familia” para someter su actuación a una diligencia reforzada del profesional empresario que implicaba un plus de cuidado derivado del necesario y prudente conocimiento del sector concreto en el que el empresario realiza su comercio o actividad³⁹⁶. Es decir, el estándar de diligencia ordinario se veía reforzado en la medida en que, por actuar con la condición de empresario, se debe presumir un razonable “saber y entender” que actúa como plus de antijuridicidad³⁹⁷.

Ahora bien, esa acepción reforzada no se da por apartarse de la diligencia ordinaria para situarse en una distinta y profesionalizada. No es una superación del concepto ordinario o civil de diligencia sino una adaptación de la misma en su aplicación al entorno técnico y profesionalizado del administrador de sociedades de suerte que ambos estándares de diligencia no son excluyentes pues pueden coexistir en la medida en que constituyen modelos paradigmáticos de actuación diferentes. Por tanto, la diligencia del “ordenado empresario” no puede sustituir la del “buen padre de familia” porque son conceptos disímiles³⁹⁸.

Tal diligencia técnica o profesional es una diligencia de medios³⁹⁹. Una suerte de *lex artis* del administrador⁴⁰⁰. Una diligencia específica del cargo que ocupa de carácter elástico en la medida en que se adapta al sector económico en que interviene así como al tiempo

³⁹⁶ El modelo implica necesariamente la referencia a una profesión, entendida como nombre genérico que comprende todas aquellas personas que condecoradas de las reglas que presiden el ejercicio de una determinada actividad, se dediquen a ella. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, p. 124. Además, señala el autor, p. 83, que “el artífice no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos, precisamente aquellos propios de la profesión que ejerce o dice ejercer”. Consiguientemente, el modelo viene caracterizado por un conocimiento o saber que comporta que la actividad esté disciplinada por un conjunto de reglas de acceso restringido. Siguiendo la misma argumentación, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 97.

³⁹⁷ Así la SAP de Pontevedra de 31.6.2009 señala que “la diligencia exigida a los administradores en el ámbito de las sociedades de capitalistas es una diligencia profesionalizada que la doctrina califica como diligencia de medios”.

³⁹⁸ Así sostiene GONZALEZ MORAN, L., *La responsabilidad civil del médico*, ed. Bosch. Barcelona, 1990, pp. 79-81., que “el buen profesional ni «sustituye» ni se «transforma» partiendo del modelo del buen padre de familia”. Es decir, como señala el autor, la pretendida transformación o conversión del modelo del buen padre de familia lleva implícita una cierta diferenciación entre ambos, puesto que “transformar o sustituir el criterio objetivo por otro es ya, de alguna manera, admitir y reconocer abiertamente que se trata de criterios distintos, porque nadie se transforma o sustituye por sí mismo”. En sentido contrario, JORDANO FRAGA, F., “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, *RGLJ*, núm. 1, 1985, pp. 1 ss., se muestra a favor de la identificación del buen profesional o del ordenado comerciante con el buen padre de familia, en el sentido de que el buen profesional u ordenado comerciante no son más que el buen padre de familia en una concreta prestación profesional o empresarial.

³⁹⁹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los...*, cit., p. 129., señala que “Debe recordarse que el administrador viene obligado a una actuación diligente y no a un resultado favorable, por ello debe evitarse el error de confundir el éxito en el negocio con obrar con la diligencia debida. El negocio puede resultar fallido pese a la actuación diligente del administrador”. En tal sentido la STS de 26 de diciembre de 2014 señalaba que “las obligaciones de los administradores son obligaciones de medios y no de resultado y, por tanto, éstos no responden por el denominado riesgo de empresa”. Asimismo la SAP de Islas Baleares, Sección 5ª, de 20.12.2010, señala en su Fundamento de Derecho Tercero que “una cosa es el riesgo de empresa, que necesariamente ha de asumir la sociedad, aunque tenga como resultado pérdidas cuantiosas, y otra, el riesgo de una gestión negligente de los administradores”.

⁴⁰⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*. Marcial Pons, Madrid. 2005, p. 341., alude a las reglas que integran la *lex artis* del administrador que se extienden a la confianza que inspira en el acreedor.

y al lugar⁴⁰¹. El término “ordenado” se separa del término “buen”, de aplicación al estándar civil.

Con tal distinción se pretende, por un lado tecnificar y reforzar la diligencia a prestar por el empresario y, por otro, separarse de la propia del *bonus pater familiae* de corte más moderada y conservadora del patrimonio familiar y menos inversora del mismo, para cuyo desempeño se precisa simplemente la prudencia de actuar pero no la información, toma de decisión y margen de riesgo previsible. Por tanto, la naturaleza y características de la conducta en el marco de la gestión del buen padre de familia es, funcionalmente, contraria a la naturaleza conductual de la gestión económica profesional. En cualquier caso, los distintos modelos y sus respectivas formulaciones legales deben interpretarse en consonancia con la naturaleza de la concreta obligación y ello porque así lo imponen los artículos 1104 y 1719 CC⁴⁰².

Siendo el estándar de diligencia el del ordenado empresario habrá que colegir que en el desarrollo de las funciones asignadas deberán atenderse a criterios económicos, de producción, con conocimientos técnicos específicos superiores a los conocimientos de las personas medias y con la exigencia de mayor dedicación y cuidado por tratarse de bienes ajenos. Notas todas éstas que permiten inferir con claridad el plus de diligencia que se exige al administrador, no ya por individualizarse conceptualmente respecto de la del “buen padre de familia” sino que es la función ejercida, el entorno concurrente y la exclusiva observancia del interés social lo que individualiza a modo de especializar, tecnificando y profesionalizando, el estándar de diligencia.

Cuando la LSC habla de “ordenado empresario” lo hace siendo consciente de que el administrador no es ningún empresario -lo será la sociedad que representa y administra- si bien se le impone que actúe en el tráfico como si lo fuera procurando el interés social, de ahí que tengan prohibición para ser administradores quienes no pueden ejercer el comercio -art 213.1 *in fine* LSC⁴⁰³.

Bien parece que el legislador ha buscado identificar, por un lado al empresario con el deber de diligencia desarrollando una conducta paramétrica “administrador diligente”, y por otro al representante con el deber de lealtad desarrollando el modelo de conducta

⁴⁰¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, S.A, Madrid, 1988, pp. 276-277, estima el autor que “el modelo del buen profesional es una particularización del buen padre de familia”.

⁴⁰² En efecto, así se deriva del art. 1104 CC al señalar que la diligencia exigible al deudor consiste en la que “exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” y del art 1719 del mismo cuerpo legal que establece que el mandatario a falta de instrucciones del mandante “hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia”. Al respecto, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 156 ss., señala que los modelos y grados de diligencia expresada en la obligación o, en su defecto, en la propia ley, “deben siempre hallarse en función de la naturaleza de la prestación debida y de las circunstancias de su cumplimiento”. Por su parte, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987, pp. 120 y 121, sostiene que “el modelo de diligencia es un criterio de valoración de conductas relativo, conmisurado a la naturaleza de la actividad que se trate”.

⁴⁰³ QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., p. 198, señala que “el administrador actúa como comerciante, pero no es comerciante, precisamente porque no ejerce el comercio en nombre propio si no en nombre de la sociedad y por cuenta de ella”. Asimismo, SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 106., señala que “Ciertamente, el administrador no es empresario o comerciante, en cuanto que la actividad que realiza la efectúa en nombre y por cuenta de la sociedad, pero como en el caso del “gerente de una empresa” o del factor, se le exigen condiciones similares a las del propio empresario o comerciante”.

“representante leal”⁴⁰⁴. Como exigencia se le impone que sea “ordenado” que no se refiere únicamente a ser pulcro y metódico sino a una actuación planificada, ordenada y dirigida a la consecución de un fin apartándose de la improvisación y que, por tratarse de gestión de intereses ajenos, ha de ser más exigente y quienes la ejecutan han de tener mayores conocimientos, habilidades, técnicas, en definitiva, más profesional⁴⁰⁵.

Y cuando se habla de la diligencia del administrador como la de empresario profesional se está haciendo referencia a que su gestión no puede ser anárquica, improvisada o dirigida en función de intuiciones no justificadas, sino una actuación diligente en representación de la sociedad y con lealtad a la misma⁴⁰⁶. La profesionalidad está implícita en la apelación al ordenado empresario de modo que, si el administrador gestiona y representa se le debe exigir un saber hacer, dedicación y habilidad, en suma, una cierta profesionalización⁴⁰⁷. No obstante no debe confundirse la capacitación exigida para actuar como ordenado empresario con la imposición de una profesionalización, esto es, de empleo con el que se obtiene una retribución.

La evolución hacia la profesionalización de la diligencia debida por los administradores llevada a cabo por nuestro legislador, si bien sigue la línea de otros ordenamientos continentales⁴⁰⁸, se caracteriza, no obstante, por la falta de concreción del propio concepto. La profesionalidad de la que hablamos es la actitud y disposición hacia el trabajo como resultado específico de la aplicación de conocimientos, técnicas, y decisiones previamente valoradas concebido como trabajo bien hecho de gestión de un

⁴⁰⁴ POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración...”, cit., p. 55., sostiene que “mientras la referencia al ordenado empresario nos sitúa sin duda en el campo del ejercicio del comercio y su competencia profesional, la referencia al representante leal nos traslada de nuevo al campo del mandato, y muy en particular, a la norma del mandato mercantil contenido en el art. 225 del Código de Comercio, que obliga a cuidar del negocio como propio”.

⁴⁰⁵ FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, ed. Tirant lo Blanch. Madrid, 2010, p. 1104., señala que “...profesionalidad y diligencia son dos caras de una misma moneda”.

⁴⁰⁶ Conforme a la SAP de Pontevedra de 24.12.2012 “...debe partirse de la afirmación de que un orden económico transparente y desarrollado demanda, como requisito esencial, una diligente y cuidada actuación de parte de los administradores de las sociedades mercantiles, pues son múltiples los intereses que se ven comprometidos. La gestión empresarial es, cada vez más compleja y exige una actuación responsable y profesional. Así fue entendido por el legislador comunitario en las Directivas sobre Derecho de Sociedades y así fue adoptado por el legislador español en un conjunto de normas que se inician con la Ley de 25 de julio de 1989 de adaptación de la legislación mercantil a las directivas comunitarias en materia de sociedades...marcando una tendencia hacia la exigencia de un estándar, cada vez más intenso, en la responsabilidad del empresario”

⁴⁰⁷ La STS de 22.11.1971 señalaba ya en relación a la diligencia debida de un profesional que “no cabe confundirla con la simple negligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía y técnica profesional”.

⁴⁰⁸ Nuestra legislación ha seguido el modelo de diligencia adoptado por el ordenamiento alemán, así la *Aktiengesetz* alemana establece que los miembros de la Dirección han de proceder con la diligencia de un gerente ordenado y cuidadoso en el desarrollo de sus funciones gestoras (§93 AktG). El estándar de diligencia profesional ha sido el adoptado por el ordenamiento italiano que lo incorporó en la reforma del derecho de sociedades de 2003. Así, el art 1176 del CodCiv establece un modelo de conducta propio del que se dedica a una determinada actividad profesional. En cualquier caso, se pretende que los administradores no estén sometidos a un estándar de diligencia demasiado rígido ya que se pretende evitar que estén sometidos a un régimen de responsabilidad tan estricto que les prive de la discrecionalidad necesaria para actuar en la gestión empresarial rechazando el riesgo inherente a sus decisiones. Idéntica protección se dispensa en el caso norteamericano donde la discrecionalidad de gestión de los administradores se encuentra ampliamente protegida por la *Business Judgement Rule*.

patrimonio ajeno valorado como propio que antepone los intereses de quienes lo encargan a los propios⁴⁰⁹.

Consiguientemente, este modelo de “ordenado empresario” no supone una forma automática de valoración de la conducta de los administradores sociales, idéntica en todo, sino que, al contrario, se trata de un concepto abierto cuyo contenido tiene que ser explicitado caso por caso, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes. Así, este tipo de diligencia no tiene carácter rígido sino elástico, adaptable a las concretas circunstancias de la sociedad en cuestión. Ciertamente, hay que estar alerta en la simplificación del término “profesionalidad” y rechazar la arraigada confusión entre los términos “éxito” y “beneficio económico” ni realizar una valoración del administrador por los resultados y no por sus decisiones⁴¹⁰.

2.3.2. Ejercicio efectivo del cargo. El deber de administrar

No por obvio no es remarcable: el administrador debe desempeñar su cargo. Y éste es el punto de partida del contrato de administración de modo que, si no desempeña su cargo ninguna gestión realiza y ninguna actividad desempeña. Está incumpliendo la relación contractual que le une con la sociedad. El contrato de administración tiene por objeto la prestación de los servicios propios del cargo de administrador de manera que el ejercicio del cargo es el principal deber de naturaleza contractual derivado de la propia asunción funcional del cometido administrador, esto es, la ejecución de actos de administración⁴¹¹. En tal sentido se configura como el efecto embrionario del contrato y del que serán accesorios los restantes deberes que el vínculo impone.

Ejercer el cargo es la obligación primera claramente advertida cuando el órgano es unipersonal e igualmente predicable tratándose de consejo de administración. No obstante, tanto en caso de administrador único, como en todos los demás modos de organizar la administración de las sociedades de capital, y con ciertas precisiones, la prestación del deber de diligencia exigible no corresponde a los administradores cuando la junta general de la sociedad, mediante el correspondiente acuerdo, imparta instrucciones al órgano de administración o someta a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión de la sociedad (art. 161 LSC).

En este supuesto, las facultades inherentes a la competencia de gestión que corresponden a los administradores (art. 209 LSC) son intervenidas y ejercidas por la junta general y,

⁴⁰⁹ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., viene a declarar que los comportamientos que atañen a la administración social requieren una prudencia, cuidados y atención superiores a los de un hombre medio, pues nos hallamos ante una mayor exigencia por la profesionalidad que se pide a un ordenado empresario.

⁴¹⁰ En tales términos se expresa, asimismo, GARRETA SUCH, J.M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, ed. Marcial Pons. Madrid. 2014, pp. 39 ss.

⁴¹¹ CUADRADO IGLESIAS, M., “La gestión en el Código civil”, *AAMN*, t. 32, 1993., p. 396, señala que “se define acto de administración como el acto jurídico que recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la utilización y percepción de sus productos sin comprender en modo alguno el valor, la individualización y permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio en que se integran”. Por su parte, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., pp. 79 y 80, señala que se entienden por actos o negocios jurídicos de administración “aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico”.

por tanto, los administradores al quedar despojados de dichas facultades no les es exigible en cuanto a éstas la prestación del deber general de diligencia exigible.

A lo anterior hay que precisar, decíamos, que si bien es cierto que los administradores no están sujetos a la prestación del deber general de diligencia exigible con respecto a los asuntos de gestión en los que mediante el correspondiente acuerdo ha intervenido la junta, no lo es menos que al cumplir con el deber de ejecutar los acuerdos de la junta en materia de gestión, sí están igualmente sometidos a la prestación del deber general de diligencia exigible pues en caso de causar daño a la sociedad no están exonerados de responsabilidad⁴¹².

En caso de varios administradores solidarios también, en principio, en el desarrollo de todas las facultades que integran las competencias de gestión y representación de la sociedad de capital (arts. 209 y 233.2.b. LSC) éstos deben desempeñar el cargo con la diligencia exigible. Ahora bien, ya sea a través de la inclusión de las correspondientes disposiciones en los estatutos de la sociedad o bien mediante los correspondientes acuerdos de la junta general, es posible llevar a cabo una distribución de las facultades que integran las competencias de representación (art. 233.2.b. LSC), de forma que no todos los administradores solidarios sean titulares de todas las facultades correspondientes a esta competencia, la prestación del deber de diligencia exigible por cada administrador solidario estará, en este caso, en función de las facultades de representación efectivamente atribuidas a cada uno.

En estos casos si bien la distribución de las facultades integrantes de la competencia de representación entre los distintos administradores solidarios sólo tiene un alcance meramente interno -art. 233.2.b) *in fine* LSC-, con el fin de facilitar que quienes se relacionen con la sociedad puedan identificar más fácilmente a las personas legalmente capacitadas para vincularla, esto no es óbice para que la prestación del deber general de diligencia exigible por cada administrador solidario se extienda únicamente a las facultades de representación que tenga efectivamente atribuidas.

El administrador solidario que sin tenerlas atribuidas, según la correspondiente distribución establecida, ejercite facultades de representación, no incurre en una infracción de la prestación del deber general de diligencia exigible sino en un acto contrario a las correspondientes disposiciones estatutarias o a los acuerdos de la junta general susceptible de generar la eventual responsabilidad por el daño que causen a la sociedad.

En caso de administración conjunta o mancomunada cuando el número de administradores no exceda de dos, único supuesto posible en las sociedades anónimas para este modo de organización de la administración (art. 210.2 LSC), la prestación del deber general de diligencia exigible a éstos recae por igual sobre ambos, tanto respecto de las facultades comprendidas en la competencia de gestión como en las integrantes de la competencia de representación de la sociedad.

No obstante, en la sociedad de responsabilidad limitada cuando la administración de la sociedad esté integrada por más de dos administradores conjuntos y los estatutos de la

⁴¹² ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 160. Competencia de la junta”, en (ROJO, A / BELTRÁN, E - Dirs-), *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, Tomo I, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, pp. 1215 y ss.

sociedad contemplen que las facultades correspondientes a la competencia de representación sean ejercidas mancomunadamente al menos por dos de ellos, la prestación del deber general de diligencia conforme al modelo de conducta del ordenado empresario y con respecto a estas facultades recaerá sobre los administradores a quienes se les hayan atribuido.

En caso que el modo de organizar la administración de la sociedad sea el consejo de administración, la prestación del deber general de diligencia exigible corresponde al propio consejo con carácter colegiado pues es a este órgano al que corresponde la función de administración de la sociedad, tanto en su vertiente interna o gestión, como en su vertiente externa o representación (arts. 210.1, 210.2 y 233.2.d. LSC).

No obstante, como se ha señalado, en la medida en la que la LSC permite atribuir la competencia de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (art. 233.2.d. *in fine* LSC), nada obsta a que, en este supuesto, la prestación del deber general de diligencia con respecto a las facultades de representación recaiga únicamente sobre el o los miembros del órgano de administración a quienes los estatutos de la sociedad hayan atribuido la función de representación.

En un sentido análogo al anteriormente expresado, cuando el consejo de administración, mediante el correspondiente acuerdo de delegación, nombre una o varias comisiones ejecutivas o consejeros delegados (arts. 233.2.d.II y 249.1 LSC), la prestación del deber general de diligencia exigible corresponderá a los miembros de las correspondientes comisiones ejecutivas y/o a los consejeros delegados con respecto a las facultades que hayan sido objeto e integren el contenido de la delegación.

Ahora bien, puesto que el acuerdo de delegación puede comprender más o menos facultades, habrá que estar a cada caso concreto para determinar a quién correspondía cumplir con el modelo de conducta del ordenado empresario al tomar una decisión o adoptar un acuerdo en materia de administración interna o gestión, o externa o representación de la sociedad⁴¹³.

El ejercicio efectivo del cargo significa desempeñarlo con eficiencia relacionándose internamente con la sociedad y los socios y externamente con todos los restantes interesados en la empresa, proveedores, acreedores, administraciones públicas, etc. No existe un catálogo cerrado de actuaciones del cargo de administrador ya que éstas variarán según la empresa y sector en que se desarrolle pero genéricamente podemos hablar de ejercicio del cargo en sus relaciones internas y en sus relaciones externas. De ellas, unas funciones tendrán contenido meramente jurídico formal y otras lo tendrán de carácter estrictamente empresarial o económico. De las primeras podemos obtener conocimiento mediante la lectura de la LSC o la legislación específica mientras que de las segundas su enorme variedad hace imposible su exposición⁴¹⁴.

⁴¹³ LLEBOT MAJÓ, J.O., "El deber general de diligencia...", cit., p. 63.

⁴¹⁴ En tal sentido, la Recomendación 8 del Código Unificado de Buen Gobierno señala: "Que el Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía. Y que, a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar:

a. Las políticas y estrategias generales de la sociedad, y en particular:

i) El Plan estratégico o de negocio, así como los objetivos de gestión y presupuesto anuales:

ii) La política de inversiones y financiación:

Por lo tanto, en el nuevo esquema de deberes generales de los administradores sociales, la inacción del administrador en la adopción de los acuerdos y decisiones necesarias y adecuadas para el desarrollo del objeto social comporta un incumplimiento del deber de diligencia. Se pretende evitar la presencia de administradores “nominales”, “figurantes” o “durmientes” que traten de evitar la asunción de responsabilidades mediante una conducta omisiva en el ejercicio del cargo.

Por ello, si bien limitado al ámbito de las sociedades cotizadas -el deber de los administradores de asistir personalmente a las Juntas generales ya se preveía en el art. 180 LSC-, la nueva regulación impone la asistencia personal de los consejeros a las sesiones que se celebren y, pese a admitir la delegación de su representación, que ésta se tenga que prestar necesariamente a otro consejero –art. 529 *quáter* LSC-.

Dentro de la actuación de administrar se ha advertido una bifurcación funcional en virtud de la cual hay que distinguir entre el gobierno de la sociedad y la gestión de la sociedad⁴¹⁵. Bajo dicha disociación funcional se ha señalado que las tareas de gobierno de una empresa tienen una orientación estratégica, esto es, a largo plazo, y no requieren una atención constante a su operativa. Por el contrario, la gestión supone la dedicación exhaustiva y continua a los problemas de la empresa en sus dos niveles estratégico y operativo, así como decisiones organizativas. Pues bien, corresponde al administrador o al consejo las labores de gobierno y a los directivos y gerentes las labores de gestión⁴¹⁶.

Ahora bien, ¿en qué consiste administrar? La ley se limita a señalar algunas obligaciones concretas de los administradores pero no determina en qué consiste la obligación de administrar que ha de enmarcarse dentro de las obligaciones de medios como aquellas en las que el administrador se compromete a realizar una actividad, que puede ser de hacer o de no hacer⁴¹⁷.

Estamos obviamente ante un concepto de muy difícil encuadramiento en unos contornos estáticos sino que el mismo concepto de administración es una noción elástica e indeterminada⁴¹⁸. En efecto, el concepto de administración en el Derecho de Sociedades

iii) La definición de la estructura del grupo de sociedades:

iv) La política de gobierno corporativo:

v) La política de responsabilidad social corporativa:

vi) La política de retribuciones y evaluación del desempeño de los altos directivos:

vii) La política de control y gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas internos de información y control.

viii) La política de dividendos, así como la de autocartera y, en especial, sus límites.

⁴¹⁵ CASILLAS BUENO, J.C. / VÁZQUEZ SÁNCHEZ, A., *Manual de la empresa familiar*, ed. Deusto, Bilbao, 2005., p. 252.

⁴¹⁶ ALEJOS GARMENDIA, B., *Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 89., “... no podemos olvidar que en las empresas cerradas, con alta frecuencia, coinciden ambas tareas en las mismas personas y resulta difícil deslindar cuando están gobernando y cuando están gestionando”.

⁴¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, A: “*Derecho de...*”, cit., p. 989., señala que “en las obligaciones de medios la prestación se nutre sólo del comportamiento (activo o pasivo) del deudor, su obligación no se extiende más allá. Que el acreedor obtenga o no el resultado a que sin duda tendió, es indiferente...En el caso de las obligaciones de resultado, por el contrario, el fin forma parte de la prestación. Son las llamadas prestaciones de resultado”.

⁴¹⁸ SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, *RDM*, núm. 85, 1962, para quien el concepto de administración presenta dos aspectos. De una parte exige la conservación, tanto física como jurídica, de la cosa o el patrimonio administrado. Esta conservación constituye, en su criterio, la base fundamental y el requisito mínimo *sine*

ha de poseer un carácter dinámico y funcional que no puede desconocer que todos y cada uno de los actos que componen la administración no pueden perseguir otro interés que no sea el social.

Y sobre la premisa apuntada, los actos de administración⁴¹⁹ tienen una doble finalidad. Una finalidad conservativa del patrimonio social y otra finalidad productiva que es precisamente la que justifica la propia existencia de la sociedad y que se materializa en la actividad económica que ha de ser ejercitada por la sociedad -objeto social- con el objetivo de la consecución del interés social. En definitiva, puede afirmarse que la actividad de administrar consiste en llevar a cabo en relación con el patrimonio social, todas aquellas actuaciones, positivas o negativas, que el empresario individual realizaría respecto de su patrimonio en idénticas circunstancias.

2.3.3. Dedicación adecuada

Derivado del ejercicio efectivo del cargo de administrador encontramos la exigencia impuesta en el art 225.2 LSC de “dedicación adecuada”. Se trata, nuevamente, de un deber que es reflejo del vínculo contractual entre el administrador y la sociedad. La prestación exigida por el deber de tener una dedicación adecuada en el desempeño del cargo consiste en la realización de todas las actividades que sean precisas para la consecución del objeto social.

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 societaria 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 deber de dedicación adecuada habrá de determinarse atendiendo a las concretas facultades que, en cada caso, cada administrador haya asumido.

En las recomendaciones de los Códigos de conducta que constituyen la base de la “neoregulación del derecho de sociedades”⁴²⁰ ya se venía reclamando que los administradores dedicaran el tiempo, el esfuerzo y la formación necesaria para un adecuado desempeño del cargo⁴²¹. La exigencia de una “dedicación adecuada” en el

qua non de la función administrativa. De otra, supone también la explotación de los bienes administrados susceptibles de proporcionar rendimiento, para lograr un beneficio. Sobre esa base, el autor define la administración como actividad que, permitiendo la conservación de los administradores, persigue la obtención de su máximo rendimiento económico.

⁴¹⁹ RUANO BORRELA, J.P., “El gobierno de la sociedad anónima” en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*. Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1990, p. 316, señala que “el concepto administración no tiene en Derecho Mercantil el mismo alcance que en Derecho Civil, al menos en cuanto a la determinación de las facultades de tal órgano. El Derecho civil distingue entre actos de administración, como referidos a los que tienen por objeto la mera conservación del patrimonio, de los actos positivos. En Derecho Mercantil, sin embargo, la administración de una empresa implica necesariamente la posibilidad de realización de todas aquellas actividades dirigidas a la buena marcha del negocio y, por tanto, no sólo los actos de mera conservación del mismo, sino también los dispositivos, tales como compraventa, gravamen, etc...”

⁴²⁰ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia...”, cit., p. 80.

⁴²¹ Así, el Informe Conthe, señalaba en su Recomendación 25 que “Que las sociedades exijan que los consejeros dediquen a su función el tiempo y esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y, en consecuencia: a) Que los consejeros informen a la Comisión de Nombramientos de sus restantes

marco del deber general de diligencia se ha de orientar a la propia del “ordenado empresario”, donde su estatuto jurídico únicamente exige “habitualidad” en el ejercicio del comercio⁴²². Ahora bien, aunque la “habitualidad” y la “dedicación adecuada” son conceptos que no tienen por qué coincidir, tampoco parece predicable del administrador la imposición de una regla de exclusividad en el ejercicio del cargo sin perjuicio de lo prevenido en los pactos contractuales que le vinculen con la sociedad.

No obstante esto, el administrador habrá de destinar al desarrollo del cargo el tiempo y atención suficientes para obtener un adecuado conocimiento de los asuntos que afecten al desarrollo del objeto social. La exigencia de dedicación adecuada pretende asimismo evitar situaciones de confluencia de actividades profesionales o gestoras que le impidan, cualquiera que sea su función dentro de la estructura del órgano, prestar la atención que precise el correcto manejo de los asuntos sociales⁴²³.

obligaciones profesionales, por si pudieran interferir con la dedicación exigida: b) Que las sociedades establezcan reglas sobre el número de consejos de los que puedan formar parte sus consejeros”. Por su parte, la Recomendación de la Comisión Europea 2005/162/CE de 15 de febrero de 2005 relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa, rubricaba su art 12 como “Compromiso” disponiendo en el 12.1 que “Cada administrador debe dedicar a sus funciones el tiempo y atención necesarios y comprometerse a limitar el número de sus demás compromisos profesionales (en particular, los cargos directivos en otras empresas) en la medida necesaria para poder cumplir correctamente sus tareas”. También el Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y sociedades cotizadas de 8 de enero de 2003) incluía en su punto II.2.4 que “En cualquier caso los deberes de diligencia deberían incluir: i. Dedicar con continuidad el tiempo y el esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello y la colaboración y asistencia que considere oportuna. II. Participar activamente en el órgano de administración y en sus Comisiones o tareas asignadas, informándose, expresando su opinión, e instando de los restantes consejeros su concurrencia a la decisión que se entienda más favorable para la defensa del interés social. De no poder asistir, por causa justificada, a las sesiones a las que haya sido convocado, procurará instruir de su criterio al consejero que, en su caso, le represente.

⁴²² Art. 1.1º del Código de Comercio cuyo art. 3 señala que “Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

⁴²³ En tal sentido, la Recomendación 26ª del Código Unificado de Buen Gobierno dedicada a la “Dedicación” señalaba que “El desempeño eficaz de sus funciones exigirá que los consejeros no sólo dispongan de la información precisa sobre los asuntos sometidos a su consideración, sino también que le dediquen la atención precisa. Por ello, es conveniente que las sociedades cotizadas se aseguren de que las restantes obligaciones profesionales de sus consejeros y, de modo especial, su participación en otros Consejos no van en detrimento del buen desempeño de sus funciones en la sociedad. A tal efecto, este Código, aunque no entra a detallar el posible contenido de tales reglas limitativas -por ejemplo, en lo que atañe a la determinación del número máximo de Consejos o a la eventual exclusión del cómputo de los correspondientes a sociedades del propio grupo o a sociedades patrimoniales del consejero o de sus familiares cercanos-, recomienda que las sociedades las formulen y exijan su cumplimiento a sus consejeros. Asimismo, el punto 4.6 del Informe de 14 de octubre de 2013 de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo rubricado “Dedicación de los consejeros” señala que “Obvio es decir que, dada la importancia de sus funciones, los consejeros deben dedicar el tiempo suficiente para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, la cuestión a debate se plantea en la forma en que este principio debe traducirse y en si debe dársele rango normativo. Es imposible delimitar las muchas actividades que un consejero puede realizar al margen de su labor como administrador de la sociedad cotizada y es muy difícil valorar el tiempo y la dedicación que cada una de ellas le pueden exigir. Por ello, la Comisión de Expertos entiende que esta es una cuestión que debe formar parte de las facultades de autorregulación de las sociedades y que, más allá de esta realidad, son las recomendaciones de buen gobierno las que, en su caso, pueden disciplinar las prácticas societarias. En otras palabras, considera preferible que sea una recomendación de buen gobierno la que pueda incluir alguna concreción adicional, como, por ejemplo, un número máximo de consejos de administración de sociedades cotizadas ajenas al

De cuanto antecede se infiere que la falta de dedicación de los administradores permite a la sociedad, al socio o al tercero la reclamación de la correspondiente responsabilidad en los términos del art 238 LSC ya que, la falta de dedicación puede provocar que el administrador no haya hecho lo que, atendidas las circunstancias, debiera haber hecho en defensa del interés social habiendo con ello generado un daño a la sociedad. Este deber de dedicación adecuada reviste particular significación cuando el órgano adopte la forma de un consejo de administración. En tal caso, el miembro del consejo debe asistir y participar activamente en las reuniones del consejo y éstas, además, deberán celebrarse con una periodicidad trimestral mínima -art 245.3 LSC-⁴²⁴. Se trata, con ello, de evitar que el órgano de administración se equipare a una Junta separada de administradores que solo se reúnan anualmente para redactar y firmar las cuentas anuales.

Con todo, cabe colegir que no es virtud de buen profesional desatender las actuaciones que como tal le corresponden en el marco del vínculo que le une con la sociedad. En tal sentido, la falta de dedicación hace asimismo referencia al conocimiento de la actividad o del objeto de aquella empresa que pretende gestionar, esto es, la falta de dedicación revelará su grado de conocimiento de la empresa, sus componentes, su actividad, su posición en el mercado dentro de su propia singularidad pues no es lo mismo gestionar una empresa industrial que una ubicada en el sector servicios u otra dedicada a la actividad bancaria, al sector farmacéutico, construcción, etc.

Desconociendo los extremos que envuelven a la empresa, no debe participar en el consejo de administración sin ese conocimiento para gestionar y representar a la empresa y, si lo hace, no podrá ampararse en su desconocimiento como pretexto para eludir su responsabilidad⁴²⁵.

grupo de las que el consejero puede formar parte. Por ello se propone no incluir en la ley la propuesta contenida en el artículo 283-35 de la PCM”.

⁴²⁴ El punto 4.3.6 del Informe de 14 de octubre de 2013 de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo rubricado “Frecuencia de las sesiones” señala que “Se considera que el Consejo de Administración debe mantener una presencia constante en la vida de la sociedad. Para ello, debe reunirse con la frecuencia necesaria para desempeñar con eficacia sus funciones de administración y supervisión. Sin embargo, el establecimiento con carácter legal e imperativo de un número mínimo anual de reuniones suficientemente alto para el correcto desarrollo de sus funciones supondría una rigidez excesiva que no permitiría adaptar el funcionamiento del consejo a las necesidades de cada sociedad en cada momento. Además, resultaría totalmente ajeno a las legislaciones de los países comparables, que, en los escasos supuestos en que deciden abordarla, dejan esta cuestión en el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno. Se considera, además, que un número de cuatro reuniones anuales, como propone, para todas las sociedades de capital, el artículo 231-93 de la PCM, resulta adecuado con carácter general, pero es insuficiente en el caso de las sociedades cotizadas. Por ello, se trata de un aspecto que tiene cabida en el régimen general de los consejos de administración de las sociedades de capital (incorporando una disposición legal en línea con el artículo 231-93 de la PCM), pero que no debe dar lugar a un régimen normativo específico más estricto en el caso de las sociedades cotizadas. Y ello, con independencia del tratamiento que pueda merecer en el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno”

⁴²⁵ La SAP de Madrid de 25.11.2011 señala que “La aceptación y desempeño del cargo de administrador por parte de la recurrente conllevaba la asunción de una responsabilidad en el gestión de la que no podía hacer dejación, ya que quedaban en sus manos intereses no solo de los propios socios sino también de terceros acreedores. Por lo que su desentendimiento, sin aportación de justificación suficiente para ello, cuando le competía tomar decisiones y actuar, impide que pueda eximirse de responsabilidad, no siendo admisible que aduzca una falta de conocimiento de lo relacionado con la sociedad que de ser cierto se habría ocasionado por su propia falta de diligencia. Si el desconocimiento que aduce de la situación de la sociedad lo es por su inhibición en las funciones como administrador social, ello no podrá utilizarlo nunca como excusa para eludir responsabilidades frente a tercero, como lo es el acreedor perjudicado. No puede admitirse al que incurre en una palmaria omisión de sus más elementales deberes el que pretenda luego

2.3.4. El deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad.

El art. 225.2 *in fine* LSC se refiere también a este deber que, sobre la base de la dedicación adecuada, impone al administrador, no una dedicación vacía de contenido, despersonalizada y amparada en criterios directivos dispersos de asesores externos, sino una gestión asertiva, que proyecte el criterio e idiosincrasia singular de quien ejerce el cargo y revele implicación y compromiso en el marco de la actuación interna -gestión- y de la actuación externa -representación- de la sociedad. Se pretende evitar que el administrador sea un mero espectador de lo que acontece en la sociedad formando parte de la prestación exigida por el deber general de diligencia la de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

En cuanto a las medidas precisas para la buena dirección de la sociedad, en el ámbito de las relaciones externas que les competen en cuanto representantes de la sociedad -art 234 LSC-, los administradores deben adoptar y ejecutar los actos y contratos necesarios para la consecución del fin social, procurando el cumplimiento de las prestaciones asumidas y controlar la ejecución por parte de los terceros con los que se haya contratado denunciando los contratos cuando se produzcan incumplimientos que perjudiquen al interés social.

De mayor complejidad resulta la delimitación de estas medidas en el ámbito de las relaciones internas. A tal efecto, debe deslindarse la función de estricta gestión de la función de dirección. Por lo que respecta a la primera, los administradores deben ocuparse de las actuaciones necesarias para la buena marcha y correcto funcionamiento de la sociedad -convocar la junta general, formular las cuentas anuales, elaborar ciertos informes, etc.- que encuentran su concreción legal en la relación de facultades indelegables del consejo de administración que se contienen en el art. 249 LSC - completada por el art. 529 *ter* en el caso de sociedades cotizadas-⁴²⁶.

Respecto a la dirección, la actuación de los administradores debe trascender de la mera conservación de los elementos que constituyen el patrimonio social -actuación que vendría a ser la exigible al *bonus pater familiae*- y concretarse en una labor de inversión, de investigación y de desarrollo de las políticas y de las estrategias orientadas a la maximización de tales recursos y de innovación ante los avances tecnológicos y el desarrollo de los mercados⁴²⁷.

En cuanto a las medidas precisas para el control de la sociedad, desde hace ya tiempo, tanto la doctrina como los códigos de buen gobierno corporativo⁴²⁸ han destacado la

aducir la ignorancia como motivo de defensa. Precisamente la omisión es uno de los comportamientos que puede generar responsabilidad civil”.

⁴²⁶ La Ley 31/2014 introduce ambos preceptos con la finalidad de evitar que el Consejo de Administración excuse la diligencia de sus miembros en la delegación de facultades.

⁴²⁷ VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad de los Administradores” en EMBID IRUJO, J.M (Dir.), *Derecho de Sociedades de Capital Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 288 ss.

⁴²⁸ Así la Sección 8.1 *in fine* del Informe Olivencia (Código de buen gobierno de la comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades. Madrid. 1998) señala, dentro de las obligaciones derivadas del deber de diligencia, la de “vigila las situaciones de riesgo que se puedan presentar”. La Sección 2.4 del Informe Aldama (Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, Madrid. 2003) hace

existencia de un deber de vigilancia de los administradores que consiste en llevar a cabo un control sobre la gestión social. Las prácticas de buen gobierno de las sociedades imponen una efectiva distribución de funciones en el seno del órgano de administración lo que lleva aparejado el deber -indelegable- de vigilancia o supervisión -art 249 *bis* a. LSC- de ahí que el art 225.2 imponga al administrador la adopción de las medidas precisas para el control de la sociedad. Este deber corresponde individualmente a los administradores pero su cumplimiento está determinado por la concreta estructura del órgano de administración y las funciones que le corresponden en el mismo.

Un sector de la doctrina ha venido sosteniendo que la función de vigilancia es la obligación que tienen los consejeros no ejecutivos de supervisar la actuación de los delegados que son quienes se encargan de la gestión ordinaria de la sociedad⁴²⁹. Otros autores sostenían que no cabe limitar la obligación de vigilancia a aquellos parámetros de delegación sino que se extiende a la actividad de la sociedad en su conjunto⁴³⁰.

Ésta última ha sido la dirección acogida por el legislador como lo demuestra el hecho de que el art 249 *bis* a, establece como facultad indelegable del Consejo, no sólo la supervisión de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados, sino también la supervisión del efectivo funcionamiento de los directivos que hubiera designado, de donde se infiere que el deber de supervisión existe también en ausencia de delegación.

La vigilancia y supervisión impone el control de la dirección de la sociedad verificando que se cumplen los objetivos marcados respetando el objeto e interés de la sociedad. Ello requiere un profundo conocimiento de las decisiones de gestión, de las políticas o estrategias generales, los diversos riesgos que pueden afectar a la sociedad, financieros y no financieros –operativos, legales, medioambientales, reputacionales, etc.- y que se establezcan y verifiquen los sistemas más adecuados para su identificación y tratamiento. El cumplimiento de este deber para la dirección y control tiene una íntima relación con el derecho-deber de información previsto en el art 225.3 LSC al que, seguidamente, nos referimos.

referencia al “deber de decidir tiempo y esfuerzo necesarios para seguir, de forma regular, las cuestiones que plantea la administración de la sociedad. Por su parte, el Código unificado del buen gobierno de las sociedades cotizadas -2013- prevé, bajo la rúbrica “Competencias del Consejo”, que “Este Código no pretende promover un modelo concreto, pero sí prevenir que, por una excesiva delegación, el Consejo no cumpla su función más esencial e irrenunciable, a saber, la denominada “función general de supervisión”, integrada por tres responsabilidades fundamentales: orientar e impulsar la política de la compañía (responsabilidad estratégica), controlar las instancias de gestión (responsabilidad de vigilancia) y servir de enlace con los accionistas (responsabilidad de comunicación).”

⁴²⁹ RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de...”, cit., p. 431; SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 771. También, en ese sentido, se dieron pronunciamientos del Tribunal Supremo, así la STS de 27.5.2003 señalaba que “el deber de vigilancia es la obligación típica de los administradores no delegados en la sociedad anónima. Se trata de una vigilancia activa que exige, también en el caso de delegación de facultades, además de la información continuada, una conducta positiva consistente en hacer lo posible para evitar el daño”.

⁴³⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., pp. 71 ss.; PEREZ CARRILLO, E.F., “El deber de diligencia de los administradores.....”, cit., p. 313.

2.3.5. El derecho-deber de información.

El art. 225.3 LSC se refiere al deber de exigir y al derecho de recabar de la sociedad la información que sea adecuada y necesaria⁴³¹. En efecto, la diligencia exigible a los administradores en el desempeño del cargo requiere inexorablemente que estén informados de los asuntos que son de su competencia. Constituye una palmaria falta de diligencia actuar desconociendo los riesgos, cuando debería conocerlos así como no tomar las medidas de cautela o de prevención necesarias que demanda el conocimiento de la situación de la empresa. En ningún caso podrá considerarse diligente a aquél que gestiona la sociedad desconociendo lo que en ella acontece⁴³². Necesidad que se convierte en una exigencia legal tras la reforma de la Ley de Transparencia de 2003 que trataba de impedir la frecuente alegación de ignorancia como factor exoneratorio de responsabilidad.

La información es, por tanto, un componente esencial del deber de diligencia ya que todo administrador tiene la obligación de estar al corriente de lo que sucede en la sociedad que dirige⁴³³ siendo un elevado porcentaje de las acciones de responsabilidad por negligencia de los administradores motivadas por la infracción de su deber de estar informados de la marcha de la sociedad⁴³⁴.

⁴³¹ Llama la atención la limitada atención del legislador al deber de información lo que contrasta con las prolijas concreciones recogidas en los instrumentos de gobierno corporativo. Así, el Informe Olivencia. Ap. II. 8.1, señalaba “Aquí, conviene recordar las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia, que incluyen, entre otras, las de informarse...”. Informe Aldama. Ap. III. 2.4. “En cualquier caso los deberes de diligencia deberían incluir: i. Dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo 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”. Por su parte, el Apéndice I. “Principios básicos” del Código Unificado de Buen Gobierno señala que “los deberes de los administradores, que resume en los de diligente administración, que supone la obligación de los Administradores de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad...”

⁴³² SJMerc nº 2 de Bilbao, de 27.7.2005, señala que “el art. 225.2 LSC,...exige a cada uno de los administradores la obligación de informarse antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar a la actividad de la sociedad, de tal manera que, como indica la STS de 13 de junio de 2012, lo contrario revelaría una gravísima negligencia de quien está obligado a observar una conducta ajustada a la diligencia de un ordenado empresario”.

⁴³³ MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, ed. Aranzadi. Pamplona, 1999, pp. 28 ss., donde señala el autor que “Todo administrador de cualquier sociedad, para desempeñar como es debido sus funciones, tiene que estar informado de lo que ocurre en la empresa. La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que sucede en ella. El deber de diligencia conlleva el deber de informarse, de estar informado”. En el mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los...*, cit., y LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit. Por su parte, el Informe Aldama (Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, Madrid. 2003) señalaba en relación al Consejo de Administración que “El Consejo y las personas que lo forman deberán contar con la información necesaria para el mejor y más eficaz ejercicio de sus funciones, siendo responsabilidad suya identificarla y solicitarla. A tal efecto, todo consejero tendrá derecho a disponer y recabar, en su caso, tal información, dirigiendo sus requerimientos en ese sentido, salvo diversa determinación estatutaria o reglamentaria, al secretario del consejo, y a dejar constancia en acta de las insuficiencias que apreciaren en el cumplimiento de su requerimiento de información”.

⁴³⁴ Así, la STS 1.6.2016, Sala 1ª, señala que “el administrador Sr. XXX debió conocer en aquél momento la marcha de la sociedad, porque así lo exigía el deber de administración diligente”. La SJMerc nº 2 de Palma de Mallorca de 15.12.2015 señalaba que “los administradores de la compañía XXX...han actuado de forma negligente y antijurídica incumpliendo los deberes previstos en los arts. 225 y ss LSC inherentes a su condición de miembros del consejo de administración de la sociedad causando con ello a XXX un perjuicio patrimonial que deben indemnizar...”, “los demandados obraron de forma negligente, es decir,

Si definiéramos el deber de diligencia como la realización de una serie de actividades poniendo todos los medios necesarios para la consecución de objetivos concretos, podemos concluir que el deber de información es *conditio sine qua non* para una actuación diligente hasta el punto de, como se afirma en la doctrina y jurisprudencia norteamericana, se identifica el deber de información con el deber de diligencia⁴³⁵. Proceder diligentemente implica evaluar prudente y razonablemente la información precisa para la toma de decisiones de donde se infiere una suerte de equivalencia entre desinformación y negligencia.

Como todo gestor de intereses ajenos, el administrador está obligado a estar debidamente informado de todo aquello que, en su ámbito de responsabilidad, sea relevante para cumplir sus cometidos⁴³⁶. Y es que la toma racional de decisiones sobre la marcha de la sociedad, junto al cumplimiento de los demás aspectos derivados del deber de cuidado, tales como las exigencias de atención y profesionalidad, de prudencia y vigilancia, no pueden desempeñarse eficientemente sin que los administradores dispongan de información constante, actual y fiable. Para acometer este objetivo, el administrador no debe conformarse con la información suministrada, sino que tiene el deber de solicitar a la sociedad cuanta información sea necesaria para formarse un criterio razonable⁴³⁷.

En congruencia con lo anterior, todo administrador, en cuanto titular de la función de gestión y vigilancia, está a la vez, investido de poder de acceso a la información y sujeto a un doble deber de información, esto es, como deber de informarse y como deber de informar a socios, cuando proceda, y a los demás miembros del órgano de administración, cuando sea tenedor de información que este o sus componentes deban conocer. El fundamento del derecho-deber de informarse radica conjuntamente en la potestad-obligación de administrar y supervisar la marcha de la sociedad.

De esta manera, si el derecho de información es una concreción activa de la *potestas* en cuanto titular del cargo, el deber de informarse es una concreción activa del deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario⁴³⁸, de cuanto se infiere que el administrador se coloca, respecto del órgano de gestión, en una doble posición jurídica, de titular del poder-derecho y de deudor de la exigencia informativa o del deber⁴³⁹.

sin la diligencia exigible como empresarios fieles y ordenados...”, señalando que el proyecto presentado “no se correspondía con la situación real que existía en el momento de presentación del proyecto y los demandados actuaron negligentemente al no realizar las averiguaciones necesarias para comprobar que efectivamente los presupuestos sobre los que se asentaba eran ciertos y no ficticios”.

⁴³⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., p. 62, donde analizando uno de los más importantes casos en materia de diligencia de los administradores estadounidense “*Smith v. Van Gorkom*” afirma que el deber de informarse como concreción de los modelos de conducta exigidos por el deber de diligencia está tan claramente admitido en la doctrina y jurisprudencia norteamericana que, en ocasiones, parece que se identifica este deber de información con el propio deber de diligencia”.

⁴³⁶ URÍA, R / MENENDEZ A., *Curso de Derecho...*, cit., p. 979.

⁴³⁷ QUIJANO GONZALEZ., “Deber, y Derecho, de información de administradores” en ALONSO LEDESMA, C (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ed. Iustel. Madrid. 2006, pp. 436 ss.

⁴³⁸ En ese sentido la SAP de Málaga de 4.6.2015 señala que “...el deber de los administradores sociales de estar informados sobre la marcha de la sociedad es un componente sustancial del deber de diligencia que se impone legalmente al administrador social...y el reverso evidente de este deber es la existencia de un derecho o una facultad del administrador a exigir tal información, pues negar a los integrantes del Consejo de administración la posibilidad de exigir la adecuada información sobre los asuntos objeto del orden del día supondría impedirles o restringirles la formación reflexiva de la posición que crean oportuno adoptar”.

⁴³⁹ FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo...”, cit., p. 103.

El reconocimiento a los administradores de un derecho de información frente a la sociedad tal y como lo prevé el art 225.3 LSC está pensado para aquellas sociedades administradas a través de un Consejo de administración donde la habitual y necesaria distribución de funciones tiene como resultado que en muchas ocasiones los consejeros no tengan los conocimientos adecuados para decidir sobre ciertos asuntos de su competencia y deban recabar información de otros administradores, de personas integradas en la dirección de la sociedad e incluso, recurrir a asesoramiento externo.

Surgían, en ese contexto, las asimetrías informativas en el seno del consejo donde concurrían miembros que ocupaban cargos distintos y que tenían atribuidas facultades diversas y que gozan de niveles de información diferentes. Tales asimetrías provocaban la presencia de “consejeros pasivos” que desatendía sus funciones gestoras so pretexto de su desinformación.

Se colige pues que el deber de informarse es una obligación de cumplimiento necesario que constituye el grado mínimo de diligencia impuesta para el desempeño del cargo de administrador, puesto que solo la información puede fundamentar la decisión. Una decisión desinformada es una decisión no motivada. El administrador debe informarse e informar a los *shareholders* de la marcha de la compañía pero también a los *stakeholders* puesto que éstos también deberán adoptar decisiones que requerirán información previa⁴⁴⁰. En definitiva, el derecho de información del administrador se traduce, a su vez, en un deber de informar para otros miembros de la organización social.

La obligación de información alcanza a todos y cada uno de los administradores y no, genéricamente, al órgano de administración⁴⁴¹. A pesar de que el derecho de información del administrador es eminentemente individual, será labor de todos los administradores en conjunto recabar y hacerse con la información necesaria para la adopción de las decisiones pertinentes en el desempeño de sus cargos⁴⁴². La reforma concluye que el deber de información no es un mero deber.

Se configura también como un estricto derecho de examen sobre la información, y no se queda en un mero derecho a solicitar datos. El deber del administrador de exigir y recabar información implica, en consecuencia, la obligación de su entrega a cargo de aquellos a quienes se la reclama. Cualquier administrador con independencia de su peso en la administración y gestión de la sociedad, así como de sus aptitudes y conocimientos en

⁴⁴⁰ La STS de 23.9.2002 dispone que “...el administrador nunca presentó ni depositó las cuentas anuales de la entidad....de éste modo incumplió con la obligación imperativa de formular las cuentas anuales a partir del cierre del ejercicio social....y de su necesario e inexcusable depósito en el Registro. Se privó por tanto, a la sociedad proveedora, de poder conocer el estado económico de la demandada, dada la publicidad registral que posibilita disponer de estos datos”.

⁴⁴¹ La STS de 16.12.2004 señala que “El deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad se impone a cada uno de los administradores, tanto al ejecutivo como al que no lo es. Este deber, que es una concreta manifestación de la concreta diligencia expresada en el modelo de conducta de un “ordenado empresario” (no el del “buen padre de familia” que acoge el Código civil cuando regula la culpa o negligencia), obliga de un lado, a ejercer el cargo efectivamente y, de otro, a ejercerlo conforme a este patrón o estándar de comportamiento en el cuidado de la gestión social, pues su tarea es de carácter empresarial. Su actividad gestora, que necesariamente incluye información y vigilancia constante, y que implica la responsabilidad frente a socios y terceros “.

⁴⁴² Así, el art. 231-91 apartado 2, de la Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013 prevé que “cada uno de los miembros del consejo de administración tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano y podrá exigir, además, cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de su función”:

materias no propias de su ámbito, deberá estar plena y totalmente informado de los asuntos sociales.

Estar informado impone disponer de todos los mecanismos y facilidades sin que quepan materias o extremos de información reservada para uno u otro administrador o consejero⁴⁴³. Sin perjuicio de supuestos en los que la información recibida no revista la fiabilidad que el administrador considere adecuada, las decisiones adoptadas o actuaciones omitidas atendiendo a la información u opinión suministrada por expertos externos, directivos o empleados de la sociedad, serán inmunes ante cualquier reivindicación resarcitoria cuestionando dicha decisión o actuación⁴⁴⁴.

En sintonía con lo señalado, la posibilidad de delegación de funciones y el mantenimiento, en todo caso, de la función organizativa, trasciende el deber de diligencia del ordenado empresario a las conductas genéricas de vigilancia e investigación. Los deberes de vigilancia y control se manifiestan, en el ámbito de la responsabilidad, en una culpa *in vigilando*. A partir del deber de instrucción a los restantes administradores y a otros gestores sociales, los administradores habrán de deducir las políticas y estrategias de carácter empresarial que afectan a las actividades de la sociedad. En esa función, estratégico-organizativa corresponde a los administradores revisar, controlar y vigilar la ejecución de las referidas estrategias⁴⁴⁵.

Pues bien, cuando por cualquier medio se produzca el conocimiento por parte de los administradores de errores u omisiones producidos en las informaciones suministradas o de las irregularidades cometidas, compete a ellos un deber de investigar que, en sede de responsabilidad, deriva en la denominada culpa *in inquisitando*. El conocimiento de los referidos errores, omisiones o irregularidades impone al administrador la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar el daño que una decisión errónea pudiera causar a la sociedad o a terceros.

Por tanto, el deber de investigar que corresponde al administrador únicamente se ha de entender exigible desde la percepción que pueda tener respecto de la existencia de errores u omisiones relevantes en las informaciones recibidas y que hayan de servir de

⁴⁴³ La Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2005 que rechaza inscribir la cláusula de los estatutos que permite al órgano de administración, por mayoría cualificada, suprimir el derecho de acceso a la documentación social, que corresponde a los administradores para el ejercicio de sus funciones, así señala que “La combinación de las normas que regulan las facultades y deberes de los administradores sociales con las que determinan sus responsabilidad en el ejercicio del cargo parecen excluir la posibilidad de una restricción como la que se contempla. Aparte de la representación corresponden al órgano de administración las facultades de gestión o representación que tienen diversas manifestaciones, en la mayoría de las cuales la consulta de la documentación social ha de considerarse como esencial a la hora de adoptar las oportunas decisiones o de ejecutar las ya adoptadas. Si en relación con todas esas actuaciones los administradores tienen que actuar con la diligencia de un ordenado empresario difícilmente puede exigírseles que se atengan a ese mandato legal si se les hurta la posibilidad de consultar la documentación social y tomar, en base a la misma, las decisiones más adecuadas”.

⁴⁴⁴ En tal sentido la SAP de Zaragoza de 13.5.1998 rechaza la posibilidad por defectos en viviendas a los administradores de una constructora que confiaron en la labor de arquitectos y aparejadores encargados de la obra”.

⁴⁴⁵ Otro instrumento de proyección de las funciones de vigilancia viene constituido por la incorporación a las estructuras sociales de auditorías externas y de comisiones de auditoría externa. Su creación trasladará a ellos la carga de operar los sistemas de información y control interno que la empresa exija, como los asuntos de carácter contable-financiero de la sociedad y la adopción de las cautelas necesarias para evitar posibles contingencias en las previsiones establecidas.

fundamento de su decisión⁴⁴⁶. Así pues, se ha de mantener el criterio de la necesidad de investigar cuando tal conducta, atendidas las circunstancias, fueran requeridas en su función de “ordenado empresario” y dentro de lo que razonablemente cabría esperar de un hombre diligente.

Estamos pues, en presencia de deberes reactivos que aparecen en presencia de determinados presupuestos. El deber de vigilancia surge como consecuencia de la inquietud inherente a la diligencia del ordenado empresario de revisar, controlar y vigilar mientras que el deber de investigar aparece por la concurrencia de errores, omisiones o irregularidades en la información suministrada de modo que, como es de ver, éste se deriva de aquél. En el sentido apuntado, una pretendida culpa *in inquisitando*, basada en el incumplimiento del deber de investigación, debe integrarse en la culpa *in vigilando* como manifestación del deber de información y, en último extremo, del deber de diligencia⁴⁴⁷.

En cuanto al nivel de información exigida debe concretarse a través de la relación entre los conocimientos de los que dispone el administrador y la decisión empresarial a adoptar. No obstante sí se habla de un “mínimo imprescindible” del que han de disponer, en todo caso, cada uno de los administradores o los miembros del consejo de administración.

Ese mínimo se sitúa en el conocimiento sobre la marcha de la sociedad⁴⁴⁸, abarcando tanto la información de carácter organizativo como la relativa a la dirección y control de la sociedad y de la empresa que constituye su objeto. Ahora bien, el ámbito material del derecho-deber de información resulta limitado por la ley a la “información necesaria y adecuada para el cumplimiento de sus obligaciones” de lo que se colige que la solicitud de información que rebase dicho ámbito material podrá ser denegada.

Así, en determinadas situaciones en las que así lo exija el diligente desempeño de sus funciones, el deber de informarse puede llegar a comprender el derecho a obtener asesoramiento jurídico, contable o financiero a cargo de la compañía⁴⁴⁹. En tal sentido, la información debe asociarse a aquella que sea relevante, necesaria y considerada razonable a la hora de evaluar un asunto sobre el que se ha de decidir.

⁴⁴⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., p. 66, exige que los “administradores hayan de discutir críticamente la información que hayan de adquirir” y que “solamente cuando los administradores, en el cumplimiento del deber de vigilancia, conozcan hechos que pueden causar perjuicios a la sociedad, nace para ellos el posterior deber de investigar”.

⁴⁴⁷ Reconocen asimismo, que el deber de investigar se vincula al de vigilancia y, a través de él, al de información: GARRIGUES, J, en GARRIGUES Y URÍA., *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 161; QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., p. 311; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., p. 66.

⁴⁴⁸ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los...*, cit., p. 79, señala, en el apuntado sentido, que se afirma que el conocimiento de la marcha de la sociedad es, en efecto, “un mínimo indispensable sin el que los consejeros ni siquiera podrían formular las cuentas anuales. Cualquier otra postura que limitase de algún modo ese conocimiento llevaría a la contradicción de hacer responsable de la gestión de una sociedad y de la formulación de cuentas a quien ni siquiera puede verificar el contenido de las mismas y los antecedentes a que corresponden”.

⁴⁴⁹ Código Unificado de Buen Gobierno, Recomendación nº 24: “Que todos los consejeros tengan derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones. Y que la sociedad arbitre los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, que en circunstancias especiales podrá incluir el asesoramiento externo con cargo a la empresa”.

Son, todos los apuntados, conceptos indeterminados que precisaran de adecuación al caso concreto no obstante, y en todo caso, toda información ha de incidir en la decisión o actuación a adoptar y tener relevancia para el éxito o fracaso de la misma. La solicitud de información que, deliberadamente, exceda los límites apuntados o de la que se infiera un interés particular serán contrarias a la buena fe de suerte que, esta limitación material del derecho de información constituye una exigencia más propia del deber de lealtad que del deber de diligencia⁴⁵⁰.

Nos situamos, por tanto, en el marco de cuales sean los límites del derecho de información. No cabe duda que, como se ha apuntado, tal derecho se encuentra limitado por el principio de buena fe, que se acentúa porque la información recibida no está dirigida a satisfacer intereses personales de los administradores, sino todo lo contrario, es un simple medio para el mejor cumplimiento de su misión de participar con eficacia en la gestión social y comprobar que ésta se desarrolla adecuadamente, de modo que su obtención constituye, a la vez, un derecho y un deber. El imperativo de la buena fe en la exigencia de información impone pues, que ésta no pueda exigirse de manera indiscriminada, requiriendo, para su ejercicio, un uso lícito de esa información que en ningún caso pueda perjudicar el interés de la sociedad.

Pero constituye también un límite al derecho de información el de que el coste de su obtención fuera mayor que el beneficio que ésta podría reportar. En efecto, el proceso de obtención de información ha de ser analizado en su propio contexto concreto ya que, en el ámbito de las relaciones comerciales, muchas veces se han de tomar decisiones de manera más o menos inmediata que, por su naturaleza y premura en el marco del dinamismo propio de la gestión empresarial, impiden que se puedan adoptar una vez realizado un minucioso estudio.

Es más, en ese contexto, detenerse en realizar ese estudio riguroso de la decisión podría suponer la pérdida de la oportunidad de negocio que exija la adopción inmediata de decisiones. La exigencia de actuación informada debe adaptarse a ese marco concurrente no pudiendo detenerse en informes, estudios, periciales, etc., en supuestos en que se atisba una oportunidad de negocio ya que, no proceder con inmediatez y celeridad en tal contexto, podría suponer la pérdida de esa oportunidad.

Por tal motivo, la obtención de la información deberá incardinarse en los límites de lo que es “razonable” desde el análisis de la economicidad del derecho valorando, en términos de costes, beneficios, rendimientos y riesgos, la obtención de información ante determinadas operaciones. Y en tal sentido, la decisión se considerará razonable cuando el administrador puede explicar que la búsqueda de información adicional es necesaria para evitar un considerable daño a la empresa. La información podrá ser calificada como

⁴⁵⁰ MUÑOZ PAREDES J.M., *La información de los consejeros...*, cit., p. 112., señala que “es evidente que el derecho propio de los consejeros a ser informados de los asuntos sociales está sometido en su ejercicio al principio general de la buena fe, que se acentúa en este caso porque la información recibida no está dirigida a satisfacer intereses personales de aquéllos, sino todo lo contrario, es un simple medio para el mejor cumplimiento de su misión de participar con eficacia en la gestión social y comprobar que esta se desarrolla adecuadamente, de modo que su obtención constituye, a la vez, un derecho y un deber”. En sentido similar MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., “Consideraciones sobre el derecho de información del administrador y en particular, del consejero”, *RdS*, núm. 12, 1999, p. 189 y ss., sostiene que “la necesidad de adecuación a la buena fe en el ejercicio de los derechos de información exige que no se trate de solicitudes de información infundadas o que perturben sin motivo la gestión de los directivos”.

apropiada cuando los beneficios que aporta la obtención de más información son inferiores a los perjuicios derivados del retraso en la toma de la decisión⁴⁵¹.

2.4. El deber de diligencia como estándar subjetivo de actuación.

Como se ha dicho, el deber de diligencia, como deber general, no permite delimitar *ex ante* -lo cual sería nocivo e incompatible con la autonomía discrecional propia que debe acompañar su función de gestión y administración⁴⁵²-, las conductas concretas en las que se puede manifestar. No obstante ello no impide que se deban tener en cuenta determinados elementos subjetivos en consideración a las circunstancias concurrentes y la experiencia, los conocimientos y las capacidades del administrador⁴⁵³.

Así, si bien es cierto que el art. 225 LSC exige que los administradores, en sus funciones gestoras, sigan teniendo que actuar con el concepto objetivado de diligencia que descansa en la propia de un “ordenado empresario”, la misma conformación de su estatuto jurídico exige desgranar una serie de pautas que definan su posición en la organización social y en el entorno en el que ésta desarrolla su actividad.

El deber de diligencia trata, entre otros cometidos, de imponer a los administradores una determinada dedicación a la sociedad, esto es, que se ocupen y preocupen por los asuntos sociales. El estándar de “ordenado empresario” se cumple subjetivamente si, valorados los aspectos concurrenciales, el administrador gestiona la empresa social, como lo haría un experto empresario que gestionase su propio patrimonio.

Con ello se viene a señalar que la distribución funcional, organizativa y substantividad de cada administrador, impone un enjuiciamiento singularizado debiendo estar pues a las condiciones personales del administrador, las cuales serán tenidas en cuenta a la hora de evaluar su responsabilidad para con la sociedad, frente a los socios o accionistas y los terceros relacionados con los intereses sociales.

Así, factores tales como las competencias ejecutivas atribuidas, la retribución por su función, su posición en el órgano de administración, los particulares conocimientos del sector de actividad, la personal cualificación⁴⁵⁴ impuesta bien por el sector de actividad,

⁴⁵¹ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., pp. 167 ss.

⁴⁵² SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 1678, señala que “el nivel de diligencia exigible al administrador no ha de ser excesivamente elevado ya que es preciso conceder a los administradores un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones sin la cual no puede desarrollarse la actividad empresarial”. Asimismo cabe señalar que la protección de la discrecionalidad gestora de los administradores ha sido uno de los pilares en la moderna configuración del régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en los distintos ordenamientos.

⁴⁵³ PAN, E.J., “Rethinking the Board’s Duty to Monitor: A Critical Assessment of the Delaware Doctrine”, *Flo. St. Univ. LR*, vol. 38, 2011, pp. 218 ss., hace referencia a la *Resource Dependency theory* -teoría de la dependencia de recursos- para identificar aquellos supuestos de administradores carentes de la condición de socio, que han sido designados por sus *skills*, aptitudes, relaciones y experiencias personales. Así, sostiene que “*According to resource dependency theory, directors provide valuable resources to the corporation. Directors, who are selected for their skills, experience, and connections, contribute personal capital to the corporation whether by providing strategic advice to officers, identifying new business opportunities, assisting in government relations, or establishing new relationships*”.

⁴⁵⁴ No obstante, la regla general es que el nombramiento de los administradores no está sujeto a una cualificación profesional si bien la ley puede exigir requisitos personales o de capacitación a los administradores en sociedades dedicadas a específicas actividades, así sucede con la Ley de ordenación del transporte terrestre de 1987, el Real Decreto 1245/1995 sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, la Ley de sociedades de garantía

bien exigida en pactos sociales, etc., todo lo cual tendrá evidentes efectos en el correspondiente juicio de reproche ante una actuación negligente.

En ese sentido, una de las novedades más destacadas de la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo, es la modulación subjetiva del deber de diligencia de los administradores. Con ello se abre, a la regulación interna de las sociedades, un régimen diferenciado de funciones -y también de responsabilidad y de remuneraciones- en el que un consejero independiente no debe estar sometido al mismo estándar de exigencia que el consejero delegado -o, en su defecto, que el alto directivo que actúe como tal-, ni tampoco la responsabilidad debe ser la misma en un consejero no ejecutivo que ejerce la presidencia o forma parte de las comisiones de supervisión o control que en otro que no asuma tales funciones.

Por consiguiente, ya en su formulación legal⁴⁵⁵ y a diferencia del modelo paradigmático igualatorio que se predica del deber de lealtad, el deber de diligencia no opera igual para todos los consejeros en un entorno funcional diversificado. Conforme al art 225.1 *in fine*, -introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre- dos son los baremos subjetivos -no exentos de controversia doctrinal⁴⁵⁶- que determinan la diligencia del administrador; “la naturaleza del cargo” y “las funciones atribuidas a cada uno de ellos”⁴⁵⁷ y que, a continuación, se examinan:

2.4.1. La naturaleza del cargo.

La naturaleza del cargo definida por la estructura del órgano de administración de la sociedad (administrador único, administradores solidarios o mancomunados y Consejo de Administración) y el cargo que se ocupe dentro del mismo, afecta significativamente al conjunto de actuaciones que constituyen su encargo o, en general, al poder de actuación del administrador y, por consiguiente, al modo en que han de ejercerse los deberes que le son propios.

recíproca, la Ley 42/1988 del mercado de valores. En la línea apuntada el Código Unificado de buen gobierno impone exigencias de experiencia y conocimientos de los miembros del consejo de administración. De hecho, la práctica de incorporar en instrumentos sociales –estatutos o reglamentos internos- exigencias de capacitación y honorabilidad es muy frecuente.

⁴⁵⁵ La introducción de estos criterios subjetivos trae causa de una de las críticas más extendidas hacia el sistema de responsabilidad de los administradores que describía los presupuestos de responsabilidad de forma absolutamente ajena a las diferentes posiciones que pueden distinguirse dentro del órgano de administración de una misma sociedad. Sólo al regular las causas exoneratorias de responsabilidad se atendía a éstas circunstancias, lo que implicaba la inversión de la carga de la prueba correspondiendo a cada administrador la aclaración de su implicación en el acto ilícito o lesivo.

⁴⁵⁶ POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración....”, cit., p. 134, señala que “el principio de especialización en la exigencia de diligencia no debe llevar, sin embargo, a la arriesgada afirmación de que el cumplimiento de la obligación de diligencia debe medirse poniéndose en relación con las funciones atribuidas a cada administrador en la distribución interna de las tareas relativas a la gestión social. La responsabilidad solidaria de los administradores y la limitación de sus causas de exculpación en función de su oposición al acto o acuerdo que ocasionó el daño y de su tentativa por evitarlo, impiden medir de forma separada y en función de su respectiva competencia la culpa de los administradores en aquellas acciones u omisiones en la gestión social que originen un daño al patrimonio de la sociedad”.

⁴⁵⁷ La *Companies Act 2006* inglesa acoge, en su art 174, el deber de los administradores de actuar con el cuidado, la pericia y la diligencia razonables (“*reasonable care, skill and diligence*”) sobre la base de dos criterios: uno objetivo, en referencia a la conducta que cabría esperar de cualquier persona a la que se asignen las funciones atribuidas a los administradores: y otro subjetivo, tanto en relación con la sociedad, como con los conocimientos, experiencia y aptitudes propias del administrador en concreto.

Y es que la diligencia exigible al administrador único o al administrador solidario que, de manera individual, cuenta con todas las facultades de representación y administración de la sociedad, no puede ser la misma que la de un Consejo de Administración, donde las decisiones se adoptan mediante acuerdo y la representación de la sociedad se ejerce de forma colegiada.

En la práctica empresarial es común el recurso a la delegación de facultades -art. 249 LSC- ante la complejidad que plantea la administración a través del Consejo, lo que ha originado la aparición de cargos especializados como los consejeros delegados o los consejeros ejecutivos. Todo ello conlleva, en esencia, una distribución natural del trabajo y de las funciones a desempeñar por cada uno de los administradores.

Bajo esta común estructura organizativa, el papel de un administrador varía en función de las tareas y disciplinas que se le han encomendado (área financiera, desarrollo comercial, asuntos contables, etc.). Ello ha planteado tradicionalmente el problema del modo en que el reparto interno de tareas se proyecta sobre la responsabilidad, para adaptarla a la vinculación o compromiso de cada uno en la dirección y control de la sociedad. Esa habitual distribución de cargos dentro del órgano de administración, con sus perfiles particulares, explica que no pueda esperarse idéntica diligencia de todos los consejeros⁴⁵⁸.

2.4.2 Las funciones atribuidas.

El segundo criterio modulador del deber legal de diligencia que aparece en el art. 225.1 LSC es el de las funciones atribuidas, criterio estrechamente vinculado con el de la naturaleza del cargo⁴⁵⁹. Se trata, obviamente, de un criterio carente de valor respecto al administrador único y los administradores solidarios o mancomunados ya que todos ellos están llamados a cumplir las mismas funciones en la administración de la sociedad. Su verdadera utilidad se manifiesta cuando la administración de la sociedad se ejerce a través de un Consejo de Administración cuyo complejo funcionamiento trata de mitigarse en la práctica mediante una distribución de sus facultades⁴⁶⁰.

En ese sentido, mientras que a los consejeros ejecutivos se les atribuyen prácticamente todas las facultades propias del Consejo de Administración, salvo que las que son indelegables, los demás consejeros se adscriben a comisiones especializadas que tienen

⁴⁵⁸ Sobre la incidencia de la distinción entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos en la conformación de su deber de diligencia, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Una misión difícil: evaluar la diligencia de...”, cit., p. 669.

⁴⁵⁹ De donde se infiere que si bien el grado de diligencia es el mismo para todos los administradores, sean remunerados o no, y con independencia del cargo que ocupen en el órgano de administración, parece natural que, de *lege ferenda*, deba ser quien ostenta el poder decisorio en la distribución funcional dada, a quien se le exija un plus de antijuridicidad y sobre esa premisa, parece que habría que exigir una diligencia cualificada a los administradores delegados y al presidente del consejo de administración, porque estos cargos sociales y sus funciones adquieren especial relevancia en el funcionamiento de la sociedad y parece lógico exigirles un conocimiento más profundo de la situación en que se encuentra la sociedad y una atención especial en su actuación.

⁴⁶⁰ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social”, *RdS*. 2016, núm. 46, p. 3., donde, asimismo, sostiene el autor: “Por lo tanto, desde una inferencia de lo general a lo particular, la distribución funcional para la verificación del deber de diligencia exige prestar singular atención a la intervención efectiva del miembro del consejo, a su posición y a la asunción de un determinado cargo, y a su específico conocimiento acerca del asunto en cuestión”.

atribuida una concreta competencia ya sea por la propia LSC (comisiones de auditoría, de nombramientos y retribuciones -art 529 *ter* y ss-), por los Estatutos o por el Reglamento del propio Consejo y, en consecuencia, participan ocasionalmente en aspectos de la gestión ordinaria, a la vez que deben actuar de manera permanente en la supervisión de los consejeros ejecutivos⁴⁶¹.

Otro baremo subjetivo que se ha destacado⁴⁶² a la hora de valorar la diligencia del administrador es el carácter retribuido del cargo que delimita la extensión de la culpa del administrador en relación con el deber general de diligencia en aplicación del principio de equivalencia de prestaciones en las relaciones onerosas. De conformidad con lo prevenido en el art 217.4 la finalidad del sistema retributivo debe estar orientada a la consecución de los siguientes fines: i) promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, ii) evitar la asunción excesiva de riesgos, y iii) evitar la recompensa de resultados desfavorables. Para conseguirlo se deberán incorporar al sistema de retribución las cautelas necesarias.

Aunque las establecidas son las finalidades últimas o la filosofía a que debe responder todo sistema retributivo y es interesante que se señalen legalmente, es obvio que la finalidad esencial a que responde la retribución del administrador es la de compensar el trabajo o actividad desarrollada por el mismo a favor de la sociedad. En tal sentido, hay que entender reforzada la diligencia del que ejerce su cargo con carácter retribuido de quien lo ejerce gratuitamente⁴⁶³.

2.4.3. Incidencia de la pericia del administrador sobre el juicio de diligencia.

Ya hemos hablado de la evolución del modelo objetivo de diligencia acogiendo uno de carácter profesional, no por apartarse conceptualmente del modelo *bonus pater familiae* sino por situar a dicho modelo, no en el marco de una gestión patrimonial conservativa, sino en el gestión económica profesional⁴⁶⁴. Pues bien, este criterio de profesionalidad, en un sentido subjetivo, no ha sido adecuadamente delimitado a pesar de los esfuerzos del legislador por incorporar un criterio de modulación subjetivo de la diligencia en el art. 225.1 LSC -naturaleza del cargo y funciones atribuidas- que ha de completarse, en el juicio revisorio, con cuestiones tales como la específica capacitación técnica, la experiencia previa o la concurrencia de determinada habilidad, ciencia o arte para el desempeño de la función de administración.

Como ya se ha apuntado, con la excepción de determinados sectores de actividad en los que la capacitación técnica es preceptiva, y sin perjuicio de que ésta se establezca en los instrumentos de ordenación interna como presupuesto para la elección del candidato, no es un requisito legalmente exigido, para ser administrador de una sociedad, la idoneidad técnica entendida como especial capacitación o pericia, esto es, “*Sabiduría, práctica,*

⁴⁶¹ VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad.....”, cit., pp. 291 y 292.

⁴⁶² Así lo hace HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia...”, cit., p. 67.

⁴⁶³ En tal sentido se pronuncia el art 1726 del CC en consideración al mandato cuando dispone que “El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”.

⁴⁶⁴ V. *Supra*. Cap II. Apart. 2.3.1. pp. 136 y ss.

*experiencia y habilidad en una ciencia o arte*⁴⁶⁵ e incluso la llamada “honorabilidad” reconocida en el tráfico o en el sector⁴⁶⁶.

En efecto, en el caso de la gestión empresarial estamos ante una *rara avis* en el ejercicio de las profesiones, ya que es la única para la que legalmente no se establece ni exige legalmente cualificación alguna para el ejercicio profesional de tal ocupación sino que basta para su ejercicio la simple voluntad de quien designa la persona que ha de desempeñar el cargo unida a la aceptación de quien lo asume⁴⁶⁷.

No se puede ejercer la medicina sin titulación que avale el ejercicio profesional, como tampoco la abogacía, ingeniería o la arquitectura, incluso se exigen requisitos de este tipo para ejercer de agente de seguros o inspector de siniestros y hasta existen permisos de obtención obligatoria para manipuladores de alimentos, sin embargo no se establece en ninguna disposición legal la formación exigible ni la titulación mínima necesaria o imprescindible para el ejercicio de la profesión de administrador.

En origen esta ausencia de regulación es consecuencia de la libertad de ejercicio de los derechos de propiedad: nadie puede oponerse a que otro haga con sus bienes lo que mejor le parezca. Luego a nadie puede impedírsele que destine una parte, o la totalidad, de su patrimonio al desarrollo de una actividad comercial o industrial por cuenta y riesgo propios.

No parece prudente, si bien habrá que atender al volumen, sector y singulares características de la sociedad, que la administración se deposite sobre quien carezca de experiencia en la gestión, conocimientos técnicos en el sector de actividad, habilidades personales, etc, teniendo en cuenta la, cada vez mayor, complejidad del entorno económico y especialización de cada sector de actividad en un escenario global de creciente dinamismo, tecnología y monitorización.

En tal contexto, el ejercicio de la función gestora requiere indudablemente del aprendizaje previo de técnicas concretas, habilidades, capacidades y destrezas propias de la profesión, de la existencia de una *lex artis* propia. Es más, en la complejidad de los referidos escenarios, seleccionar a personas carentes de las referidas cualidades personales - sabiduría, experiencia, práctica o habilidad- como administradores de sociedades no parecería sensato ni acorde al buen juicio empresarial sugiriendo administraciones de paja, vacías y necesariamente durmientes a la espera de la instrucción externa.

No obstante, el silencio del administrador parece estar motivado por la idea de no hacer genérico lo específico. Cada sociedad tiene singularidades que la especifican de otras,

⁴⁶⁵ Definición 1 de la Real Academia Española de la Lengua -RAE-, Edición del tricentenario.

⁴⁶⁶ PEREZ CARRILLO, E. F., “El deber de diligencia de los administradores...”, cit., p. 297., señala que “La exigencia de capacitación técnica especializada en los titulares del órgano de administración ha podido ser considerada como la base de una tendencia de profundización en la separación entre capital y poder. En esta línea se decía que la complejidad creciente de las relaciones de administración social tanto en términos procedimentales como materiales, requería necesariamente de expertos gestores, hasta el punto de que eventualmente se acentuaría el trasvase del centro de poder de decisión, antes ostentado por el capital, pasando a concentrarse únicamente en los expertos”.

⁴⁶⁷ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 195., dice el autor que “El nombramiento de administrador no está sujeto al cumplimiento de requisitos generales que comporten la exigencia de una cualificación profesional mínima que acredite conocimientos técnicos y experiencia en la concreta actividad empresarial”.

volumen, sector de actividad, titularidad, patrimonio neto y pasivos -y la proximidad de la exigibilidad de éstos-, etc y muchas otras circunstancias idóneas para configurar sus intereses. La pericia, entendida como la habilidad técnica requerida para el ejercicio de la actividad, no puede dissociarse de todas aquellas características constitutivas del interés al que, en cada momento, se deba la gestión social. De ahí que parece que el legislador ha preferido entregar al ámbito de la ordenación social interna⁴⁶⁸, las directrices relativas a la exigibilidad de aquella singular habilidad técnica -pericia- para ser miembro del órgano de administración.

La doctrina se haya dividida entre los que entienden que la pericia debe integrarse entre los elementos subjetivos del juicio de diligencia del administrador⁴⁶⁹, y, entre los que rechazan dicha integración amparados en que el silencio de la ley estatuye la regla general tácita de que el nombramiento de los administradores no está sujeto al cumplimiento de requisitos que exijan una cualificación profesional que imponga disponer de conocimientos técnicos o de experiencia en la actividad empresarial⁴⁷⁰. Esta regla, como ya se ha advertido, puede exceptuarse en determinados supuestos a través de imponer, mediante instrumentos de ordenación interna, una determinada pericia profesional.

Ahora bien, no siendo preceptiva -como se ha señalado, con las excepciones que concurren en determinados sectores de actividad y sin perjuicio de que así se estipule en estatutos o reglamentos internos, lo cual es ya muy frecuente- no es posible dissociar, siendo el caso y en el juicio revisorio, la responsabilidad que objetivamente le resulte imputable de las habilidades, aptitudes o de la pericia propia de administrador o consejero. Ni la condición de administrador es uniforme, ni son las mismas las funciones de todos los administradores.

Todo ello debe repercutir en sus obligaciones y en las consecuencias derivadas de su infracción de suerte que, ante la elección de un candidato por su habilidad y conocimientos técnicos no cabe no acogerse, en sede de responsabilidad, a idénticos criterios de idoneidad por los que fue seleccionado. Considerado lo anterior, se infiere acertado entender que, ante una actuación negligente en el ámbito propio de aquella maestría, se deba reputar concurrente un plus de antijuridicidad por encima del que correspondería a otro administrador carente de aquellas capacidades personales.

⁴⁶⁸ En la actualidad es bastante frecuente encontrar en los estatutos o reglamentos internos de las sociedades referencias a los requisitos que deben reunir los consejeros imponiendo requisitos de profesionalidad, experiencia u honorabilidad.

⁴⁶⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 69 afirma que “el deber de diligencia del ordenado empresario exige que los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor”. Por su parte, ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad...”, cit., p. 669., se refiere a la “prudencia propia de la profesionalidad que cabe esperar de un empresario”.

⁴⁷⁰ Así se expresan, entre otros, POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración...”, cit., p. 134., cuando señala que “no debemos olvidar que ni para ser empresario ni para ser administrador se requiere legalmente ningún tipo de capacitación que habilite para el ejercicio profesional y que no siempre los dirigentes de más éxito son los que mejor formación empresarial han recibido” y SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 173., indica que “el deber de diligencia no comprende, en principio, que el administrador tenga los conocimientos técnicos más convenientes para la mejor gestión de la sociedad, en cuanto que se exige que el administrador sea diligente y no necesariamente un experto”

Por ende, si bien es cierto que el art. 225 LSC exige a los administradores, en sus funciones gestoras, que actúen con la diligencia de un “ordenado empresario”, esa conducta paramétrica debe ser evaluada o revisada, atendiendo asimismo a las aptitudes profesionales y conocimientos que objetivamente se espera de quien debe gestionar una empresa como si fuera su propio negocio o empresa procurando una aproximación casuística al enjuiciamiento de la diligencia mostrada por cada administrador y valorándose ésta a título particular, considerando en todo momento las cualidades, habilidades y aptitudes personales que permitieron considerarle el idóneo para el cargo.

3. El deber de diligencia en el juicio de responsabilidad: la incorporación a nuestro derecho de la Business Judgment Rule.

3.1. Concepto y finalidad

Una de las más celebradas novedades dentro del contenido normativo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo es, sin lugar a dudas, la regulación expresa de la discrecionalidad empresarial en el art 226.1 LSC⁴⁷¹ como un paso más en la delimitación del deber de diligencia de los administradores situado ahora, en sede revisoria⁴⁷². Si bien la reforma incorpora la figura de la discrecionalidad empresarial a nuestro derecho de sociedades, ya que ni la vigente LSC ni los textos por ella derogados se referían a semejante cuestión, la jurisprudencia ya venía aplicando los extremos de la regla ante casos de acciones de responsabilidad contra los administradores⁴⁷³.

⁴⁷¹ Art. 226.1 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”.

⁴⁷² En Derecho español, la propuesta de incorporar la regla de protección de la discrecionalidad empresarial a la LSC ha partido del Informe y propuesta de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 14 de octubre de 2013, y se fundamenta en anteriores aportaciones doctrinales de miembros de dicha Comisión, en particular, el trabajo del Prof. PAZ-ARES. El apartado 4.2.1 del referido informe prevé como objetivo de la *Business judgment rule* el de “proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio”. Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de reforma de la LSC, lo que suponía una reforma legal significativa, únicamente se presentó una enmienda a este aspecto del Proyecto que proponía directamente la supresión de esta norma (enmienda número 35, del Grupo Parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, presentada también en el Senado –enmiendas núms. 17 y 61 del Grupo Parlamentario Mixto y del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, respectivamente) cuya lacónica motivación señalaba que la *business judgment rule* “como es sabido, ha traído como consecuencia la práctica irresponsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”.

⁴⁷³ Entre otras resoluciones: -La SAP de Córdoba de 27.1.1997 señaló en su momento que “el daño puede ser atribuible a una gran diversidad de factores, la mayoría de los cuales no deberían imputarse directamente a la gestión de los administradores por ser ellos los primeros interesados en el éxito económico. Ha de tenerse en cuenta que, en casi todas las ocasiones, las decisiones que la sociedad requiere supone la asunción de riesgos que son, precisamente, los que justifican los beneficios”. -La SAP de Pontevedra de 24.1.2008 que señala que “para el caso de que se considerase que el acuerdo de la sociedad no libera de responsabilidad a los administradores, que no es el criterio de esta Sala por lo ya expuesto, resulta conveniente examinar si la decisión de vender de los administradores, puede considerarse que ha vulnerado sus obligaciones, no por excederse en su competencia que ya se ha examinado, sino si han vulnerado su deber genérico de diligente administración que derivan de los arts. 127 y ss LSA y art. 61 LSRL”, resolviendo seguidamente “...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. Debe comprenderse que la actividad de administración de la empresa social está sometida al denominado riesgo empresarial, esto es, la posibilidad

El razonamiento de las resoluciones judiciales que ya contemplaban la exigible naturaleza autónoma de la gestión promoviendo el necesario margen de discrecionalidad empresarial, descansaba en que a la gestión empresarial le es ineludiblemente inherente un cierto riesgo que deriva de la incertidumbre acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas.

Se infiere que no debe hacerse a los administradores responsables de las consecuencias lesivas producidas como consecuencia de su gestión ordinaria y diligente, incluso en el caso de que las decisiones adoptadas se revelen posteriormente equivocadas. La introducción en nuestro derecho de sociedades de un precepto como el art. 226 LSC, por tanto, no ha de verse como un cambio radical con respecto a la situación anterior. Los tribunales, sin llegar a elaborar un cuerpo doctrinal sobre la cuestión, han alcanzado ocasionalmente conclusiones equivalentes a las que derivarían de la aplicación de la regla del juicio empresarial⁴⁷⁴.

de que el desarrollo de aquella actividad menoscabe el patrimonio social”. -La SAP de Madrid de 28.10.2011 que resolvió 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”. -La SAP de Madrid de 13.9.2007 que en relación con el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, se recordó que para que ésta pudiera estimarse “no basta con la mera causación de un quebranto patrimonial a la sociedad o a terceros, que constituye un riesgo inherente a la actividad empresarial”. A lo cual añadió que, en el caso concreto, no se observó negligencia ni deslealtad alguna en la actuación de los administradores demandados, quienes adoptaron el acuerdo cuestionado como determinante de su responsabilidad “habiéndose informado adecuadamente (...), sin hacer dejación alguna de sus obligaciones de gestión, hasta el punto de que el consejo de administración se reunió con frecuencia y se respetaron los cauces y modos de funcionamiento propios de las sociedades mercantiles, informando a los diversos componentes del consejo de administración y sometiendo las principales decisiones a la junta de accionistas, sin que se hubiera producido ocultación alguna a los consejeros y accionistas”. Más adelante se indicó que “la decisión empresarial adoptada es discutible, como toda decisión de esta naturaleza, puesto que la administración y dirección de empresas no es una ciencia exacta, y más aún cuando, pasado cierto tiempo, es posible ahora conocer las consecuencias de la decisión empresarial adoptada por el órgano de administración, mientras que en el momento en que los administradores adoptaron el acuerdo esto no era posible, teniendo además los administradores un margen de tiempo limitado para adoptar la decisión empresarial. Pero la prueba obrante en autos muestra que se trató de un acuerdo (...) adoptado tras el acopio y análisis de información rigurosa, a la vista de circunstancias que generaban serias dudas sobre la rentabilidad del negocio a acometer, con criterios de racionalidad y encaminado a la protección del interés social. La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados”.

⁴⁷⁴ A partir de la propuesta de incorporación a la LSC de la *business judgment rule*, la doctrina española ha cuestionado la necesidad e incluso la conveniencia de una tipificación expresa de esta regla en Derecho español (por todos, GURREA MARTINEZ, A., “La cuestionada deseabilidad económica de la *business judgment rule* en el Derecho español”, en Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo, *Working Paper Series*, 2014, pp. 28 y 29). Básicamente, los argumentos que sustentan esta posición se concretan en la falta en España de una «amenaza real» de los administradores de sociedades en el proceso de toma de decisiones empresariales (con un reducido número de demandas de responsabilidad de administradores por incumplimiento de su deber de diligencia y un aún menor número de sentencias condenatorias) y la justificada aversión al riesgo de los administradores sociales en las sociedades españolas (en tanto la medida no va dirigida exclusivamente a las sociedades cotizadas, ha de tomarse en consideración la conformación de la generalidad de las sociedades de capital en nuestro país que, en su mayor parte, son de carácter familiar y/o cuentan con estructuras de capital concentrado, en las que existe una notable influencia o participación de los socios en el órgano de administración). En esencia, se señala que la propuesta de tipificación no ha tenido en cuenta el contexto de la práctica judicial española ni la realidad jurídica y económica de las sociedades españolas y se propone, en su lugar, la configuración contractual por los socios del deber de diligencia de los administradores.

La inspiración inmediata de la discrecionalidad empresarial se encuentra en la figura norteamericana de la *Business Judgment Rule*, y aunque la regla del “buen juicio empresarial”, como se ha traducido, constituye una referencia obligada cuando se trata de perfilar el estatuto de los administradores sociales y, sobre todo, el margen de libertad de que disponen en el ejercicio de su cargo, parece evidente que nos encontramos ante un auténtico “trasplante jurídico⁴⁷⁵” cuya tipificación dista mucho de ser uniforme, ya no en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, lo que podría tener explicación en el peculiar sistema de fuentes vigente en los mismos, sino tampoco en los países del *civil law*⁴⁷⁶, con las significativas excepciones de Portugal⁴⁷⁷ o Alemania⁴⁷⁸.

La discrecionalidad empresarial es una circunstancia inherente a la gestión llevada a cabo por los administradores de la sociedad y que, por ello mismo, se encuentra necesitada de protección⁴⁷⁹. Como se ha avanzado, característica del deber de diligencia es que no impone el cumplimiento de una específica conducta sino que desempeñen su cargo con la diligencia de un “ordenado empresario”. La razón de tal indeterminación de la conducta debida a los administradores se encuentra en la propia naturaleza de la actividad de administración societaria que se muestra necesariamente ineficaz en la previsión de todos los escenarios de actuación posibles.

La manera de dirigir y gestionar una empresa no debe analizarse en función de otra cosa que la diligencia con la que se haya obrado, toda vez que la actividad empresarial está siempre sujeta a aleatoriedad e incertidumbre. La toma de decisiones comporta siempre riesgos, tales como los que se constatan con ocasión de la introducción en nuevos mercados, las decisiones que se toman para adaptarse en los segmentos ya presentes, el desarrollo de nuevos productos, las nuevas estrategias de organización de los recursos, etc.

⁴⁷⁵ Como advierte RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada.*, ed. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi. 2016, pp. 385 ss., en España no ha habido el proceso de reflexión que condujo en Alemania a la incorporación de la *business judgment rule* a la AktG a partir de la propuesta del profesor Ulmer. Y ello se deja sentir de manera muy intensa en la formulación del nuevo régimen legal que contiene algunas imprecisiones y lagunas muy significativas y que, a su vez, a pesar de resultar aplicable con carácter general a todas las sociedades de capital, toma como modelo de regulación a las sociedades cotizadas, lo que dificulta todavía más una valoración positiva de la reforma en este aspecto.

⁴⁷⁶ GURREA MARTINEZ, A., “La cuestionada deseabilidad económica...”, cit., p. 17., señala que “...la trasposición de una norma jurídica extranjera parece exigir, en primer lugar, un estudio de los principales fundamentos que legitiman –y bajo qué circunstancias– la deseabilidad de la norma en su jurisdicción de origen. En segundo lugar, una evaluación de la necesidad de la norma en la jurisdicción en la que se pretende implementar. En tercer lugar, parecería deseable examinar los antecedentes jurídicos, económicos y sociales de la jurisdicción de destino, al objeto de verificar que la norma se adapte a un determinado sistema y no al contrario. Y finalmente, parece igualmente necesario examinar, incluso con un simple análisis coste-beneficio, si la norma resultará económicamente deseable en la jurisdicción de destino, ya sea a través de su implantación directa o, en su caso, con ligeras modificaciones que permitan adaptarla a la realidad jurídica y económica del país de destino”

⁴⁷⁷ Art. 72(2) *Código das Sociedades Comerciais*

⁴⁷⁸ Art. §93.1.2 de la *AktienGesetz*. Cabe señalar que la vigencia de la regla en el Derecho alemán es cuestionable y cuestionada cada vez con mayor intensidad como señala BACHMANN, G., “*Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?*”, ZHR, 177, 2013, pp. 1 ss.

⁴⁷⁹ EMBID IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.*, ed. Bosch. Barcelona, 2015, pp. 106 y 107.

Y es que, ante cualquier proyecto empresarial, lo habitual es que no haya una única decisión apta ni idónea para resolver un problema, sino que se exista un abanico de posibilidades, cuya repercusión patrimonial y riesgos, así como las probabilidades de que se produzcan, sean variables y, en muchas ocasiones, impredecibles. Los administradores pueden actuar con un margen de discrecionalidad, porque la elección de una entre las varias opciones posibles y razonables que luego se demuestre que no fue acertada no debe calificarse contraria al deber de diligencia ni debe conducir a su responsabilidad. Este es el mensaje que se venía exigiendo desde hace mucho tiempo y, con acierto, es el introducido en la normativa española a través de la *business judgment rule*.

De cuanto antecede se infiere lo temerario de establecer *ex ante* todas las conductas que los administradores deben satisfacer al desempeñar la actividad de administración y representación de la empresa social ya que resultaría, además de impracticable, dada la imposibilidad de prever todos los acontecimientos futuros, improcedente por cuanto tal determinación podría restringir las posibilidades de actuación de los administradores en perjuicio de los propios socios⁴⁸⁰. Así, el deber de diligencia actúa como cláusula general residual para enjuiciar aquellas conductas de los administradores que se presentan con posterioridad y no habían podido ser previstas *ex ante* mediante la especificación de un deber cuyo contenido determinase la concreta conducta debida⁴⁸¹.

Resulta conveniente, cuando no necesario, garantizar a los administradores de compañías que sus eventuales errores en la adopción de decisiones empresariales no derivarán de modo automático en su consideración como responsables frente a la sociedad o sus accionistas por los daños sufridos a causa de tales equivocaciones.

En otro caso se estaría desincentivando gravemente la adopción de estrategias arriesgadas y se crearían estímulos para una gestión conservadora en lugar de para el impulso de proyectos innovadores -que, por supuesto, siempre comportan ciertos riesgos-. De ahí que las corrientes jurisprudenciales y doctrinales de los últimos años se hayan centrado en otorgar cierta protección a los administradores amparados en los principios de la regla de juicio empresarial.

La función de la *business judgment rule* es evitar que las decisiones de los administradores sean materialmente sustituidas en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia. Es decir, que en ese proceso se sustituya el juicio de oportunidad de los administradores por el juicio de oportunidad de los jueces encargados de establecer si, efectivamente, existió vulneración del deber de diligencia. Con la *business judgment rule* se pretende lograr el balance necesario entre la necesidad de preservar la discrecionalidad de las decisiones de los administradores y la necesidad de controlar, de alguna manera, la actuación de éstos.

En esencia, la regla supone que las decisiones empresariales no podrán ser cuestionadas ni revocadas por los tribunales y que, por tanto, los administradores no podrán ser

⁴⁸⁰ Así, en el caso *Percy v. Millaudon*, 1829, la corte señala que “las personas racionales, inteligentes e íntegras no aceptarían ser administradores si la ley exigiera de ellas un grado de precisión que las personas de inteligencia e integridad ordinarias no poseen”. De modo que se concreta que los administradores solo responderían por errores tan groseros que ni un hombre de mediana prudencia y sentido común cometería.

⁴⁸¹ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia”, *RdS* 1.996, nº 7, citando a EASTERBROOK, F. A. y FISCHER, D.R., “Contract and fiduciary...”, cit., pp. 425 y 451.

declarados responsables por las consecuencias de sus decisiones cuando actuaron cumpliendo sus deberes generales. Opera la regla de la discrecionalidad empresarial, por tanto, como un sistema de distribución de la carga de la prueba que, en todo caso, no sustrae a la posibilidad de un juicio revisorio sobre la adecuación de lo actuado al estándar general de diligencia. Frente a la reclamación por los daños causados, los administradores pueden oponer como excepción el cumplimiento de los estándares conductuales generales, presumiendo con ello una actuación diligente concurriendo los presupuestos exigidos -buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento de decisión adecuado-.

En definitiva, la regla viene a constituir la consolidación de la idea de que es a los gestores a quienes corresponde la toma de decisiones de carácter empresarial en la sociedad y no los jueces⁴⁸², a los que se les prohíbe evaluar *a posteriori* la calidad de las decisiones empresariales, en tanto no se sospeche que han antepuesto otros intereses a los de la sociedad y no han respetado el deber de lealtad a la misma. Siempre y cuando estemos ante una actuación de los administradores, y que ésta vele por el interés social, deberá mantenerse el espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales que impida su estricto enjuiciamiento con un examen *ex post* por parte de los tribunales.

Estamos, por tanto, ante una presunción a favor de los administradores al considerar que actuaron con independencia, buena fe, diligencia y bajo el convencimiento de que actuaban a favor de los intereses de los accionistas y que pretende provocar los efectos que, a continuación, se examinan⁴⁸³: i) proteger a los administradores del sesgo retrospectivo de los jueces, ii) evitar el escrutinio judicial, iii) promover la asunción de riesgos empresariales por parte de los administradores, iv) mantener al órgano de administración como el órgano decisorio y, v) garantizar que sea el mercado el fiscalizador de la idoneidad de la conducta de los administradores.

3.1.1. Protección de los administradores del sesgo retrospectivo de los jueces.

La noción de sesgo retrospectivo *-hindsight bias-* se ha tomado prestada de la psicología y se ha aplicado a la teoría de la adjudicación para justificar la existencia de una regla de deferencia judicial frente a las decisiones de los administradores sociales⁴⁸⁴. El sesgo

⁴⁸² Así, ya la STS de 17.1.2012 negaba que “el examen del acierto intrínseco [de las decisiones empresariales] en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los tribunales”

⁴⁸³ BLOCK, D., BARTON, N & RADIN, S., *The Business Judgement Rule: fiduciary duties of corporate directors*, ed. Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S. Nueva York, 1998, pp. 12 ss. Por su parte GURREA MARTINEZ, A., “La cuestionada deseabilidad económica...”, cit., p. 33., fundamenta el interés de la *Business judgment rule* en las siguientes razones:

- i) Minimizar la aversión al riesgo de los administradores sociales y que resulta contraria al interés de los socios que además de tener limitado el riesgo de pérdida a la aportación realizada tienen diversificada su cartera de inversiones entre distintas empresas, lo que a su vez mitiga también el riesgo de pérdida.
- ii) Eliminar la posibilidad de que jueces, profesionales no expertos en gestión empresarial, puedan entrar a enjuiciar a posteriori las decisiones de los administradores sociales.
- iii) La reducción del sesgo retrospectivo que se define como la tendencia a sobreestimar los sucesos pasados. Las personas tienden a exagerar las conductas que se habrían podido tomar a priori para evitar o, al menos, minimizar las consecuencias perjudiciales derivadas de una determinada conducta.
- iv) Garantizar a los administradores honestos, suficientemente informados, que no podrán ser demandados si sus decisiones de gestión han resultado erróneas.

⁴⁸⁴ Estudios psicológicos han demostrado que las personas que conocen retrospectivamente el resultado de una decisión adoptada con cierto margen de incertidumbre, ya no son capaces de una revisión imparcial de esa decisión, dado que inconscientemente sobreestiman la probabilidad de ocurrencia del resultado final de

retrospectivo no es más que la comprobada tendencia que tenemos a asignar una elevada y equivocada probabilidad de ocurrencia a un resultado, cuando sabemos *ex post* que efectivamente aconteció. El sesgo retrospectivo tiene una relevancia innegable en el derecho. Se trata de un fenómeno que aplica plenamente a jueces y jurados, quienes a diario toman decisiones sobre hechos ya acontecidos. Es particularmente importante cuando se debate si la conducta de un sujeto fue negligente o no⁴⁸⁵.

Trasladado al campo del derecho societario sirve de justificación a la *business judgment rule*. Si el juez al estudiar una decisión de negocios ya sabe que sus consecuencias fueron negativas, tenderá a creer que dichos resultados eran más previsibles de lo que verdaderamente fueron. Se presume, equivocadamente, que el juez es capaz de pasar por alto el conocimiento que tiene de los resultados para ubicarse en la posición del demandado antes de la toma de la decisión descuidando en su análisis, el elemento concurrente. Todo ello invita a la aversión al juicio revisorio salvo caso de necesidad insalvable⁴⁸⁶.

Ahora bien, para evitar o reducir el sesgo retrospectivo es necesario no sólo que se apliquen reglas o criterios que permitan valorar el comportamiento o actuación de los administradores sin tomar en consideración el resultado favorable o desfavorable de sus decisiones, sino también que el enjuiciamiento del cumplimiento del estándar de conducta exigido se aísle del enjuiciamiento de la razonabilidad o racionalidad de la decisión. En efecto, el problema, aunque se mitigue, se sigue planteando si el juez debe decidir conjuntamente sobre el cumplimiento del estándar de conducta exigido a los administradores y la razonabilidad o racionalidad de la decisión adoptada por éstos una vez que ya se conoce el resultado de la decisión.

la decisión que finalmente ha ocurrido. Así lo sostiene RACHLINSKY, J., “*A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*”, *U. Chicago LR*, núm. 65, 1998, pp. 571 ss.

⁴⁸⁵ HOLGER FLEISCHER, LL. M., “*La Business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho*”, *RDM*, nº 246. 2002, p. 1732 y 1733, alude a tres fundamentos para justificar la protección de los administradores frente al riesgo del sesgo retrospectivo: la falta del saber necesario de la gestión empresarial por los jueces, la dificultad de emitir un juicio frente a la gran cantidad de variables que se presentan y las limitaciones para una investigación psicológica de la decisión y, por último, la dificultad de valorar la decisión *ex ante*, y no sobre la base del resultado producido. Todo ello lleva a la necesidad de que los jueces no interfieran en las decisiones empresariales sino con mucha cautela.

⁴⁸⁶ Cabe traer a colación la STS de 26.12.2014, dictada en el caso de la sociedad inmobiliaria COLONIAL. La sociedad ejerció la acción social de responsabilidad contra algunos de sus administradores, alegando que habían actuado negligentemente al haber comprado casi el 5% de acciones de la sociedad en un momento álgido antes de la crisis, que derivó en un perjuicio en patrimonio social de casi 300 millones de euros al estallar burbuja inmobiliaria en 2008. En el momento de dictar sentencia ya había entrado en vigor la regla del art. 226, pero no era de aplicación al caso: sin embargo, el Tribunal Supremo examinó si la conducta de los administradores demandados podía considerarse antijurídica desde una perspectiva *ex ante*, situándose en el momento en el que se realizó, antes del estallido de la crisis. De esta manera, este tribunal evitaba caer en el sesgo retrospectivo a la hora de valorar la actuación. En la sentencia se establece que “desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley ni a los estatutos, sólo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba “al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal”. A lo largo de la sentencia se observa que el tribunal valora si la actuación queda dentro del ámbito de protección de la discrecionalidad, en tanto que actúa diligentemente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (como la previsibilidad de que el perjuicio se produjese). La conclusión es que a pesar de que la decisión de los administradores “contribuyó de forma decisiva a la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial, no está tan claro que fuera tan predecible en aquel momento, o por lo menos con la gravedad que luego mostró y que todavía padecemos”. Antes esto, la pretensión de condena a los administradores a responder por el perjuicio causado se desestimó, puesto que tras el análisis de los hechos, el Tribunal Supremo observó que no había dolo ni culpa.

En tal sentido, en nuestro Derecho se ha señalado⁴⁸⁷ que la inexistencia de vista preliminar en el proceso declarativo determina que el tribunal deba tomar la decisión sobre la existencia de responsabilidad a la vista de todas las pruebas practicadas, incluyendo también las relativas al fondo del asunto lo que, sin duda, puede restar eficacia a la medida como instrumento para eliminar el sesgo retrospectivo⁴⁸⁸.

3.1.2. Evitar el escrutinio judicial.

En efecto, los jueces no son personas de negocios⁴⁸⁹ y, por tanto, no tienen la experiencia, el conocimiento o la información necesaria para tomar una decisión complicada de este tipo y, de igual forma, carecen del “sentido intangible” de comprender las circunstancias específicas con que se enfrenta una empresa⁴⁹⁰.

La *Business Judgment Rule* impide que los jueces desconozcan el hecho de que la función del empresario es hacer frente a la incertidumbre y a los riesgos, de manera que una decisión que parecía ser razonada al momento de ser adoptada, puede parecer una “corazonada” cuando se analiza años más tarde⁴⁹¹. Si se pierde el contexto se pierde la visión global y el conocimiento o percepción del concurrente afectante. Se ha señalado que si los jueces, inexpertos en negocios, pudieran revisar libremente las decisiones empresariales, terminarían arrogándose competencias que en realidad corresponden a los gestores de la sociedad y terminarían convirtiéndose en “administradores de segundo grado”⁴⁹².

Esta defensa de la *Business judgment rule* ha sido objeto de críticas⁴⁹³. Así, se ha señalado que el argumento es, por sí solo, insuficiente en la medida en que no explica por qué los

⁴⁸⁷ HERNANDO MENDIVIL, J., “Carga de la prueba en el nuevo art. 226 LSC (*business judgment rule*)”, publicado en el blog Derecho Mercantil, de fecha 30 de enero de 2015, accesible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html>.

⁴⁸⁸ RONCERO SANCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento...”, cit., p. 76.

⁴⁸⁹ Resulta muy ilustrativa una frase pronunciada por la Corte Suprema de Michigan en resolución dictada en el en el caso *Dodge v. Ford Motors Co.*, el 7 de febrero de 1919, en la que, al objeto de justificar la *Business judgment rule*, la Corte rehusó inspeccionar una decisión empresarial de Henry Ford consistente en expandir la producción de la compañía argumentando que “los jueces no son expertos en negocios”. En nuestra jurisprudencia y, en idéntico sentido, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 17.1.2012 y 29.3.2007, en las que puede inferirse las reticencias del tribunal a enjuiciar una decisión empresarial realizada en condiciones de independencia e información adecuada.

⁴⁹⁰ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 33., señala que “la sustracción de los actos de gestión empresarial al escrutinio judicial ha de quedar legalmente supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones previas y, en particular, a las siguientes: i) a que los administradores hayan obtenido una información razonable sobre la decisión: ii) a que hayan seguido los procedimientos formalmente establecidos para su adopción: y sobre todo, iii) a que no tengan interés personal en cualquier consecuencia directa o colateral de la misma”.

⁴⁹¹ La SAP de Madrid de 13.9.2007 señala que “Es evidente que la decisión empresarial adoptada es discutible, como toda decisión de esta naturaleza, puesto que la administración y dirección de empresas no es una ciencia exacta, y más aún cuando, pasado cierto tiempo es posible ahora conocer las consecuencias de la decisión empresarial adoptada por el órgano de administración, mientras que en el momento en que los administradores adoptaron el acuerdo esto no era posible, teniendo además los administradores un margen de tiempo limitado para adoptar la decisión empresarial”.

⁴⁹² HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco...*, cit., p. 131.

⁴⁹³ GURREA MARTINEZ, A., “La cuestionada deseabilidad económica...”, cit., p. 35 y ss., ha criticado el modo de implementación de la regla de la discrecionalidad empresarial en España sobre las siguientes premisas: “En primer lugar, la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo que ha propuesto la implementación de la *business judgment rule* no parece haber tenido en cuenta la realidad de la práctica

jueces no pueden entrometerse en el criterio de un empresario⁴⁹⁴. El hecho de que profesionales de otras disciplinas igualmente especializadas -como la medicina y la construcción, por ejemplo- no gocen de un blindaje similar al que ofrece la *business judgment rule* indica que la falta de experiencia empresarial no puede ser la única razón para justificar la abstención de los jueces.

En todo caso, la actuación de los jueces en el marco del enjuiciamiento de la conducta de un administrador no se dirige a sustituir la decisión empresarial adoptada por éste por una decisión empresarial adoptada por el propio juez -como tampoco se trata, en los casos en los que se examina la responsabilidad de un médico, de que el juez haga un diagnóstico y decida el tratamiento que sustituya al que haya podido realizar el profesional-, sino a valorar si en la adopción de dicha decisión el administrador ha actuado conforme a los deberes de conducta exigibles⁴⁹⁵.

La cuestión radica, en consecuencia, no tanto en considerar si los jueces están o no capacitados para juzgar las decisiones empresariales de los administradores sino en entender adecuadamente cuál es la naturaleza y características de la actividad empresarial que desarrollan y el estándar de conducta exigido a un administrador en el ejercicio de sus funciones, en particular, en relación con la adopción de decisiones empresariales o de negocio⁴⁹⁶.

3.1.3. Promover la asunción de riesgos empresariales.

Los defensores de la *business judgment rule* sostienen con frecuencia que los administradores sociales deberían tener incentivos para innovar y para ejecutar una gestión empresarial arriesgada, en la medida en que el eventual retorno de las políticas empresariales suele tener una correlación directa con el nivel de riesgo que acompaña la medida. Es por esto que el estándar de conducta del hombre prudente parecería contrario

judicial española a la hora de valorar la necesidad de una regla especial para la protección de la discrecionalidad empresarial. En este sentido, habría sido deseable que, como parte de los trabajos realizados, se hubieran examinando las condenas efectivamente realizadas a los administradores sociales por incumplimiento del deber de diligencia, al objeto de evidenciar si, tal y como exige uno de los principales fundamentos que legitiman la implementación de la *business judgment rule*, los administradores de las sociedades españolas se encuentren sometidos a una verdadera amenaza de ser condenados (o, al menos, demandados) por los potenciales daños derivados de un posible incumplimiento del deber de diligencia. En segundo lugar, y considerando que la *business judgment rule* fuera necesaria en España, aunque sólo fuera por mejorar la seguridad jurídica, también habría parecido oportuno que se hubiera teniendo en cuenta la realidad jurídica y económica de las empresas españolas, donde, quizás, pueda ser deseable un cierto grado de aversión al riesgo en la gestión de los administradores sociales, dada la falta de accionistas diversificados en las sociedades de capital españolas”.

⁴⁹⁴ Así, se ha señalado que este argumento resulta cuestionable pues tampoco a los jueces se les exige poseer conocimientos técnicos en medicina o en arquitectura, por ejemplo, y ello no impide que puedan valorar, con el auxilio de expertos, si el comportamiento de un médico o de un arquitecto ha sido acorde al nivel de diligencia que se exige en el desempeño de su profesión. La falta de formación, conocimiento y experiencia de los jueces sobre la gestión de negocios no constituye, por tanto, un argumento idóneo por sí solo para justificar la *business judgment rule*. Con carácter general y sin perjuicio de las líneas de evolución en relación con las sociedades cotizadas y con algunas otras entidades como las entidades de crédito, tampoco se exige que los administradores tengan formación especializada o experiencia en gestión de negocios. Así lo hace BAINBRIDGE, S.M., “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine”, *Law & Economics Research Paper Series*, UCLA School of Law, Research Paper, 2003. núm. 3, p. 18.

⁴⁹⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., p. 79

⁴⁹⁶ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 32., afirma que “(...) nuestros jueces son menos sofisticados, están menos familiarizados con las interioridades de las operaciones mercantiles y financieras y, además, tienen una tendencia más burocrática y formalista (...)”.

a la realidad económica del mundo de los negocios. Los administradores de empresas, en lugar de actuar con excesiva prudencia y con ánimo conservativo, deben demostrar algún grado de osadía para que la compañía logre penetrar nuevos mercados, desarrollar nuevos productos y, en pocas palabras, generar mayores utilidades.

Ahora bien, la amenaza de que su responsabilidad personal se vea comprometida podría hacer que los administradores sociales generen una excesiva aversión al riesgo. Esta amenaza adquiere mayor entidad si tenemos en cuenta que los jueces, en virtud del fenómeno del sesgo retrospectivo, tienen una propensión a concluir que los malos resultados -la realización del riesgo, si se quiere- se derivaron de una decisión negligente⁴⁹⁷.

Lo señalado permite resumir el argumento a favor de la *business judgment rule*, en un doble sentido: por un lado se justifica atemperar el patrón de prudencia exigido a los administradores para permitirles asumir riesgos razonables -esto es, la regla entendida como estándar de conducta-. Por otro lado, si los jueces tienden a responsabilizar a los administradores por los resultados negativos que se deriven de sus decisiones, vale la pena introducir una regla de no intromisión para que estos puedan asumir mayores riesgos sin temor a comprometer su patrimonio personal -esto es, la regla entendida como estándar de no-revisión o como doctrina de abstención-.

Por otra parte, no tendría sentido que la regla del criterio empresarial buscara reducir la aversión al riesgo de los administradores si los socios tuvieran la misma aversión. De ahí que algunos autores, para defender la *business judgment rule*, señalan que los socios son los primeros interesados en asumir riesgos y que los administradores, en cambio, tienden a evitarlos. Los asociados no arriesgan sus patrimonios personales sino aquella porción que aportaron a la respectiva sociedad. Los administradores, en cambio, sí pueden ver comprometido su patrimonio personal en caso que sus decisiones generen resultados negativos y sean luego examinadas por jueces sesgados retrospectivamente.

Como puede verse, existiría entonces una divergencia entre las preferencias de asociados y administradores en materia de riesgos. Mientras los primeros optarían por una gestión más arriesgada de la sociedad, los segundos preferirían asumir posiciones “seguras” que no pongan en peligro su permanencia en la empresa ni su reputación. La *business judgment rule* sería uno de los mecanismos para alinear las actitudes de los administradores con las de los socios al reducir la aversión al riesgo de los primeros. Esto llevaría a que los administradores asuman el riesgo que los socios o accionistas estarían dispuestos a soportar.

La *Business judgment rule* pues, estimula a personas competentes a convertirse en administradores, quienes de otra manera no lo harían por miedo a la responsabilidad personal en que podrían incurrir. Así, el blindaje que ofrece la regla sirve de estímulo para que sujetos competentes y cualificados asuman cargos administrativos en sociedades

⁴⁹⁷ SAP de Alicante de 15.7.2010, señala que “Cuando el juez se enfrenta a este tipo de decisiones debe ser especialmente cuidadoso pues ello no le debe conducir a interferir en la adopción de las particulares decisiones estratégicas del empresario. El juez no es un órgano fiscalizador del “desacierto económico” de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad”, concluyendo de la forma que sigue “...es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión, y no puede exigirse una prueba que justifique la adopción de dicha decisión empresarial, que supone un ámbito de libertad de la sociedad en el que el juez no puede entrar”.

contribuyendo a disminuir la aversión al riesgo de los administradores sociales⁴⁹⁸. En otro caso, la exigencia de estándares de conducta demasiado estrictos, por un lado, y la amenaza de intromisión judicial, por otro, serían factores disuasivos que ahuyentarían a los profesionales talentosos

3.1.4. Mantener al órgano de administración como el órgano decisorio.

Los administradores son los escogidos por los accionistas para tomar decisiones en nombre de la compañía. Al limitar la revisión judicial, la *business judgment rule* preserva el control decisorio en el órgano de administración. En cambio, si permite a los accionistas impugnar fácilmente las decisiones adoptadas por los administradores, el órgano de administración transferiría el estatus de autoridad decisoria a cualquier accionista que esté dispuesto a interponer una demanda.

De esta forma, la regla asegura que la gestión de la sociedad estará en manos de los administradores y no de los accionistas que, en otro caso, serían los que ostentarían la dirección efectiva de la sociedad y, en consecuencia, estarían privando de sus funciones al órgano de gestión que deben ser los administradores.

3.1.5. Garantizar que sea el mercado el fiscalizador de la idoneidad de la conducta de los administradores.

Se dice que las dinámicas y mecanismos propios del mercado justifican la existencia de la *business judgment rule*. De acuerdo con este argumento, el rol de los jueces sería redundante ya que los mercados desempeñan las funciones que estos cumplirían al fallar. La primera función consiste en disciplinar y sancionar a los administradores. La segunda, en proteger a los accionistas. Si el mercado mismo ya se encarga de ambas cosas, resulta razonable imponer una regla de abstención por parte de los jueces⁴⁹⁹.

Ahora bien, ¿cómo puede cumplirse la función de disciplinar o sancionar a los administradores? Pues por la propia dinámica de los mercados. Es decir, un mercado de valores eficiente tiene la capacidad de transmitir información sobre las compañías y su administración a través del precio de las acciones. Si los inversores temen que una sociedad está siendo administrada de manera deficiente, no compran sus participaciones o pagan menos por ellas. Esto llevaría a que el precio de dichas acciones baje. En sentido inverso, pagarían más por las acciones de una sociedad óptimamente gestionada, generando así un incremento en su precio. Este poder informativo de los precios tendría

⁴⁹⁸ DÍAZ MORENO, A., “La Business judgment rule en el proyecto de ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”. *Análisis Gomez Acebo & Pombo*. Julio 2014, p. 2.

⁴⁹⁹ GURREA MARTINEZ, A., “La cuestionada deseabilidad económica...”, cit., p. 34., sostiene que otro de los objetivos de la implementación de la *business judgment rule* en el derecho positivo es la de “mejorar la seguridad jurídica, especialmente, en aquellas jurisdicciones en las que no exista una jurisprudencia consolidada o *case law* que tienda a proteger, de manera generalizada, la toma de decisiones empresariales realizadas de buena fe por administradores independientes. De esta manera, mediante la implementación legal de la *business judgment rule*, podría garantizarse a los administradores honestos, cuya toma de decisiones se produjese de buena fe, en completa ausencia de conflicto de intereses, y con un grado de información adecuado, que no podrán ser demandados como consecuencia de un eventual fracaso –sólo conocido *ex post*– en sus decisiones de gestión. En consecuencia, permitiendo a los operadores basar sus decisiones de inversión y financiación en función del –mayor o menor– grado de prestigio y confianza que les reporten las personas a las que, directa o indirectamente, encomendarán sus intereses, la implementación de la *business judgment rule* podría suponer una maximización del valor de la empresa, al reducir los costes asociados a la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre y asimetrías de la información”.

la capacidad de controlar y disciplinar a los administradores para que adopten buenas prácticas de gobierno corporativo, sin la necesidad de que un juez intervenga.

Adicionalmente, los actores del mercado de capitales cumplen una función constante de monitoreo lo cual se traduce en que las compañías bien administradas y valoradas podrán acceder fácilmente a fuentes de financiación. En el caso contrario, las sociedades mal gestionadas no tendrán la misma facilidad para captar recursos de inversores u obtener financiación.

El administrador de una empresa desvalorizada probablemente padecerá diferentes sanciones en el mercado de trabajo: su reputación se verá afectada, su estabilidad laboral o posibilidades de ascenso disminuirán y su remuneración será cuestionada o reubicada al nivel de la calidad en el desarrollo de sus funciones. Por consiguiente, es ya la propia dinámica del mercado el que se encarga de evaluar y sancionar la actuación de la administración societaria.

Con todo, si algo caracteriza a la *business judgment rule* son sus contornos difusos. No existe un consenso sobre el contenido de la regla ni sobre los presupuestos que deben cumplirse para poder invocarla o aplicarla. De tal indeterminación no se libra la acepción literal de la regla en nuestro art. 226 LSC ya que su redacción adolece de precisión planteando inconvenientes tales como su ámbito material de aplicación.

No obstante la ley sí que es clara en excluir de su ámbito de aplicación las decisiones tomadas por los administradores que afecten personalmente a otros administradores y a personas vinculadas a ellos y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar determinadas operaciones en relación con las que se encuentran en una situación de conflicto de interés (art. 230 LSC)⁵⁰⁰.

3.2. Origen y evolución de la Business Judgment Rule.

Como se ha avanzado, la *business judgment rule* es una regla de origen jurisprudencial con una larga tradición en el *case law* anglosajón en el que las decisiones judiciales delimitan y perfilan las leyes societarias que, por otra parte, no abundan⁵⁰¹. Vamos ahora a referirnos a las decisiones judiciales que, en el marco del *common law*, principalmente han creado y delimitado la regla.

En dicho escenario, si bien una primera referencia a la *business judgment rule* la podemos encontrar en la primera mitad del siglo XVIII, en el referido caso *Charitable Corp. v. Sutton* del año 1742, podemos señalar que las resoluciones que han venido a configurar la regla de la discrecionalidad empresarial son las siguientes: el Caso *Percy v. Millaudon* del Tribunal Supremo de Pensilvania 1829 que introduce una primera formulación de la regla cuando señala que: “las personas racionales, inteligentes e íntegras no aceptarían ser administradores si la ley exigiera de ellas un grado de precisión que las personas de inteligencia e integridad ordinarias no poseen”.

En ese orden de ideas, la Corte determinó que los administradores solo responderían por errores tan groseros que ni un hombre de mediana prudencia y sentido común cometería,

⁵⁰⁰ VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad...”, cit., p. 296.

⁵⁰¹ Para un análisis de los orígenes de la *business judgment rule* en la jurisprudencia norteamericana, véase ARSHT, S., “The Business Judgment Rule Revisited”, *Hofstra L.R.*, 1979, vol. 93, núm. 8.

“el examen de responsabilidad, por tanto, se debe fundamentar no en la sabiduría de los administradores, sino en la tenencia de un conocimiento ordinario y la demostración de que el error del administrador fue tan grave que un hombre con sentido común y atención ordinaria no habría caído en él”.

En el Caso *Godbold v. Branch Bank* del Tribunal Supremo de Alabama 1847 se señala que “no se puede asumir que los administradores poseen un perfecto conocimiento de los hechos y cuestiones que se les puedan presentar, ni que no puedan errar o estar equivocados tanto en la prudencia como en la legalidad de los términos que emplean en sus decisiones. De no ser así, la regla sería contraria al propósito final pretendido por la misma, de forma que ningún hombre con ordinaria prudencia aceptaría un cargo rodeado de tantos peligros”.

En el Caso *Hodges v. New England Screw Co.*, del Tribunal Supremo de Rhode Island 1853 se puso de manifiesto que “aunque el error efectivamente exista, si los administradores actuaron con el cuidado debido, de buena fe, y en el mejor interés de la sociedad, no podrán ser responsables”. El Tribunal de apelaciones de Nueva York 1912 se pronunció de manera similar diciendo que “las cuestiones de política empresarial dependerán únicamente de la decisión honesta y desinteresada de los administradores, pues sus poderes en este ámbito son ilimitados y libres de restricciones, y el ejercicio de éstos para el interés común general de la sociedad no podrá ser cuestionado a menos que el resultado muestre que su actuación fue imprudente o inoportuna”.

En esta primera etapa de su formación, la *business judgment rule* blindaba a los administradores de cualquier responsabilidad por conductas que no fueran groseramente negligentes. No obstante, el que se puede considerar el fallo de mayor trascendencia en la configuración, delimitación y concreción en torno al concepto de la *business judgment rule*, ese es el *case* de *Aronson v. Lewis* -Delaware, 1984-. En este caso, se fijaron los parámetros para llevar a cabo las reclamaciones contra los administradores cuando éstos no cumplan con sus deberes para con la sociedad, sin bien, lo más destacable es que estableció la formulación de la *business judgment rule*.

Así, se define como “una presunción de que en la toma de decisiones empresariales los administradores de una sociedad actuaron de manera informada, de buena fe y bajo el sincero convencimiento de que la acción era en el mejor interés de la sociedad. Esa decisión será respetada por los tribunales a menos que se demuestre la infracción del deber de diligencia. La prueba recaerá sobre la parte demandante que deberá establecer los hechos que refuten la presunción”⁵⁰².

Así, hasta el año 1985 la comunidad jurídica había asumido la idea de que los administradores, en la práctica, gozaban de práctica inmunidad frente a acciones de responsabilidad por infracción del deber de diligencia, de modo que, de manera general, los administradores únicamente se enfrentaban a casos en los que la responsabilidad que se les pretendía imputar derivaba de la vulneración del deber de lealtad. Así, cuando se iniciaba en los tribunales alguna acción de responsabilidad por infracción del deber de

⁵⁰² Caso *Aronson v. Lewis* -Delaware, 1984 “*The Business judgment rule is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action was taken in the best interest of the company. Absent an abuse of discretion that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption*”.

diligencia los jueces aplicaban la *business judgment rule* que operaba a favor de los administradores presumiendo una actuación diligente y correspondiendo la carga de la prueba a los demandantes.

La aplicación de la *business judgment rule* como medio para evitar la revisión en sede judicial de decisiones de los administradores por infracción del deber de diligencia, tenía como consecuencia que no existieran casos en los que se declaraban responsables a los administradores por negligencia salvo que aparecieran otro tipo de infracciones del administrador como fraude, ilegalidad o actuación de los administradores en conflicto de interés.

La dificultad tanto material como procesal para destruir la presunción de la *business judgment rule* era muy grande, y a ello se añadía el hecho de que el estándar de negligencia exigido para la imputación de responsabilidad a los administradores era el de negligencia grave. El primer caso en el que se habló de la negligencia grave como requisito para la imputación de responsabilidad a los administradores y que suponía la no aplicación de la *business judgment rule* fue en 1972 en el caso de *Penn Mart Realty Co. v. Becker*⁵⁰³.

Este concepto fue desarrollado posteriormente en el referido caso *Aronson v. Lewis*. Que además señalaba que en ausencia de un claro abuso de discrecionalidad, la decisión habría de ser respetada por el tribunal y la carga de refutar tal presunción recaería sobre la parte demandante. La clave de la formulación presentada por el tribunal en el caso *Aronson v. Lewis* se encontraba en la importancia dada a la exigencia de que la decisión se tomara con base en toda la información que de manera razonable pudieron obtener⁵⁰⁴.

Algunas de las lagunas de *Aronson v. Lewis* fueron solventadas por el caso más revolucionario en esta materia, el caso de *Smith v. Van Gorkom* que supuso el punto de partida en la evolución de los criterios de revisión de las decisiones de los administradores⁵⁰⁵. Este caso, también conocido como *Trans Union*, declaró responsables a los administradores, para sorpresa de todos, por los daños causados a la sociedad en el marco de una acción de responsabilidad iniciada por los accionistas sin que existiera fraude, ilegalidad o una actuación interesada por parte de los administradores⁵⁰⁶.

El tribunal no admitió la aplicación de la *business judgment rule* para exonerar de responsabilidad a los administradores por las decisiones que adoptaron en relación con la adquisición de la sociedad por otro inversor al considerar que los administradores vulneraron su deber de diligencia por no informarse de manera suficiente sobre la

⁵⁰³ En la misma se señala: “*Fraud and self-dealing are not the only ways in which corporate directors may breach their fiduciary duty: they may also breach that duty by being grossly negligent or by wasting corporate assets*”. 298 A.2d 349,351 (Del.Ch. 1972).

⁵⁰⁴ Para un estudio y análisis en profundidad del origen y evolución de la Business Judgment Rule v. GUERRERO TREVIJANO, C., “El deber de diligencia de los administradores...”, cit., pp. 44 ss.

⁵⁰⁵ BAINBRIDGE, S., “*Smith v. Van Gorkom*”, en *Law & Economics Research Paper Series, Research Paper*, núm. 08-13, *UCLA School of Law*, 2008, p. 1, donde se llega a considerar que la decisión judicial de este caso fue la más importante del siglo XX.

⁵⁰⁶ MACEY & MILLER., “*Trans Union reconsidered*”, *Y LJ*, vol. 98, 1988, pp. 131 ss., donde señalan los autores que los presupuestos aplicados por el Tribunal para la adopción de la Business Judgment Rule como puerto seguro eran: “(1) there was no self-dealing or conflict of interest; (2) the board actually addressed and decided the issue, rather than neglecting it; (3) the board members properly informed themselves prior to reaching a decision; and (4) the board's actions were not completely unjustifiable or irrational”.

operación, su desarrollo, conveniencia y consecuencias para los intereses de la sociedad y sus accionistas. Todo ello constituyó, a juicio del tribunal, una negligencia grave⁵⁰⁷.

En un primer momento pareció que la decisión en *Smith v. Van Gorkom* iba a cambiar radicalmente la situación imperante hasta entonces. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que esa decisión, que supuso un cambio de orientación -al menos en el contexto de operaciones de M&A- en la protección que a los administradores, hasta ese momento, venía otorgándoles la *business judgment rule*, no tuvo continuidad.

Que un tribunal declarara responsable a un administrador por infracción del deber de diligencia era algo impensable antes de *Smith v. Van Gorkom*, de modo que esta novedosa decisión implicaba que ahora los administradores podrían perder la protección de la *business judgment rule* cuando se demostrara que habían incumplido con la diligencia debida, pues, vencida la presunción, la carga de la prueba se trasladaba a los administradores que habrían de demostrar que su decisión fue razonable sometiendo su actuación a una revisión con inversión probatoria denominada *entire fairness review*.

Sin embargo, la aplicación del criterio de *entire fairness review* a la revisión de las decisiones de gestión de los administradores no fue, ni mucho menos, el estándar generalmente aplicado por los tribunales, al menos hasta tiempo después. La aplicación de este estándar en el caso *Trans Union* constituyó una excepción a la línea tradicional de revisión de las decisiones de los administradores conforme a la *business judgment rule*.

No sería hasta principios de los años 90 y precisamente para limitar la amplia discrecionalidad de los administradores en la adopción de medidas defensivas que podían llegar a lesionar los intereses de la sociedad y los accionistas, cuando los tribunales comenzaron a aplicar, de manera más generalizada, el criterio de la *entire fairness review* a la revisión de las decisiones de gestión que podían suponer un conflicto de intereses entre la sociedad y sus administradores. Así, entre la regla general de la *business judgment rule* y la revisión conforme a los criterios de *entire fairness review*, los tribunales fueron desarrollando, esencialmente en la década de los 80, una serie de criterios de revisión a medio camino entre ambos.

En cualquier caso, la sentencia del caso *Trans Union* tuvo como consecuencia inmediata que, a partir de ese momento, los administradores quedaban sometidos a un estricto régimen de responsabilidad que se les aplicaba cuando el demandante pudiera demostrar que en el proceso de obtención de información el administrador no fue diligente.

Sin embargo, esta decisión fue contestada tanto por los administradores, que no estaban dispuestos a someterse a un sistema en el que se encontraban excesivamente expuestos a las vicisitudes de un posible enjuiciamiento de sus decisiones empresariales *ex post*, como por las compañías aseguradoras que aumentaron las primas de los seguros *D&O* - Directors and Officers- especialmente diseñados para la protección del patrimonio de los miembros del órgano de administración.

⁵⁰⁷ El caso *Smith v. Van Gorkon* ha de considerarse en el contexto casuístico propio que es el de las operaciones de M&A más que en el marco general del deber de diligencia. No obstante ha de tenerse en cuenta que gran parte del desarrollo de la *business judgment rule* y de otros criterios de revisión de la conducta de los administradores en los últimos años en Estados Unidos se ha producido en el marco de resoluciones y pronunciamientos relativos a operaciones de M&A.

En consecuencia, la reacción legislativa no se hizo esperar y el legislador de Delaware⁵⁰⁸ promulgó la sección 102 (b) (7) de la *Delaware General Corporation Law* -DGCL en adelante- en virtud de la cual se permitía a los accionistas incluir en los estatutos de la sociedad una cláusula garantizando inmunidad a los administradores frente a la exigencia de responsabilidad por vulneraciones del deber de diligencia. A través de esta sección de la DGCL, los estatutos podían eliminar o limitar la responsabilidad de los administradores cuando en su actuación no concurrieran una serie de circunstancias, tales como mala fe, ilegalidad o actuación interesada del administrador⁵⁰⁹.

De este modo, la sección 102 (b) (7) DGCL, permitía a las sociedades evitar la aplicación de lo establecido en el caso *Smith v. Van Gorkom* a sus administradores. Como era previsible, la mayor parte de las sociedades incorporaron esta cláusula en sus estatutos, de modo que los administradores volvieron a gozar de cierta inmunidad frente a acciones de responsabilidad por infracción del deber de diligencia.

Después del caso *Smith v. Van Gorkom* surgieron otros muchos de gran relevancia que han ido perfilando la regla, no obstante, a partir de nuevos escándalos financieros -*Enron, Worldcom, Tyco, etc.*- provocados como consecuencia de actuaciones gravemente negligentes de sus administradores, el legislador de Estados Unidos promulgó la *Sarbanes-Oxley Act*, de 23 de febrero de 2002, aplicable a todas las sociedades cotizadas estadounidenses que viene a centrar sus objetivos en reforzar las exigencias de diligencia

⁵⁰⁸ Cabe aquí hacer referencia al estado de Delaware y al hecho de que el segundo estado más pequeño de Estados Unidos sea el estado principal en la formación de entidades empresariales desde principios del siglo XX. Hoy, más de un millón de entidades empresariales han hecho de Delaware su domicilio legal (más del 60% de las compañías Fortune 500 están allí domiciliadas). Delaware ni es un paraíso tributario, ni incorpora corporaciones secretas exentas de conocimiento y cuestionamiento público, ni es la opción más barata. Los motivos de tanta importancia en la formación de entidades empresariales son: i) la Ley general de corporaciones de Delaware (Delaware General Corporation Law -DGCL-) es la base sobre la cual descansa el derecho corporativo de Delaware diseñada por especialistas en derecho corporativo y libre de influencias de grupos con intereses especiales. Se trata de un texto dirigido a proveer a accionistas y corporaciones de la máxima flexibilidad para organizar sus asuntos. Está diseñada para ser una ley permisiva que permita y facilite los procesos específicos de cada compañía. Las disposiciones obligatorias de la DGCL son mínimas y regulan sólo temas de máxima importancia para la protección de inversores admitiendo incluso, sobre las disposiciones obligatorias de la ley, pacto en contrario si administradores y accionistas, en conjunto, optan por una solución distinta, ii) las Cortes. Delaware es reconocido por su sistema judicial, cuyos órganos son la Corte de equidad y la Corte suprema, dotados de jueces expertos e imparciales que deciden sus casos corporativos. La jurisprudencia de los órganos referidos ha acumulado un catálogo de precedentes de significativa trascendencia (ejemplo de dicha jurisprudencia, es la *business judgment rule*). Dicho compendio ordenador articula un sistema judicial sofisticado que facilita la oferta de expertos en materia corporativa.

⁵⁰⁹ “Del. Code Ann. Tit.8, §102 *Contents of certificate of incorporation*.

(...) (b) *In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters: (7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders, (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law, (iii) under § 174 of this title: or (iv) for any transaction from which the director derived improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title”.*

más allá del modelo del “hombre prudente” y en la obligación de información de los administradores societarios.

La formulación del deber de diligencia se encuentra definida en el apartado 4.01 de los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute* donde se dispone que los administradores y ejecutivos tienen el deber de desempeñar su cargo de buena fe, de la manera que, razonablemente, entiendan en el mejor interés de la sociedad -*best interest of the corporation*- y con la diligencia con que razonablemente se esperaría que actúe una persona prudente -*ordinarily prudent person*- en posición y circunstancias similares, de acuerdo a la regla del “buen juicio empresarial” cuando resulte aplicable.

El deber de diligencia implicaría, además, según los *Principles of corporate governance*, la realización de investigaciones previas a la decisión, de resultar necesario o conveniente (apartado 4.01.a.1), así como contar con el asesoramiento profesional adecuado (apartado 4.01.a.2). Seguidamente, en su apartado 4.01.c, se articula la *Business Judgment Rule*, en función de tres condiciones básicas; i) que el administrador no tenga interés propio en el objeto de decisión; ii) que se encuentre informado al respecto hasta el punto que razonablemente entienda apropiado, según las específicas circunstancias; iii) que razonablemente crea que su decisión es tomada en el mejor interés de la sociedad⁵¹⁰.

3.3. Naturaleza de la regla de la discrecionalidad empresarial: presunción o estándar de revisión vs excepción o doctrina de la abstención.

La naturaleza jurídica de la regla de la discrecionalidad empresarial tiene unos contornos imprecisos como consecuencia de que su ámbito de aplicación viene delimitado por su formación jurisprudencial a través de los *cases* planteados. En efecto, la articulación técnico-jurídica y la propia inserción dogmática de la regla en el sistema de deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, no es idéntica en todos los países, ni siquiera dentro del mismo ordenamiento jurídico -así sucede especialmente en aquellos países en los que la regla no está recogida expresamente en el Derecho positivo sino que constituye un criterio aplicado jurisprudencialmente, como EEUU, Reino Unido, Suiza o Italia⁵¹¹-.

Por consiguiente, de la configuración casuística de la regla, se ha derivado una traslación nada pacífica al conjunto de ordenamientos que han asimilado e incorporado la regla de la discrecionalidad empresarial de forma diversa⁵¹². Ello evidencia que la regla precisa de

⁵¹⁰ Nótese que la formulación que de la *Business Judgment Rule* realizan los *Principles of corporate governance*, otorga gran discrecionalidad al administrador recurriendo repetidamente al modelo “racionalmente entienda” (*rationally believes*) incluso más discrecional que el término “reasonable” utilizado en otros principios de buen gobierno, en cuanto admitiría una mayor subjetividad.

⁵¹¹ Sobre la contraposición entre distintas concepciones de la *business judgment rule* en EEUU v., EISENBERG, M.A., “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham LR*, núm. 62, 1993, pp. 437 ss., y BAINBRIDGE, S.M., “The Business Judgment Rule as...”, cit., pp. 6 ss.

⁵¹² En efecto cabría distinguir entre los países que han incorporado la regla a sus legislaciones societarias dedicándose en su articulado al tratamiento de la misma, en especial, a los elementos exigidos para su aplicación. Así se ha hecho en nuestro país a través del referido art. 226 LSC, no obstante, previamente lo habían hecho otros ordenamientos, como por ej, Alemania que la recoge en el §93.1.2 de la *AktienGesetz*, Grecia la recoge el art 22.a de su Ley 2190/1920, Portugal la recoge en el art 72(2) de su *Código das Sociedades Comerciais*, en Rumanía se introdujo a través del art. 144(1) en la reforma de la Ley de Sociedades de 2006 y en Croacia se introdujo en 2007 a través del art. 252(1) de su Ley de Sociedades. Otros ordenamientos no han codificado de manera expresa la regla pero sus tribunales aplican los principios

un acomodo a los esquemas de sistemática jurídica imponiéndose, desde el punto de vista procesal, la necesidad de articular los mecanismos que permitan la operatividad de la regla.

A la luz de los diferentes argumentos que se han esgrimido, podemos diferenciar, en esencia, dos principales posturas en relación con la naturaleza jurídica de la regla de juicio empresarial: por un lado, la posición mayoritaria que es la mantenida por el *MBCA* y por los Tribunales del Estado de Delaware que consideran la regla como una presunción o como un especial estándar de revisión de la conducta de los administradores y, por otro lado, la recogida en los *Principles of Corporate Governance* elaborados por el ALI y también por las decisiones de algunos Tribunales y a la que también responde, con alguna especificación como veremos, la posición acogida en el derecho alemán⁵¹³, que concibe la regla como una excepción.

En el primer caso, si se dan los presupuestos de aplicación de la regla, cabrá la revisión, si bien limitada, de la conducta de los administradores mientras que, conforme al segundo planteamiento, se describe la regla como un principio de no-revisión de las conductas en la medida en que, concurriendo aquéllos presupuestos de aplicación de la regla, se sitúa a la actuación del administrador en un escenario de inmunidad *-safe harbor-*, lo que se conoce como “doctrina de la abstención”.

3.3.1. La regla de la discrecionalidad empresarial como estándar de revisión.

La asunción de la regla como estándar de revisión en el marco del juicio revisorio de la diligencia impone la revisión de la idoneidad de la decisión empresarial sobre la base del juicio *ex post* de la concurrencia de los presupuestos requeridos. Así configurada, la regla se concibe como una presunción *-iuris tantum-* de diligencia a favor del administrador

esenciales que pretenden garantizar un margen de discrecionalidad a la actuación de los administradores no revisando sus decisiones empresariales, como por ej, Italia, Lituania, Holanda o Luxemburgo. Por último, encontramos aquellos ordenamientos en los que no existe, ni positivización de la regla, ni aplicación de los principios de protección de la discrecionalidad gestora por parte de los tribunales, así sucede en países como República checa, Chipre o Letonia.

⁵¹³ Así, KRIEGER, G., “Organpflichten und Haftung in der AG”, en KRIEGER/SCHNEIDER (Dir.), *Risikobereiche und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Köln*, 2007, pp. 41 ss., señala que, en efecto, en el Derecho Alemán, la regla constituye una delimitación del contenido del deber de diligencia de los administradores que determina también la fijación de un espacio sin responsabilidad en la medida en que, si se acredita el cumplimiento de los presupuestos de aplicación de la regla, ha de entenderse que el administrador ha cumplido su deber de diligencia. Así se formula expresamente en el §93.I.2 AktG “*eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*”, es decir, “no existe contravención del deber (de diligencia) cuando razonablemente pueda aceptarse que, en relación con una decisión empresarial, el miembro de la Dirección actúa sobre la base de una información adecuada y en beneficio de la sociedad”. Sin embargo es el propio administrador quien ha de acreditar que concurren los presupuestos de aplicación de la regla. Es decir, en Derecho alemán la regla de protección de la discrecionalidad empresarial actúa como «puerto seguro» (de manera similar a la construcción de la regla en los *Principles of Corporate Governance* del ALI), pero no se configura como una presunción de actuación diligente en beneficio del administrador, sino como un mecanismo de inimputabilidad en tanto permite excluir la antijuridicidad de la actuación de los administradores. A diferencia de lo que acontece en el Derecho americano, conforme a la *business judgment rule* alemana, los administradores sólo quedan protegidos del ataque de decisiones de gestión que no sean negligentes. En todo caso, como señala RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento...”, cit., p. 79., la vigencia de esta regla en Derecho alemán no es tampoco una cuestión incontrovertida sino cuestionable y cuestionada cada vez con mayor intensidad.

que cede ante prueba que acredite la negligencia⁵¹⁴. Concurriendo determinadas condiciones en la conducta del administrador se presume ésta diligente y amparada por la regla de la discrecionalidad empresarial.

Como toda presunción, esta regla requiere la concurrencia de una serie de presupuestos para que sea de aplicación que la doctrina norteamericana ha sistematizado en los siguientes: i) En primer lugar, se debe de haber llevado a cabo una valoración o evaluación; ii) en segundo lugar, el administrador tiene la obligación de haberse informado en relación con la decisión que va a llevar a cabo, en la medida en que razonablemente cree que es apropiado de acuerdo con las circunstancias; iii) en tercer lugar, la decisión ha de haber sido tomada de forma subjetiva y de buena fe y por último, iv) en cuarto lugar, el administrador no debe tener un interés particular en llevar a cabo la operación. Si concurren las cuatro condiciones, entra en juego la *business judgment rule*, y el tribunal no revisará la decisión llevada a cabo bajo el estándar de conducta previsto para el deber de diligencia que requiere “prudencia” y razonabilidad”, sino bajo el estándar de culpabilidad, el cual es un estándar más limitado, puesto que sólo requiere que la decisión sea “racional”⁵¹⁵.

Pues bien, los presupuestos apuntados pueden condensarse en sustantivos y procedimentales. Los sustantivos son la buena fe y la racionalidad⁵¹⁶ mientras que el requisito procedimental consiste en la falta de negligencia en su actuación. Al hablar de buena fe estamos haciendo referencia no a aspectos subjetivos volitivos del administrador sino a estándares objetivos de la conducta debida. En tal sentido, la objetivación de las relaciones empresariales reconoce la existencia, junto a los usos mercantiles, de una buena fe objetiva⁵¹⁷. El deber de actuar de buena fe se orienta, de modo inmediato, a la necesidad de actuación con honestidad de actuación y según lo que cabría esperar de él, mientras que de modo mediato, exige la persecución del interés social.

En cuanto al presupuesto de la racionalidad, la distinción entre los conceptos de racional y razonable no son siempre claros. Lo racional se identifica como “perteneciente o

⁵¹⁴ La desacertada y amplia literalidad del precepto invita a la controversia, así SERRANO CAÑAS, J.M., “La incorporación de la *Business Judgment Rule* al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley mercantil*, nº6, septiembre 2014, pp. 39 y 40, señala que “La presunción establecida por el legislador se asemeja más a una presunción *iuris et de iure* que a una presunción *iuris tantum*. A la hora de redactar el precepto, el legislador parece no admitir la posibilidad de prueba en contrario, esto es, probar que pese al cumplimiento de los presupuestos de aplicación de la *Business Judgment Rule*, la decisión adoptada es contraria al estándar de diligencia de un ordenado empresario. El legislador es tajante a la hora de afirmar que el estándar de diligencia “se entenderá cumplido” cuando concurren el resto de circunstancias”.

⁵¹⁵ EISENBERG, M.A., “Whether the business-judgement rule should be codified”, *Background study: business judgment rule*, vol 28, 1995, p. 40.

⁵¹⁶ ROSENBERG., “Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule”, *The Berkeley Electronic Press, BePress Legal Series, Working paper*, 1067, 2006, pp. 1 y ss y pp. 4 y 7. Identifica este autor la idea de irracionalidad de la decisión con el concepto de la falta de buena fe y, a la luz del caso *Brehm v. Eisner* del año 2000, alude a los diferentes criterios con los que la jurisprudencia identifica la buena fe, tales como: “irracionalidad, comportamiento inexplicable, toma de decisión notoriamente equivocada, grave abuso de la discreción, inadecuación, acción más allá de la esfera de la comprensión humana, inatención continuada, falta de justificación, equivocación substantiva o error sobre la base de una decisión estúpida, notoriamente equivocada o irracional”.

⁵¹⁷ EISENBERG, M.A., “The duty of good faith in...”, aludiendo a los elementos que conforman el deber de buena fe, señala que comprende la honestidad subjetiva y la no violación de los estándares de decencia generalmente aceptados aplicables a los negocios, junto con la no violación de las normas sociales generalmente aceptadas y la fidelidad.

relativo a la razón” entendiéndose que una decisión es irracional cuando resulte tan manifiestamente negligente que resulte inexplicable de forma que carezca de cualquier motivación que pueda justificar su adopción, pero también cualquier omisión que se produzca por el abandono de las obligaciones que exige la dedicación al cargo⁵¹⁸.

Por lo que respecta a la razonabilidad, debe entenderse como criterio axiomático y rector de la actuación del administrador que constituye un límite a la discrecionalidad así como la forma de evitar la impunidad de los gestores en la toma de decisiones empresariales. El criterio de la razonabilidad ha venido mereciendo una especial atención tanto en el *Common law*⁵¹⁹ como en el modelo continental⁵²⁰, especialmente en sede revisoria.

Una decisión es razonable cuando se muestra adecuada y conforme con la realidad del tráfico en relación con el objeto social de la empresa. En el juicio de razonabilidad se deberá estar al elemento concurrente mientras que el juicio de racionalidad desprecia la coyuntura desoyendo toda lógica motivacional. Así, en el caso de concurrir los presupuestos que hacen aplicable la *business judgment rule*, la actuación gestora se revisará desde el criterio de la racionalidad, lo que exige una actuación palmaria y manifiestamente negligente.

Por último, el presupuesto procedimental de la falta de negligencia grave impone para la aplicación de la regla, que la decisión haya sido adoptada sobre una base informada, con un procedimiento que no sea gravemente negligente lo cual incluye la falta de consideración de todos los factores que razonablemente tenga a su disposición el administrador.

Así entendida, como verdadera presunción de hecho, la *business judgment rule* impone al demandante la carga de desvirtuar la protección ofrecida a los administradores. En efecto, si la regla se incorpora como una presunción a favor de los administradores, son los demandantes los que deben refutar la presunción de diligencia, demostrando que no concurren los presupuestos de actuación diligente que se han presumido.

A menos que se demuestre la configuración de alguna de las condiciones negativas, la regla presupone que los administradores actuaron con el debido cuidado y que, por lo

⁵¹⁸ Así, en el referido caso *Aronson v. Lewis* de 1984, el tribunal excluye la aplicación de la regla de la *business judgment rule* cuando los administradores hayan abdicado de sus funciones o cuando, teniendo conocimiento de una determinada situación, no actúen.

⁵¹⁹ GUERRERO TREVIJANO, C, *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., pp. 271 ss., la razonabilidad es el estándar de delimitación al que aluden la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en Estados Unidos.

⁵²⁰ En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina italiana que han establecido como límite la discrecionalidad de los administradores el criterio de la *ragionevolezza*, de tal manera que, como señala BORGIOLO, A., *L'amministrazione delegata*., ed. Nardini. Centro internazionale del libro. Florencia, 1982, p. 246 "...la medida para establecer si el comportamiento del administrador excede o no los límites de su discrecionalidad será la razonabilidad de la decisión adoptada". En idéntico sentido, un amplio sector doctrinal en Alemania, v.gr., KORBBER, R. S., y BÜRGERS, T., *Heidelberger Kommentar Aktiengesetz*, ed. Buch. XXV, 2011., S. Gebunden, sostiene que la razonabilidad es el criterio que determina que un administrador debe tomar una decisión equilibrada desde un punto de vista racional. Nuestra jurisprudencia viene considerando que el criterio de la razonabilidad se quiebra cuando se rebasen los límites de la prudencia o cuando una determinada actividad no puede entenderse justificada por el tráfico y el objeto social de la sociedad en cuestión, lo cual sucede, principalmente, por la adopción de decisiones sin haber recabado toda la información necesaria. Así se señala, entre muchas otras, en STS de 11.10.1991, de 12.6.1995 o de 22.6.1995.

tanto, los jueces no deben intervenir. Se parte de que los administradores no son responsables y los jueces no deben entrometerse en su criterio empresarial correspondiendo entonces a los demandantes demostrar las circunstancias que permitan alejarse de ese punto de partida⁵²¹.

Ahora bien, si el demandante demostrara que los administradores no actuaron con racionalidad, con buena fe o sus decisiones implicaron negligencia grave, se producirá la inversión de la carga de la prueba de modo que serán los administradores los que deberán demostrar la razonabilidad de la decisión *-entire fairness standard-*⁵²². Por tanto, en las acciones de responsabilidad contra los administradores, los demandantes tendrán que demostrar que no concurren los presupuestos de aplicación de la *business judgment rule*, en cuyo caso se desvirtúa la presunción contenida en la regla y estos quedarán sometidos al *entire fairness standard*, invirtiéndose, de este modo, la carga de la prueba.

3.3.2. La regla de la discrecionalidad empresarial como doctrina de abstención, como excepción o como “puerto seguro”.

El “puerto seguro” *-safe harbor-* es la perspectiva que el *American Law Institute* y los Tribunales de Delaware dan a la *business judgment rule* y funciona como una previsión que reduce o elimina la responsabilidad si un sujeto ha actuado cumpliendo los presupuestos exigidos. Según esta postura, los tribunales no deben entrar a valorar las decisiones del gestor social absteniéndose pues, de hacerlo mientras los demandantes no demuestren la infracción de alguno de los presupuestos de aplicación de la regla de discrecionalidad empresarial⁵²³. Tal acepción de la regla crea una suerte “espacio de inmunidad” en la actuación del administrador que impone a los tribunales la abstención de revisar sus decisiones a menos que los demandantes puedan refutar la presunción en que se ampara la regla.

Así entendida, la regla *-como excepción-*, impone al administrador demandado la carga de invocar su protección y, adicionalmente, demostrar que concurren los presupuestos que permiten su aplicación. Por consiguiente, a diferencia de la acepción como estándar de revisión *-donde los demandantes deben demostrar que no concurren los presupuestos de aplicación de la business judgment rule-* la acepción de la regla como “puerto seguro” impone que deban ser los administradores los que deban demostrar que concurren los presupuestos exigidos para la aplicación de la regla⁵²⁴.

⁵²¹ Así, en el caso *Citron vs. Fairchild Camera and Instrument Corp.*, (Delaware, 1989) el tribunal concluye que el demandante no cumplió con la carga de establecer los hechos que permitan desestimar la presunción de la regla del *-buen- juicio* empresarial como una regla sustantiva de derecho que protege a los administradores y a sus decisiones. Y en el caso *McMullin vs. Beran*, (Delaware, 2000), el Tribunal exige a los demandantes que presenten las alegaciones de hecho que permitan rechazar la presunción procesal que supone la regla.

⁵²² Siguiendo la sentencia *Weinberger v. Uop, Inc.*, (Delaware, 1983) se aprecia que, dentro del examen que llevan a cabo los jueces para determinar si una determinada transacción cumple o no con el *entire fairness standard*, por una parte, analizan si se trata de un *fair dealing*, para lo cual examinan el proceso mediante el cual se adoptó la decisión, la negociación, la estructuración de la transacción y la información proporcionada. De otra parte, el juez observa si existió un *fair price*, para lo cual considera no solo el precio obtenido y pagado por la transacción, sino también las implicaciones económicas y de carácter financiero envueltas en la operación.

⁵²³ BAINBRIDGE, S.M., “The Business Judgment Rule as...”, cit., pp. 47 ss.

⁵²⁴ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 320.

De esta forma la alegación de la regla del buen juicio empresarial actúa como un *Voir Dire*, esto es, un “juicio dentro de un juicio” que permite a los administradores presentar las evidencias requeridas respecto de los presupuestos y requisitos de la regla. En este caso, y a diferencia del estándar revisorio, se parte de la responsabilidad de los administradores y la posibilidad de intromisión judicial y, a partir de ahí, será al administrador al que corresponderá acreditar las circunstancias que permitan alejarse de ese punto de partida. Si se considera cumplido, no se revisa la decisión y, por lo tanto, se entiende que el tribunal se abstiene de enjuiciar ese supuesto.

La acepción de la regla como “doctrina de la abstención” es la seguida, asimismo, en el Derecho alemán y, tal y como se formula expresamente en el §93.I.2 AktG, la regla constituye una delimitación del contenido del deber de diligencia de los administradores⁵²⁵. Ello determina también la fijación de un espacio sin responsabilidad en la medida en que, si se acredita el cumplimiento de los presupuestos de aplicación de la regla, ha de entenderse que el administrador ha cumplido su deber de diligencia⁵²⁶.

Sin embargo, a ello va indisolublemente vinculado que es el propio administrador quien ha de acreditar que concurren los presupuestos de aplicación de la regla⁵²⁷. Es decir, en Derecho alemán, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial actúa como “puerto seguro” de manera similar a la construcción de la regla en los *Principles of Corporate Governance* del ALI, pero no se configura como una presunción de actuación diligente en beneficio del administrador, sino como un mecanismo de inimputabilidad en tanto permite excluir la antijuridicidad de la actuación de los administradores (la norma alemana, por tanto, no constituye simplemente una regulación de la distribución de la carga de la prueba sino que tiene un carácter sustantivo o material)⁵²⁸.

El análisis de la configuración y funcionalidad técnico-jurídica de la *business judgment rule*, tanto en Derecho estadounidense como en otros ordenamientos jurídicos, pone de manifiesto una notable disparidad de criterios que dificulta considerablemente la comprensión de la figura. Su construcción jurídica, previa en todo caso a la decisión sobre la conveniencia de su incorporación a un concreto ordenamiento jurídico, requiere determinar si la aplicación de la regla actúa sobre el nivel de determinación del cumplimiento de los deberes de conducta o sobre el nivel de la imputabilidad objetiva o subjetiva (culpabilidad) de la conducta llevada a cabo por el administrador; es decir, si debe configurarse como un criterio para delimitar o concretar el contenido del deber de diligencia o como un mecanismo de inimputabilidad o de exoneración de la responsabilidad por falta de culpa.

A su vez, cabe asimismo determinar si técnicamente constituye un presupuesto de procedibilidad, una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, o una delimitación sustantiva del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores. Y finalmente habrá también que determinar, cualquiera que sea la configuración técnico-jurídica por la

⁵²⁵ Dispone el §93.I.2 AktG que “no existe contravención del deber (de diligencia) cuando razonablemente pueda aceptarse que, en relación con una decisión empresarial, el miembro de la Dirección actúa sobre la base de una información adecuada y en beneficio de la sociedad”.

⁵²⁶ Véanse, entre otros, a HABERSACK, M., “Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung”, *ZHR*, núm. 177, 2013, pp. 797 ss., y a KRIEGER, G., “Organpflichten und Haftung...”, cit. pp. 48 ss.

⁵²⁷ Entre otros, FEST, T., “Darlegungs – und Beweislast bei Prognoseentscheidungen im Rahmen der Business Judgment Rule”, *NZG*, 14, 2011, pp. 541 ss., V. FALKENHAUSEN, J., “Die Haftung ausserhalb der Business Judgment Rule”, *NZG*, 17, 2012, p. 650 ss.

⁵²⁸ KRIEGER, G., “Organpflichten und Haftung in...”, cit., p. 51.

que se opte, quién debe soportar la carga de la prueba de la concurrencia (o de la no concurrencia) de los presupuestos para la aplicación de la regla⁵²⁹.

Conforme a la redacción literal del art. 226.1 LSC, se podría afirmar que la intención del legislador ha sido acoger el segundo modelo, el de la doctrina de la abstención, puesto que se afirma que “el estándar de diligencia se considerará cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y en el marco de un procedimiento de decisión adecuado”⁵³⁰. En consecuencia, parece que la fórmula escogida por el legislador es la de la abstención o no revisión de las decisiones de los administradores que cumplan aquellos presupuestos, pues en tal caso se considerará cumplido el estándar de diligencia y no se podrá entrar a valorar si la decisión era o no acertada.

3.4. Presupuestos de aplicación de la Business Judgment Rule.

Como se ha señalado⁵³¹, la redacción del art. 226 LSC, que incorpora la regla a nuestro ordenamiento positivo, se antoja imprecisa y difusa, tanto en la delimitación de su ámbito material como en relación a los elementos que deben concurrir para su aplicación. La regla del buen juicio empresarial, como toda presunción, depende de la concurrencia de sus presupuestos de aplicación por lo que, de no concurrir los mismos, el administrador seguirá sujeto en su actuación a las exigencias de comportamiento derivadas del deber de diligencia.

En el presente apartado vamos a analizar los presupuestos de aplicabilidad de la *business judgment rule* que son de dos tipos; uno referido al ámbito material de la decisión sobre el que habrá de operar la discrecionalidad empresarial que se limita al “ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio” excluyéndose, por tanto, todas las decisiones y acuerdos que versen sobre materias distintas dentro de la competencia de los administradores, y otro formal, referido al modo en que la concreta decisión se adopte y se ponga en práctica por los administradores, que impone que la decisión haya sido adoptada de buena fe, de manera desinteresada, suficientemente informada y bajo el convencimiento de que era lo más conveniente para la sociedad y sus intereses, es decir, que en la toma de la decisión no se tenga en cuenta otros intereses distintos a los de la sociedad.

3.4.1. Ámbito material: “decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial”.

La formulación del precepto en cuanto a su ámbito material plantea dudas sobre el alcance efectivo de la discrecionalidad empresarial. De la literalidad del precepto se infiere que son dos los elementos que lo conforman: que se trate de una “decisión” -conducta activa- y que se produzca en el ámbito de la “discrecionalidad empresarial”. Con todo, cabe determinar a qué se refiere el precepto con el término “decisiones”, cuáles son las “decisiones estratégicas y de negocio” en el marco de las decisiones empresariales y si todas esas decisiones -de carácter estratégico o de negocio- quedarán cubiertas por la

⁵²⁹ RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento...”, cit., p. 66.

⁵³⁰ GUERRERO TREVIJANO, C., “La protección de la discrecionalidad empresarial...”, cit., p. 15.

⁵³¹ V. *Supra*. Apart. 3.3., p. 175.

regla o sólo algunas de ellas, presumiblemente las de mayor trascendencia en lo que atañe al funcionamiento de la empresa social.

Tal interpretación, más o menos amplia, tendrá especial trascendencia práctica en la medida en que, si se adopta el primer criterio, la discrecionalidad empresarial adquirirá una dimensión realmente amplia generando para los administradores un espacio de inmunidad que podría resultar excesivo, mientras que, de optarse por el segundo criterio, sería de gran relieve práctico delimitar con mayor precisión las decisiones estratégicas y de negocio amparadas por la regla⁵³².

Siendo el escenario propio de la regla de la *business judgment rule* el juicio de responsabilidad -como se ha señalado, debería estar integrado sistemáticamente en el capítulo V del título VI rubricado; “La responsabilidad de los administradores”- cabe advertir que la responsabilidad por infracción del deber de diligencia de los administradores en su actuación en el ejercicio del cargo alcanza a todos aquellos actos u omisiones que causen un daño directo a la sociedad o a socios o terceros y que sean consecuencia de una actuación negligente en el ejercicio de los deberes inherentes al cargo.

Son, pues, muy variadas las actuaciones de los administradores determinantes de responsabilidad pues, además de los deberes legales y estatutarios, la obligación en la gestión y representación de la sociedad alcanza a todo acto o acuerdo, que se traduzca en obligaciones de hacer o de no hacer, encaminados a la consecución del interés social y sujetos a la discrecionalidad empresarial. Quiere eso decir que un juicio discrecional por parte de los administradores es determinante pues la regla ampara la discreción y no el estricto cumplimiento legal o estatutario. Y ese ámbito de “discrecionalidad empresarial” quedará delimitado por todos aquellos actos que los administradores realicen por razón del ejercicio de su cargo en aras a la consecución del interés social y cuya observancia no venga impuesta por una norma de rango legal o estatutario.

Ahora bien, ello no quiere decir que la regla no comprenda los casos de obligaciones legales o estatutarias ya que incluso en las mismas, no se excluye cierto ámbito para la incertidumbre y, con ello, para la discreción. En tal sentido, es cierto que prácticamente todas las decisiones empresariales se toman en un marco legal de modo que la existencia de normas legales no impide afirmar que son decisiones discrecionales. Las leyes actúan como límites a la discrecionalidad pero rara vez ordenan u obligan a un empresario a adoptar una determinada decisión de negocio.

Piénsese, por ejemplo, en el referido art. 5 LC en virtud de cual los administradores están obligados a presentar el concurso si la sociedad no puede hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. Es una obligación legal. Pero el juicio acerca de si la sociedad podrá, en el futuro inmediato, hacer frente al pago de sus deudas y sobre las medidas de saneamiento más prometedoras, es un juicio empresarial de manera que la regla del art. 226.1 LSC cubre la decisión de presentar el concurso en un momento u otro dentro del plazo de dos meses que otorga la LC desde que se ha producido la situación de impotencia para pagar las deudas⁵³³.

⁵³² EMBID IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad empresarial...”, cit. pp. 110-111.

⁵³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA, J (Coord)., *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015, p. 330, afirma que “Son “decisiones

Lo que no comprende la *business judgment rule* son los incumplimientos de obligaciones legales o estatutarias cuyo contenido viene determinado en todos sus extremos, porque en estos casos los administradores carecen de margen para optar entre diferentes actuaciones alternativas. La conducta debida se resume en el resultado que la Ley o los Estatutos han previsto de modo que, si no hay margen de maniobra que deje resquicio a la discrecionalidad, no cabe aplicar la regla. Solo la seguridad total sobre el contenido prestacional requerido excluye la regla en la medida en que excluye la concurrencia de discreción⁵³⁴. Una decisión discrecional se opone a una decisión cuyo contenido venga determinado por la Ley o por los estatutos⁵³⁵.

Ahora bien, el art. 226 LSC, con la mención a las decisiones estratégicas y de negocio, ¿hace referencia únicamente a conductas activas o incluye las pasivas? No parece prudente entender que la inactividad pueda ser generadora de responsabilidad pues el efecto sería contrario a la creación de una esfera de protección de la actuación gestora que pretende la regla.

Eso sí, la inactividad como decisión activa, entendida como el resultado consecuente a una decisión voluntaria de no actuar, sí estará protegida por la norma pues constituye una decisión -si bien pasiva- que produce -o puede producir- efectos para la sociedad en idénticos términos que la decisión activa. Por consiguiente, la decisión de no actuar en el marco de la función gestora -y no la dejación en el ejercicio de sus funciones- está asimismo amparada por la regla de la discrecionalidad empresarial⁵³⁶.

estratégicas o de negocio” todas aquellas en las que no hay una norma legal, estatutaria o un acuerdo de la Junta que indique precisamente al administrador cómo ha de actuar» y añade, en la p331 señala que “la regla de juicio empresarial se aplica también a las decisiones que han de ser adoptadas obligatoriamente por los administradores cuando la ley no determina de modo completo la obligación y existen elementos de incertidumbre, prognosis y que requieran un juicio valorativo”. En cambio, DIAZ MORENO, A., “La *business judgment rule*”, en AAVV., *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, Gómez Acebo & Pombo, 2015, pp. 48 ss., afirma que “la regla no juega cuando se trate de decisiones de otro tipo como, señaladamente, las relativas a la gestión corporativa de la sociedad (campo en el que, por lo demás, la actividad de los administradores está sometida a específicas normas legales y estatutarias que dejan muy escaso margen a la discrecionalidad)”.

⁵³⁴ RECALDE CASTELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la *business judgment rule*” en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores...*, cit., pp. 245 ss.

⁵³⁵ Entendiendo el término estatutos como omnicompreensivo de la ordenación de régimen interno societario (reglamentos, códigos de conducta de régimen interno, acuerdos de junta, pactos, esto es, cualquier instrumento de ordenación interna). Así, si un acuerdo de junta impone una concreta instrucción -no vender un determinado activo, no participar en una *joint-venture*, no invertir en un país concreto-, la regla de la discrecionalidad empresarial no ampara las decisiones de los administradores en infracción de tal instrucción sin que, en ningún caso, pueda el administrador ampararse en que su decisión -infractora- era la idónea para el interés social. Al administrador, en tal caso, solo le salvará que su decisión no cause daños o que el daño no le sea imputable subjetivamente (porque, a pesar de actuar diligentemente para dar cumplimiento a la instrucción de la junta, no pudo evitar que se invirtiera en el país concreto o que la contraparte, por ejemplo, ejerciera una opción sobre el activo).

⁵³⁶ Supuesto de referencia en el marco del *common law* que prevé la extensión de la *business judgment rule* a omisiones de los administradores lo constituye el *Case Shlensky v. Wrigley –Illinois*, 1968-, sentencia que fue pionera en la interpretación de la actitud pasiva de los administradores como la toma de una decisión en sí misma, entendiendo que la falta de pronunciamiento respecto a una concreta cuestión debía de juzgarse como la decisión conscientemente adoptada por los administradores. En tal *case* se demandó al administrador del equipo de béisbol de los *Chicago Cubs* por negarse a decidir sobre la instalación de iluminación artificial en el estadio, determinado el tribunal que, el hecho de que el administrador no actuara era, en sí mismo, una decisión y por ello era de aplicación la *business judgment rule*.

Una decisión es la elección de la alternativa más adecuada, teniendo en cuenta todas las circunstancias, dentro de las que se presentan como factibles. Los administradores son responsables de sus actos, acciones y omisiones y la protección que la *Business judgment rule* les otorga debe alcanzar sólo a los actos que sean decisiones empresariales. Es decir, aquéllos en los que los administradores disfrutan de un margen de discrecionalidad que les permite optar entre diferentes alternativas. Lo que la ley exige es que las decisiones se tomen con información suficiente, sin interés propio y dentro de un procedimiento adecuado imponiendo, por tanto, criterios profesionales en la toma de decisiones y será responsabilidad de los administradores tomarlas de esta manera.

Las decisiones de los administradores se adoptan siempre en escenarios de incertidumbre y, en consecuencia, los resultados pueden ser favorables o desfavorables para las partes interesadas. Resultará, por tanto, necesario establecer criterios para determinar cuándo los resultados adversos pueden imputarse a la calidad de las decisiones. Y como tal determinación es extraordinariamente difícil de realizar el legislador efectúa una sustitución y lo que enjuicia es si las decisiones fallidas se han adoptado, entre otros extremos, sin interés personal, con información suficiente y de acuerdo a un procedimiento adecuado⁵³⁷.

En cuanto al contenido de la decisión, esto es el carácter de la misma como “estratégica y de negocio”, no es fácil de precisar. Sin duda, constituyen ese tipo de decisiones las decisiones de inversión y de desinversión -en tecnología, en compras de empresas, en nuevo personal, en sectores concretos de la actividad de la empresa, etc.-. Pero también cualesquiera que afecten al futuro de la sociedad en las que los administradores actúan con un margen de incertidumbre y deben ponderar las potenciales consecuencias que podrían producirse. Incluso las relativas al impulso a una modificación de estatutos o a la realización de modificaciones estructurales, etc, pueden entrar en el ámbito de decisiones estratégicas y de negocio amparadas por la regla.

Una interpretación más restrictiva pasaría por entender que por “decisiones estratégicas y de negocio” la fórmula legal se está refiriendo a decisiones de negocio en sentido estricto y a aquellas otras decisiones comprendidas dentro de la estrategia empresarial y de negocio de la sociedad -como planes estratégicos de desarrollo empresarial, planes de expansión, adquisiciones, fusiones, reestructuraciones, etc- que entren dentro de la esfera de la discrecionalidad de actuación de los administradores. Esto, no obstante, entraría en conflicto con lo prevenido en el art. 225 LSC que, al referirse al deber de diligencia, establece como obligación esencial de los administradores la adopción de “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”.

Otros ordenamientos continentales⁵³⁸ que aplican asimismo los principios de protección de la discrecionalidad gestora utilizan el concepto de “decisiones empresariales”,

⁵³⁷ ALEJOS GARMENDIA, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad...”, cit., p. 96.

⁵³⁸ Así el § 119.2 del *Aktiengesetz –AktG-* alemán que regula la responsabilidad por negligencia de los administradores estima que una actuación diligente opera únicamente cuando se trata de decisiones empresariales, esto es, relativas a la gestión de la sociedad y en la que los administradores tienen cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir “*Unternehmerische Entscheidung*”. La jurisprudencia alemana ha tratado de precisar el concepto de decisión empresarial, entre otros, a través del caso *ARAG/Garmenbeck –BGHZ 135. 1997, p. 244-* según el cual los actos de gestión son aquellos que están exclusivamente orientados a perseguir el interés social, que están fundados en informaciones adecuadas y que no sobrepasan los límites en cuanto a asunción de riesgos razonables se refiere, ni se toman de manera irresponsable ni cuando su actuación puede ser calificada como incumplimiento de sus obligaciones. Se

concepto mucho más amplio que las decisiones “estratégicas y de negocio” de suerte que, en su seno, cabe integrar a todos aquellos actos directamente encaminados a la consecución del objeto social, ya sean actos de gestión ordinaria o extraordinaria, así como las decisiones y actuaciones relativas a la gestión y organización interna de la sociedad.

Por consiguiente, la regla de la discrecionalidad empresarial ampara los actos u omisiones conscientes -decisiones de no actuar- de los administradores entendidas como decisiones empresariales en sentido amplio, esto es, aquéllas en que los administradores gozan de un margen de discrecionalidad que les permite elegir entre diferentes decisiones alternativas, sean decisiones de gestión en sentido estricto o en el más amplio concepto de la función gestora.

Y en el marco de tal función gestora cabe incluir tanto las decisiones directamente encaminadas a la consecución del objeto social, como determinadas decisiones de organización o funcionamiento interno de la sociedad, si bien no aquellas que deriven de deberes legales o estatutarios no sometidos a discrecionalidad, sino las que sean expresión del deber genérico y autónomo de diligente administración⁵³⁹.

3.4.2. Ámbito formal: modo de adopción de la decisión.

Respecto al modo de adopción de la decisión, si no concurren los requisitos señalados en la formulación legal de buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento adecuado, se infringe el deber de diligencia y, por consiguiente, los administradores pueden ser responsables si bien ello no implica la automática declaración de responsabilidad de éstos. En efecto, por el simple incumplimiento de los presupuestos de aplicación de la regla de la *Business Judgment Rule* no se declara la responsabilidad de los administradores, sino que se pierde el beneficio de la inmunidad de la decisión gestora. A partir de este momento el juez está autorizado para analizar el fondo de la decisión empresarial causante del daño. Los presupuestos señalados se examinan a continuación.

3.4.2.1. Actuación de buena fe.

El primero de los caracteres de la decisión que permite dar por cumplidas las exigencias de la diligencia es el de actuar de buena fe el cual es un elemento propio del deber de lealtad. En la medida en que, como se ha señalado, los administradores sociales en su condición de gestores de intereses ajenos se encuentran en una posición fiduciaria respecto de su principal y sujetos en su actuación a los deberes fiduciarios, puede parecer que establecer como presupuesto para la aplicación de la *business judgement rule* el hecho de que el administrador haya actuado “de buena fe”, sea reiterativo.

establece así, no una definición. Sino un conjunto de elementos configuradores del concepto de “decisión empresarial”. La doctrina y jurisprudencia italiana han delimitado, en similares términos, las decisiones que entran, o no, en la esfera de protección de la regla sobre la base de la incuestionabilidad de las decisiones de los administradores siempre que no rebasen los límites de la razonabilidad. Así se expresa la Sentencia del Trib. Milan de 2 marzo de 1995, foro It., 1995, I, p706, que sitúa en los criterios de la razonabilidad y el deber de conseguir la realización del objeto social, como límites a la discrecionalidad de los administradores.

⁵³⁹ GUERRERO TREVIJANO, C., “El deber de diligencia de los administradores...”, cit., p. 250 ss.

El requisito de actuación “de buena fe”, al objeto de dotarlo de sustantividad propia, debe interpretarse, no como norma de conducta objetiva⁵⁴⁰ que exige comportarse según un modelo determinado, sino desde una concepción subjetiva⁵⁴¹ -que parte de la convicción o creencia del administrador de estar actuando en el mejor interés de la compañía al adoptar la decisión-, ya que la revisión de la actuación conforme a la concepción objetiva de la buena fe⁵⁴² sería en este caso coincidente con la propia revisión del cumplimiento con el deber de diligencia⁵⁴³.

El juicio subjetivo de la buena fe con que se adopta la decisión no excluye el juicio de la proporcionalidad de la misma pues, una cosa es la convicción personal de la bondad de la decisión y otra, que la regla ampare decisiones que, creyéndolas aquél “buenas” para la sociedad, resulten disparatadas, absurdas, irracionales, despilfarradoras y visiblemente inadecuadas para preservar o aumentar el valor de la compañía⁵⁴⁴. No obstante, el nivel de riesgo lo decide el administrador que deberá ponderar las circunstancias concurrentes considerándose fuera del ámbito de aplicación de la regla la asunción de un riesgo absurdo, disparatado o irracional que ponga en peligro la solvencia de la compañía⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ A la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva se hace referencia, en sede de deber de lealtad, en el Cap. IV, Apart. 3.2.2., p. 212 y ss.

⁵⁴¹ Acerca de la concepción subjetiva de buena fe, por todos DÍEZ PICAZO, L., *El principio general de la buena fe.*, ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 19, “La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma”. Para DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe. Sus aplicaciones...*., cit., p. 57, “La buena fe subjetiva se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la misma...consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho”.

⁵⁴² Esto es, como se ha comentado, en su sentido objetivo de “rectitud y honradez en el trato y criterio al que las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos” DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Bosch, Barcelona, 1963, p. 143.

⁵⁴³ Cabe señalar que, en el marco del *Common Law*, se tiende modernamente a extender la concepción subjetiva de la buena fe hacia estándares más objetivos en garantía de que la decisión adoptada, pese a haber respetado el cauce procedimental al efecto, sea incoherente o irracional de modo que no haya contemplado la consecución del interés social –doctrina del *corporate waste*–. Así, se ha señalado que una guía para decidir si la decisión fue adoptada con buena fe subjetiva dirigida a la consecución del interés social o con mala fe para avanzar sus propios intereses es el de la existencia de desproporción entre el beneficio para la compañía y el beneficio “reflejo” obtenido por el administrador. Si el beneficio particular que obtiene el administrador es muy elevado y el beneficio potencial para la compañía reducido, será un indicio de que la decisión ha sido adoptada en conflicto de interés y que la actuación del administrador no respondía a la buena fe. En sentido contrario, las decisiones arriesgadas quedan cubiertas por la regla.

⁵⁴⁴ Una sentencia pionera en el juicio de diligencia de una decisión irracional fue la que se dio en el *case Selheimer v. Manganese Corp. Of America (Supreme Court of Pensilvania, 1966)* que resolvió una decisión disparatada y carente de “*any rationally business purpose*” consistente en la decisión de unos administradores de invertir en la construcción de una factoría sabiendo que no podría producir beneficios porque no tenía acceso a un ferrocarril con el que transportar lo producido y carecía de áreas de almacenamiento.

⁵⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad...”, cit., p. 334. En el sentido de la asunción de riesgos, hace hincapié el autor en los mecanismos de control preventivo de los mismos cuya inobservancia generará una infracción del deber de diligencia. En tal sentido, señala que “la realización de una *due diligence* constituye una exigencia del desempeño diligente de sus funciones por los administradores de la sociedad que realiza una adquisición de una empresa de modo que su omisión puede generar responsabilidad si se derivan daños en forma de haber pagado un precio excesivo o aparecer pasivos una vez que se ha ejecutado la transacción”. En relación a la *Due Diligence*, HERNANDO CEBRIÁ, L., “El procedimiento de negociación de la compraventa y de otras transmisiones de PYMES: *due diligence*” en HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord.), *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 74-75., señala el autor que “El proceso de *Due Diligence* aparece al Derecho como una medida de prudencia que se traslada al inversor en su obligación

Sin ánimo de tratar con mayor profundidad la cuestión -lo que se hará al abordar el tratamiento del deber de lealtad- sí cabe señalar que la exigencia de buena fe, en un sentido genérico, impone que la conducta de uno con respecto a otro con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija. En consecuencia, constituye una noción omnicomprendensiva que genera un flujo “de dentro a fuera” y viceversa, esto es, desde el juicio interno del cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia y convicción subjetiva hacia el juicio externo u objetivo a través de la exteriorización de aquél juicio interno una vez sea debidamente contrastado con los valores objetivos de la moral, honestidad y lealtad⁵⁴⁶.

La aplicación de la doctrina de la *business judgment rule* supone admitir una presunción de buena fe a menos que los demandantes puedan probar mala fe en la conducta de los administradores. Y, en tal sentido, al invocarse la mala fe al interponer acciones de responsabilidad contra los administradores, se tendrá que aportar cumplida prueba que rebata la presunción de buena fe a través de alegaciones que podrán fundamentarse en acciones interesadas, decisiones no independientes, decisiones desinformadas, pretensiones de afianzamiento en situaciones de poder, etc.

Sea como fuere, para poder aplicar la regla del juicio empresarial el artículo 226 LSC establece la buena fe como presupuesto esencial lo que se hace también en la concreción del deber de lealtad⁵⁴⁷. Ahora bien, e independientemente de la consideración de la buena fe como deber o como parte del contenido esencial de la diligencia o la lealtad, lo cierto es que es un principio rector esencial de la conducta debida por los administradores en el

de informarse sobre las características del objeto contractual. En un principio, según nuestros esquemas contractuales tradicionales, la imputación de la eventual responsabilidad respecto del objeto recae, fundamentalmente, en el oferente o transmitente, de modo que sobre él incidirán las sanciones derivadas de las reglas generales del error, del dolo, de la lesión, o las garantías legales de evicción o vicios ocultos. Sin embargo, el realismo que inspira el sistema del *Common Law* y la falta de previsión legal, siquiera supletoria, imponen al inversor una especial medida de “diligencia debida” a fin de tutelar su posición jurídica. Surge así un cierto estándar de cuidado que se requiere de la actividad esperada y de común ejercitada por todo hombre prudente en la gestión de sus negocios. Por ello se ha de tener presente que la adopción de este sistema contractual parte de una distinta atribución de responsabilidades en la contratación mercantil, para compensar así la falta de un específico régimen de protección a favor del adquirente”. Por su parte, en relación al concepto del proceso de *Due Diligence*, señala la SAP de Madrid núm. 338/2006, Sección 20, de 14 de julio, que señala que dicho proceso “designa el conjunto de trabajos de investigación o comprobación de las diferentes áreas de una sociedad realizado por el interés de un potencial inversor en el proceso de evaluación y valoración de una inversión en una empresa, proceso que debe llevarse a cabo con anterioridad a la firma, por las partes, de acuerdos vinculantes y que, en la práctica mercantil, no suele iniciarse hasta que las partes hayan acordado, al menos, un principio de acuerdo sobre las bases esenciales de la operación, principio de acuerdo que suele plasmarse en un documento que recibe el nombre de carta de intenciones (o *Engagement letter*).”

⁵⁴⁶ El carácter del principio de la buena fe en nuestro ordenamiento como principio ontológico e integrador ha sido reiteradamente proclamado por la jurisprudencia así, v.gr., la STS 502/2012, de 3 de septiembre, establece que “el carácter fiduciario de la relación que vincula el administrador con la sociedad -en la que el estándar de la buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación- determina que, en ciertas circunstancias, aquel, sin embargo haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe”. En efecto, la buena fe se concibe como recurso integrador idóneo para abrazar todas las actuaciones que se apartan de los modelos genéricos de actuación en el tráfico de suerte que se convierta en la solución a las lagunas legales y convencionales que puedan concurrir. Lo que no esté previsto se resolverá mediante su aplicación para que ninguna controversia quede por irresoluta.

⁵⁴⁷ Así, la STS 5027/2012, de 3 de septiembre, señala que “las conductas contrarias al estándar de la buena fe se encuadran dentro de la deslealtad, dando lugar a supuestos de responsabilidad por deslealtad”.

ejercicio de sus funciones. En tal sentido, si se infringe una obligación legal o estatutaria o en contra del interés de la sociedad la conducta se tipificará como desleal y los jueces entrarán a valorarla. Si, en cambio, la decisión empresarial se considera razonable, la información recabada suficiente y con ausencia de interés personal, el juez no podrá entrar a valorarla pues entrará en el ámbito de aplicación de la *business judgment rule*.

El deber de buena fe no está exento de contienda doctrinal pues se ha transitado desde su concepción como principio fundamentador e integrador de los deberes de diligencia y lealtad hasta su consideración como deber autónomo e independiente de los anteriores⁵⁴⁸. No obstante no se puede exigir responsabilidad por infracción del deber de buena fe sino que las acciones de responsabilidad por infracciones de los deberes de los administradores deben fundamentarse en la vulneración de alguno de los deberes que sí están reconocidos como tales, esto es, diligencia o lealtad, de manera que la pretendida responsabilidad por mala fe debería integrarse en una demanda por infracción de aquéllos deberes⁵⁴⁹.

La determinación de si una actuación está regida por la buena o por la mala fe es una tarea de gran complejidad de modo que se ha señalado que para vencer la presunción de buena fe debe entenderse que las decisiones cuestionadas se alejan tanto de lo que se consideraría una actuación razonable que no podría haber más explicación que la mala fe de los que las tomaron. En todo caso, la valoración de las conductas deberá descender siempre al supuesto de hecho desde el análisis casuístico.

Por consiguiente, la determinación de que una conducta se ha adoptado con mala fe, sin perjuicio de sus implicaciones en el ámbito del deber de lealtad -y siempre en sede de aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial que ahora se trata- hará que los administradores no podrán esgrimir la protección que la regla les dispensa y su conducta se someterá, sin limitaciones, al juicio revisorio de responsabilidad.

3.4.2.2. Ausencia de interés personal en el asunto objeto de decisión.

En estrecha relación con la actuación de buena fe y conectado en el propio núcleo del deber de lealtad se recoge, ahora en sede de deber de diligencia, el presupuesto de la ausencia de interés personal en el asunto objeto de decisión, para la aplicación de la *business judgment rule*. La proyección o el alineamiento con un interés distinto del interés de la compañía supone, para el administrador, incumplir directamente la obligación esencial que deriva de su contrato con la sociedad: hacer prevalecer el interés social sobre el propio en su actuación como administrador.

⁵⁴⁸ Así se ha hecho por algunos sectores de la doctrina norteamericana que sostienen que, a diferencia de la gran mayoría de ordenamientos continentales que consideran la buena fe como un principio general del derecho que determina el correcto ejercicio de los derechos, conciben la buena fe como un deber que, más allá de integrarse en el ejercicio de todos los deberes del administrador, se independiza de aquellos mostrándose individualizado y autónomo. Así lo hace EISENBERG, M., “The duty of good faith in...”, cit., p. 1 ss., el autor recalca la importancia de la buena fe hasta el punto de considerarlo un deber autónomo e independiente de los de diligencia y lealtad. En idéntico sentido se pronuncia SALE, H., “Delaware’s good faith”, *Cornell. L.R.*, 2004. No obstante, hay que poner de manifiesto que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria viene considerando, desde la sentencia *Stone v. Ritter -Delaware*, 2006- que la buena fe integra el contenido de la lealtad de los administradores y que no constituye un deber en sí mismo independiente.

⁵⁴⁹ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los...*, cit., p. 308.

En efecto, el art. 226.1 LSC impone que la decisión se tome “sin interés personal en el asunto objeto de decisión”. La incorporación de este presupuesto se explica, de nuevo, por la transposición de los requisitos jurisprudenciales de la regla de exoneración identificados y desarrollados en el ámbito anglosajón. Sin embargo una vez más debe plantearse si la conjugación de dichos requisitos con otros principios e instituciones ya presentes en nuestro ordenamiento suponen un elemento de novedad o reiterativo respecto a lo ya existente.

Así, la previa regulación del deber de lealtad en el ordenamiento español y el desarrollo de su contenido realizado por doctrina y jurisprudencia, hacen que el análisis de la concurrencia de este requisito para acceder a la exoneración de responsabilidad por infracción del deber de diligencia sea reiterativo respecto al control de cumplimiento con las exigencias del deber de lealtad por los administradores⁵⁵⁰.

En este sentido, el concepto de “conflicto de intereses” acuñado en sede de deber de lealtad ya engloba al “de actuación sin interés personal en el asunto objeto de decisión” de la *business judgement rule* e importado del ámbito anglosajón, por lo que de nuevo la presencia del mismo, por constituir infracción de un precepto legal -art. 228 en relación con el art. 227 LSC- ya es por sí mismo causa de desactivación de la presunción de diligencia.

Estamos pues, nuevamente, ante un elemento propio del deber de lealtad de modo que, cuando se da preferencia al interés de terceros o propio pueden incurrir en responsabilidad por negligencia debiendo resarcir los daños causados e incluso restituir los beneficios obtenidos a expensas de la sociedad por vulnerar su deber de lealtad⁵⁵¹. De esta forma lo que en el art. 226 LSC se articula como un requisito para la aplicación de la *business judgement rule*, una vez verificada la concurrencia del presupuesto de hecho para la aplicación de la misma, constituye en realidad, y fruto de su interpretación integrada con respecto a la regulación del deber de lealtad, una condición previa para la concurrencia del presupuesto de aplicación de la regla de exoneración⁵⁵².

Sin perjuicio de un análisis profundo de los diversos supuestos conflictuales cuando se aborde el examen del deber de lealtad, la obligación de evitar conflictos de intereses opera, desde la perspectiva de la diligencia, como pauta para orientar el comportamiento diligente de los administradores que deben proceder con neutralidad, independencia e imparcialidad evitando prestar atención o ceder ante intereses que sean ajenos a su criterio rector de actuación, esto es, el interés social.

Así, desde la perspectiva de la diligencia debida, el actuar sin interés personal que impone el art. 226.1 LSC como presupuesto de aplicación de la sombra protectora de la *business judgement rule*, es la necesidad de que el administrador actúe de manera imparcial, autónoma y en el juicio valorativo pondere los intereses en juego para que, una vez identificado el interés social, se decante por la decisión que responda a la tutela del mismo.

Es decir, del deber de lealtad se deriva la obligación de perseguir el interés social y aquí no priman intereses ajenos sobre intereses de los socios contrariamente a lo que sucede

⁵⁵⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los Deberes de los administradores...*, cit., pp. 91 y 92.

⁵⁵¹ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., p. 91.

⁵⁵² GOMEZ ASENSIO, C., “El alcance efectivo de la *business judgement rule* en el...”, cit., p. 7.

con el deber de diligencia de los administradores en su tarea de persecución del interés social. Aquí sí que se produce una ponderación de intereses y se decide razonablemente que es lo mejor para la sociedad pero siempre respetando la prioridad del interés social, el cual es prioritario. En esta dirección actúa la regla del juicio empresarial en nuestro ordenamiento cuando permite en la gestión una actuación discrecional de los administradores, aunque limitándolo a la razonabilidad y, respetando siempre el deber de lealtad.

Como consecuencia de cuanto antecede, para que las conductas queden protegidas por la regla del juicio empresarial deberán haberse tomado de manera responsable y seleccionando, dentro del margen de actuación discrecional reservado al administrador, la actuación racional y razonablemente consecuente a las exigencias del interés social.

Es aquí donde se encuentra el límite de la aplicación de la *Business Judgment Rule* de suerte que adoptar decisiones irresponsables o en contra del interés de la sociedad no exonerará a los administradores que deberán responder por la infracción del deber de lealtad. Mediante el deber de lealtad se impone el interés social y se protegen los intereses de los socios y, mediante el deber de diligencia se pueden tutelar intereses de terceros ajenos a la sociedad al obligar a los administradores a gestionar de manera razonable y responsable⁵⁵³.

Ahora bien, en el ámbito del deber de diligencia, el tratamiento del conflicto de interés está reservado, no a situaciones que caen bajo el reproche del deber de lealtad, sino en el marco de una actuación negligente por dedicar más tiempo y esfuerzo a sus intereses personales o a los de terceros en lugar de enfocar sus esfuerzos en el desarrollo de su actividad de gestión de manera diligente. Y en ese marco de la apreciación de la conducta gestora se mueve el art. 226.1 LSC cuando refiere a este presupuesto para la aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial.

Consecuente con lo anterior, cuando un administrador actúe motivado por la consecución de objetivos o ventajas personales para sí o para terceros -teniendo, por tanto, un interés en la operación concreta-, obteniendo cualquier tipo de beneficio a expensas de la sociedad que gestiona, estaremos en el ámbito del deber de lealtad⁵⁵⁴ que es un deber de carácter imperativo -art. 230.1 LSC- y, por tanto, indisponible y que no admite modulación alguna en cuanto al grado de responsabilidad que se deriva de su incumplimiento.

De ahí que el art. 226.2 LSC excluya la aplicación de la regla si se infringe el deber de lealtad tratando pues de excluir decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, las cuales no se consideran incluidas en la discrecionalidad empresarial.

3.4.2.3. Información suficiente.

Nos hemos referido ya al deber de informarse de la marcha de la sociedad como un elemento nuclear del deber de diligencia del administrador en una doble perspectiva,

⁵⁵³ Un detenido examen relativo a las diferencias entre el deber de lealtad y el deber de diligencia se realiza en *Infra*. Cap IV, Apart. 4., pp. 239 y ss.

⁵⁵⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 131 ss.

como derecho y como deber⁵⁵⁵. Conviene ahora referirnos a la información como deber en el marco de la responsabilidad, ya que el control de los flujos de información de la empresa es, como se ha dicho, la principal obligación del gestor de la misma debiendo desplegar la actuación que, en su caso, convenga para mantenerse informado de ahí que se pueda identificar a la desinformación con la negligencia. En tal sentido se viene pronunciando la jurisprudencia en la medida en que la negligencia, como infracción del deber de información, constituye la principal motivación en las demandas de responsabilidad contra los administradores sociales⁵⁵⁶.

En sede de responsabilidad, baste señalar que el deber de información no puede limitarse a la mera actitud pasiva de recibir información, sino que ha de implicar cierta actividad de los administradores encaminada a conseguir toda la información que sea relevante para la toma de sus decisiones⁵⁵⁷ evitando a la figura del “administrador durmiente” o el que pretende una intervención en la información a través de terceros⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ V. *Supra*. Cap.III. Apart. 2.3.5, pp. 147 y ss.

⁵⁵⁶ Entre muchísimas otras, STS de 17.3.2011, STS de 19.5.2011, STS de 7.3.2012. La SAP de Sevilla de 3.11.2015 pone un vigoroso énfasis en el deber de información de los administradores y, por virtud del mismo, en su obligación de conocer la situación de la empresa y por ende, de estar informados de recabar la información precisa. En tal sentido señala que “afirmar como hacen los demandados que no conocieron la situación real de la entidad...no puede más que calificarse como propio de un desordenado comerciante, que es imposible que les pueda justificar y amparar...Ello es contrario a un ordenado empresario, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, ya que entre sus deberes figura el de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. La SJMerc nº 2 de Bilbao de 27.7.2015 señala que “uno de los deberes inherentes al cargo de administrador es el de informarse antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar a la sociedad ya que lo contrario supondría gravísima negligencia”. Por su parte, la SAP de Madrid de 25.11.2011 señala que “La aceptación y desempeño del cargo de administradora por parte de la recurrente conllevaba la asunción de una responsabilidad en la gestión de la que no podía hacer dejación, ya que quedaban en sus manos intereses no sólo de los propios socios sino también de terceros acreedores. Por lo que su desentendimiento, sin aportación de justificación suficiente para ello, cuando le competía tomar decisiones y actuar impide que pueda eximirse de responsabilidad, no siendo admisible que aduzca la falta de conocimiento de lo relacionado con la sociedad que, de ser cierto, se habría ocasionado por su propia falta de diligencia. Si el desconocimiento que aduce de la situación de la sociedad lo es por su inhibición en sus funciones como administrador social, ello no podrá utilizarlo nunca para eludir responsabilidades frente a tercero, como lo es el acreedor perjudicado. No puede admitirse al que incurre en una palmaria infracción de sus más elementales deberes el que pretenda aducir luego la ignorancia como motivo de defensa Precisamente la omisión es uno de los comportamientos que puede generar responsabilidad civil. Le era exigible la realización de un comportamiento activo y las consecuencias legales para el comportamiento omisivo en tal caso son muy severas, ya que si no adoptaba, en tiempo y forma, las iniciativas precisas para promover la disolución social pasaba a responder de modo solidario de las deudas sociales”.

⁵⁵⁷ La SAP de Barcelona de 19.1.2012 señala acertadamente que “El deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad se impone a cada uno de los administradores, tanto al ejecutivo como al que no lo es. Este deber, que es una concreta manifestación de la diligencia expresada en el modelo de conducta de un “ordenado empresario” obliga, de un lado, a ejercer el cargo efectivamente y, de otro, a ejercerlo conforme a este patrón o estándar de comportamiento en el cuidado de la gestión social, pues su tarea es de carácter empresarial. Su actividad gestora, que necesariamente incluye información y vigilancia constante, y que implica la responsabilidad frente a socios y terceros así como la asunción de las cuentas anuales mediante su firma en ellas, ha de estar presidido por el calificativo de “ordenado” que presupone un orden y organización que han de aplicar los administradores a la generalidad de su actuación positiva conformando una regular y prudente buena administración”

⁵⁵⁸ Como sostiene MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los consejeros en la...*, cit., p. 152, el derecho-deber de información tiene carácter individual -no así el derecho a recibir información que tiene carácter colectivo- de suerte que será cada administrador el que tendrá la obligación de informarse personalmente sobre la marcha de la sociedad. No cabe admitir pues, que tal derecho y deber pueda ejercitarse a través de un tercero porque ello conculcaría la propia naturaleza de la figura ya que ésta se

Impone por tanto, el análisis de la calidad de la información recibida, de su suficiencia y su transparencia así como el deber de investigación y vigilancia de la verdadera situación o marcha de la empresa cuando, de la información obtenida, se alberguen dudas o se cuestione la situación empresarial.

La protección que ofrece la *business judgement rule* se condiciona también a que la decisión se adopte con información y asesoramiento suficiente, en el más amplio sentido. No se precisa la cuantía de la información exigible. La norma se limita a obligar que sea “suficiente”, aunque no cabe obligar a que la información sea completa en términos absolutos, ya que siempre sería posible disponer de más información. Será tarea de los administradores la de determinar el volumen de información que se considera “suficiente”, y también deberán sopesar en cada caso los costes de generar esa información y los beneficios que pueden obtenerse con ella.

Para que la información sea “suficiente” la actuación del administrador en el proceso de obtención de información, deberá responder al criterio de la razonabilidad. Dicho criterio, que, como se ha señalado, es igualmente aplicable a la hora de determinar la actuación de los administradores en beneficio del interés de la sociedad, es nuevamente y como en todos los casos en los que los estándares de conducta se recogen en modelos paramétricos, eminentemente casuístico.

El juez a la hora de valorar la decisión se centrará en la razonabilidad y en la información suficiente. Si la decisión es razonable y se ha informado como debía no se podrá responsabilizar al administrador y quedará amparado por la regla de la discrecionalidad empresarial. En otro caso, no intervendrá su amparo y el juez podrá entrar a conocer sin limitaciones.

En el marco de la obtención de la información suficiente para la toma de decisiones hay que señalar que la línea que separa la “desinformación” de la “sobreinformación” debe aparecer, al descender al caso, debidamente delimitada de suerte que, o bien se ignore lo extremos de lo que deba ser objeto de la decisión porque se carece de la información que permita un pronunciamiento motivado, o bien se esté recabando información que nada aporta y que genera un coste innecesario e inútil para la adopción de la decisión.

La desinformación consciente en la toma de decisiones puede suponer un supuesto de negligencia por infracción del deber de información en el marco del deber de diligencia pero también un supuesto de infracción del deber de lealtad en los supuestos de que la desinformación sea premeditada y con una finalidad extractiva⁵⁵⁹. La sobreinformación consciente puede suponer una infracción de las exigencias propias de la buena fe -cuando la “sobreinformación” responda a propósitos ajenos y susceptibles de provocar escenarios conflictuales- lo cual situaría el supuesto en el marco del deber de lealtad.

enmarca en la obligación del administrador de estar al corriente de cuanto acontece en la sociedad que gestiona y tomar las decisiones en base a esa información.

⁵⁵⁹ NAVARRO MASIP, J., “La doctrina de la ignorancia deliberada: presunción de dolo?”, *RD. Ar.*, núm. 3/2012, pp. 2 ss., sostiene que “La denominada «teoría» o «doctrina» de la «ignorancia deliberada» tiene su origen en el derecho angloamericano (*willful blindness*). Dicha doctrina fue introducida con esa expresa denominación por nuestra Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante la Sentencia núm. 1637/1999 de 10 enero (RJ 2000, 433) y se está convirtiendo (...) en la base de la argumentación que sostiene la concurrencia dolo. Dicha teoría supone incluir en el concepto de dolo las situaciones de «ignorancia deliberada», entendiéndose como tales aquellos supuestos de «no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación”.

3.4.2.4. Con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Directamente relacionado con el proceso de obtención de información o de formación del criterio que motive la decisión está la exigencia de un procedimiento de decisión adecuado. Los administradores que actuaron de manera cuidadosa, llevando a cabo un adecuado proceso de información antes de la toma de sus decisiones estarán protegidos independientemente del acierto o desacierto de aquéllas. Esto se traduce en la adopción, como criterio de interpretación de la exigencia de “información suficiente”, de la teoría del *due care process* propia del derecho anglosajón que vincula la aplicación de la regla a la racionalidad del proceso de adopción de la decisión⁵⁶⁰.

La exigencia de que la decisión se haya adoptado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado impone considerar, a la hora de valorar la diligencia de las decisiones tomadas, no tanto el contenido de la decisión en sí misma, como el proceso de toma de la decisión. Se tienen en cuenta las razones sobre las que los administradores fundaron su decisión, si existe o no relación lógica entre los motivos esgrimidos y la decisión tomada y si dichas decisiones se tomaron de modo razonable.

La obligación de actuar sobre la base de una información suficiente lleva a considerar si el proceso de obtención de información y el análisis de las consecuencias de las posibles decisiones se hizo correctamente. De ser así, el gestor estará protegido y no podrá ser declarado responsable por la falta de éxito de las decisiones empresariales que se adoptaron como consecuencia de un adecuado proceso de análisis e información.

Siendo un concepto jurídico indeterminado habrá que descender al caso de suerte que cabe inferir del “procedimiento de decisión adecuado” una exigencia de adecuada motivación de la decisión de modo que, no se valora la cantidad ni la calidad de la información recibida y seleccionada como idónea para la adopción de la decisión en cuestión, sino que se contempla la utilización o, con mejor terminología, la “correcta obtención” de la información.

Es decir, el juicio recae en si la información se ha obtenido siguiendo los cauces ordinarios -a modo de control de legalidad formal-, así como la extracción, de dicha información, de la motivación que sea lógicamente inferible y razonable para la adopción de la decisión. Como consecuencia de ello la necesidad deberá ser satisfecha con una solución a su medida fundada, motivada y adecuada.

Y es que el concepto “procedimiento de decisión adecuado” no puede ubicarse en otro marco que no sea el propio de la base motivacional y racional de la decisión. En otro caso, el presupuesto citado sería reiterativo ya que su contenido quedaría ya amparado por las exigencias propias del deber de diligencia (el incumplimiento de las normas y protocolos internos para la obtención de información, en la medida que, como se ha señalado, son fuentes de obligaciones para los administradores, suponen una infracción de normas legales o estatutarias).

⁵⁶⁰ GOMEZ ASENSIO, C., “El alcance efectivo de la *business judgment rule* en el derecho español...”, cit., p. 8, señala que “Es en esta sede donde tienen una mayor incidencia los protocolos y demás procedimientos formales establecidos legal o estatutariamente para la formación de la voluntad del órgano que se trate”. Asimismo GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 278.

Por otra parte, con la mención al “procedimiento de decisión” cabe colegir una referencia indirecta a la necesaria motivación de la decisión⁵⁶¹. En tal sentido, se debe inferir que con el adecuado procedimiento de decisión se reconoce, de *lege ferenda*, la necesidad de una motivación de la decisión. Motivación en la información seleccionada como idónea para la decisión y en el procedimiento para su obtención, -piénsese en una decisión que requiera para su formación de informes de expertos independientes y éstos no se han procurado de modo que la decisión se aparte de la solución que aquella necesidad requería por falta de racionalidad en el procedimiento de motivación de la decisión-.

Si bien el procedimiento no garantiza la corrección de la decisión que se tome, sí da muestra de la regularidad del proceso en el cual las decisiones se adoptan en función de su importancia, del tipo de actividad al que se dedica la sociedad, de su dimensión o de las características de cada decisión, y de otras circunstancias que puedan concurrir en el caso concreto. Por consiguiente, es necesario verificar el cumplimiento de ese protocolo o procedimiento apropiado para cada tipo de decisión.

La creación de comisiones internas en el seno de los propios órganos de administración de las sociedades, con el propósito de que sean conocedoras, especialmente, de aquellos proyectos empresariales para los cuales los perfiles y experiencia profesional de sus miembros resulta más idónea que la de otros miembros, sería un ejemplo de un procedimiento de decisión adecuado.

Con ello, si bien no se pretende trasladar la responsabilidad por los actos de gestión a quienes no tienen atribuida esta competencia, o a aquellas comisiones internas o administradores expertos en el negocio en cuestión, sí que se pretende que la administración social cree modelos orgánicos o sistemas de denuncia que permitan detectar y controlar irregularidades y otros riesgos -control de riesgos que cae en el marco del cumplimiento normativo o compliance-. La ausencia de estos sistemas, si vienen impuestos específicamente en la ley o en los estatutos o son exigibles en función de las circunstancias concurrentes, impedirá que los administradores puedan ampararse en la *business judgement rule*.

3.4.3. Decisiones excluidas del ámbito de la discrecionalidad empresarial.

El art. 226.2 LSC excluye del amparo que otorga la regla de la discrecionalidad empresarial a “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”. Se viene así a dar carta de naturaleza a un deber que no es propiamente de diligencia ni de lealtad y que a veces se conoce como deber de independencia.

Y el resultado es que este tipo de decisiones -en especial las de dispensa de las prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés-, en las que la independencia del administrador se encuentra comprometida, por cuanto entran en juego intereses de otros administradores o de personas vinculadas con éstos, no se consideran incluidas en el ámbito de discrecionalidad empresarial lo que significa que

⁵⁶¹ EMBID IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad...”, cit., p. 116., señala el autor que si bien la motivación no aparece entre los requisitos que el legislador exige a la decisión “...sobre la base de la autonomía de la voluntad, bien podría contemplarse la necesidad de la motivación como un requisito o fase del procedimiento de decisión adecuado...”.

con respecto a tales actuaciones no se aplica la regla del juicio empresarial y los tribunales podrán entrar a determinar si fueron conformes a la diligencia exigible⁵⁶².

El primero de los supuestos que contempla el precepto “decisiones que afecten a otros administradores y personas vinculadas” se enuncia con términos muy genéricos situando la cuestión en el marco de las relaciones personales del administrador competente para la adopción de determinadas decisiones estratégicas y de negocio. Dichas relaciones podrán afectar a otros administradores por lo que habrá de estar al modelo organizativo conforme al cual se haya configurado la administración social -administrador único, administradores solidarios o mancomunados, consejo de Administración- o a las personas vinculadas cuya enumeración se contiene en el art. 231 LSC.

Respecto a los administradores, será necesario revestir tal condición. Mención aparte merece, sin perjuicio de abordar su examen en otros capítulos de este trabajo⁵⁶³, la figura del administrador de hecho al que alude ya la LSC, tras reforma operada por la Ley 31/2014, en su art. 236.3 rubricado “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”.

Se evidencia con ello que, en la medida en que ha sido el propio legislador el que ha extendido el régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y bajo los mismos presupuestos que para los administradores de derecho, aquél -el administrador de hecho- será objeto de idéntico tratamiento que se le dispensa al administrador de derecho⁵⁶⁴. El estándar de diligencia y, consecuentemente, el régimen de responsabilidad en sede revisoria será pues, el mismo.

De la extensión del estatuto de deberes y responsabilidad del administrador de derecho al de hecho debe colegirse la extensión a éste de la presunción de comportamiento diligente que ofrece la *business judgment rule* siempre que, obviamente, concurren los presupuestos exigidos⁵⁶⁵. En el sentido apuntado, cuando las decisiones que adopten los administradores de hecho revistan aquellos caracteres que permitan su amparo en la regla de la discrecionalidad empresarial, no podrán ser revisadas por los tribunales. Y, *a sensu contrario*, no revistiendo aquellos caracteres, serán merecedoras de idéntico reproche, y en idénticos términos, que si hubieran sido adoptadas por los administradores de derecho.

La formulación del precepto no parece admitir soluciones extensivas a altos cargos directivos de la empresa social. El mismo criterio parece deducirse de la formulación de las personas vinculadas con el administrador si bien, por el elevado número de supuesto que contempla el art. 231 LSC, la determinación de las “decisiones estratégicas y de negocio” excluidas de la protección dispensada a la discrecionalidad empresarial no resultará tan evidente⁵⁶⁶.

⁵⁶² DÍAZ MORENO, A., “La *Business judgment rule* en el proyecto de ley...”, cit., p. 4.

⁵⁶³ V. *Infra*, Cap. VI. Apart. 3.1., pp. 344 ss.

⁵⁶⁴ MARTINEZ SANZ, F., “Los Administradores responsables”, en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., p. 83.

⁵⁶⁵ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 374.

⁵⁶⁶ EMBID IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad...”. Señala asimismo el autor que “Aunque la delimitación establecida en el art. 231 LSC es minuciosa y detallada con una clara separación entre las personas vinculadas con el administrador persona física y con el administrador persona jurídica no será difícil que se dé alguna situación no expresamente prevista en el mismo. Piénsese por ejemplo en un grupo en el cual además de sociedades (cualquier que sea su tipo o forma jurídica) se hallen presentes otras personas jurídicas no societarias, como por ejemplo, las fundaciones o, sin perjuicio de su base personal,

El segundo supuesto excluido de la discrecionalidad empresarial -esto es “las decisiones que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el art. 230”- viene a constituir una manifestación concreta del primero y viene a confirmar la idea de que la protección que otorga la regla de la discrecionalidad empresarial no ampara la infracción de obligaciones derivadas del deber de lealtad. En efecto, el art. 230 LSC, bajo la rúbrica; “Régimen de imperatividad y dispensa”, viene a diseñar un régimen de dispensa o de autorización por la sociedad de las conductas constitutivas de conflictos de interés señaladas en el art. 229, realizadas por los administradores.

Sin profundizar ahora sobre una cuestión propia del análisis del deber de lealtad, cabe señalar que las decisiones en torno a la dispensa de situaciones inicialmente infractoras por provocar conflictos de intereses corresponden, en los supuestos de mayor relevancia, a la Junta General. No obstante, en los supuestos no expresamente atribuidos a la Junta, corresponderá al órgano de administración la facultad de dispensar y es ahí donde resulta plenamente de aplicación la exclusión que nos ocupa de suerte que, en el marco de su actuación discrecional, el administrador podrá dispensar una determinada conducta que, de no concurrir tal dispensa, sería una conducta infractora del deber de lealtad y tal decisión o autorización no podrá buscar amparo en la regla del buen juicio empresarial.

Tal exclusión cobra sentido por cuanto; i) siendo el objeto de protección de la regla las “decisiones estratégicas y de negocio” difícilmente cabrá sostener que, tales decisiones para autorizar conductas generadoras de conflictos de interés por los administradores, puedan ser integradas dentro de ese conjunto de decisiones estratégicas y de negocio. No obstante tal cuestionable ubicación en aquellas decisiones, su incorporación a efectos de evitar problemas en la concreta realidad societaria ha sido aplaudida, y ii) admitir lo contrario, es decir, que las decisiones de los administradores autorizando conductas inicialmente subsumibles en supuestos de conflictos de interés, estuvieran protegidas por la discrecionalidad empresarial, permitiría “liberalizar” tal proceder de suerte que la imparcialidad e independencia de los administradores podría verse seriamente afectada. En tal sentido, la conducta del administrador que dispensa a otro en su beneficio podría verse amparada por la menor exigencia propia de la regla⁵⁶⁷.

De las referidas exclusiones en el ámbito de aplicación de la regla, contenidas en el art. 226.2 LSC, se colige un marcado propósito de fortalecer la independencia del administrador. En efecto, la *business judgment rule* prohíbe que los administradores busquen un beneficio personal que se anteponga al de la sociedad y, con ello, se pretende mantener al administrador en una posición imparcial o independiente en la toma de la decisión evitando su participación en la misma como “juez y parte”⁵⁶⁸. Por consiguiente,

las asociaciones, todo ello sin tomar en cuenta entidades de derecho público cuya articulación en forma de grupo no resulta extraña en los últimos tiempos.

⁵⁶⁷ No cabe ignorar, con todo, las cautelas establecidas a propósito de la dispensa en el art. 230 LSC ya que, además de fijar con carácter estricto los supuestos susceptibles de autorización, matiza el legislador su concreto alcance al señalar en el art 230.2 que “la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares” enumerando posteriormente, con carácter exhaustivo dichos supuestos. El empleo de la fórmula “casos singulares” constituirá una de las cautelas principales para moderar las posibilidades del precepto y parece presuponer una voluntad del legislador contraria a las autorizaciones generales pero también a aquellas que, siendo específicas, carezcan de toda ponderación, motivación y base racional.

⁵⁶⁸ HOLGER FLEISCHER, LL. M., “La *Business judgment rule* a la luz de...”, cit., p. 1744, “alude el autor a la falta de imparcialidad e independencia cuando la actuación del administrador no se oriente exclusivamente al interés de la empresa, sino que se dirija movido por intereses propios”.

cualquier decisión adoptada en una situación en la que se haya dispensado la concurrencia de un conflicto de interés excluye la aplicación de la regla del -buen- juicio empresarial aplicándose el estándar normal de diligencia.

CAPITULO IV. EL DEBER DE LEALTAD. CONCEPTO. PRESUPUESTOS. CONTENIDO BÁSICO.

1. Introducción

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 y siguiendo de nuevo las tendencias de una parte relevante de la doctrina del *Common law*, ha venido a consagrar un sistema de deberes del administrador que pivota sobre dos ejes: el deber general de diligencia y el deber de lealtad⁵⁶⁹.

El deber de lealtad ha merecido una especial atención del legislador, tal vez por el hecho de que su razón de ser se dirige a promover la vigencia del interés social, evitando los conflictos que, respecto del mismo, puedan derivarse de los intereses particulares de los administradores⁵⁷⁰. Por tal circunstancia, la Ley 31/2014 viene a dar nueva redacción al art. 228 LSC que enuncia un buen número de obligaciones derivadas del deber de lealtad y especifica, en el art. 229 LSC, supuestos o situaciones susceptibles de generar conflictos de intereses y, por ello, vedadas al administrador.

El componente fiduciario de la relación de los administradores con la sociedad impone al administrador el cumplimiento de su labor de gestión con estricta observancia de los deberes que le son legal, estatutaria o reglamentariamente impuestos. En tal sentido los administradores han de cumplir su cometido gestor observando las más estrictas reglas de transparencia informativa, que les imponen además una estrecha exigencia de no aprovecharse de su posición para fines distintos de los intereses de los socios⁵⁷¹.

En dicho marco de exigencias básicas, se ha tratado de reducir los costes derivados de fórmulas paramétricas procurando contar con una clara delimitación de los deberes que han de cumplirse -constituyendo, eso sí, un *numerus apertus*- ya que para poder saber cuándo existe un incumplimiento en su campo de actuación es preciso saber antes las obligaciones a las que están sujetos los administradores alineándose con ello en las exigencias de seguridad jurídica de los ordenamientos europeos contemporáneos.

Cuando los administradores ejercen su poder de decisión, su actuación tiene una influencia directa en el patrimonio de la sociedad y por ende en el de los socios, con la particularidad de que los intereses que ambos colectivos pueden ostentar no tienen necesariamente que ser coincidentes. En este escenario pueden aparecer conflictos de intereses entre los propios administradores y los de la sociedad, conflictos en los que los

⁵⁶⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones”, *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. IV, p. 1391, señala que la Ley 31/2014, “vuelve a ser fruto de la progenie de leyes que son resultado de la unión del Derecho y la crisis económica.”

⁵⁷⁰ EMBID IRUJO, J.M., “La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y...*, cit., p. 50. En tal sentido se pronuncia reiterada jurisprudencia, así, por muchas, la STS de 21.6.2006 declara que “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”.

⁵⁷¹ MAMBRILLA RIVERA, V / QUIJANO GONZALEZ, J., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas...*, cit., p. 947.

administradores pueden exceder los límites del ámbito de decisión del que disponen para gestionar la sociedad. El administrador en tales casos no puede, prevaliéndose de su condición de tal, obtener ventajas no pactadas que corresponden inicialmente a la sociedad. Si lo hace y obtiene unos beneficios no acordes a una leal gestión se estaría produciendo en su favor una cesión no deseada por la sociedad.

Pues bien, a la hora de establecer los parámetros de actuación de los administradores que deben guiar su labor ante supuestos conflictos de interés, el deber de lealtad representa el criterio rector en el que se ha de basar su gestión que debe tener como aspiración principal la defensa y promoción del interés social, esto es, la realización de actividades de gestión y representación realizadas de tal forma que contribuyan a la consecución del interés social⁵⁷².

El presente capítulo pretende ofrecer una visión general del deber de lealtad como reflejo inmediato de una obligación legal de raíz axiomática con entronque directo en el principio de la buena fe que aporta fundamento a todo el ordenamiento en general y a la ordenación jurídico-privada en particular. Bajo esa premisa, la infracción al deber de lealtad, configurado como una exigencia ética, no puede, ni debe, merecer idéntico reproche que la infracción del deber de diligencia, de corte funcional, conductual u operativo⁵⁷³.

La delimitación de un concepto del deber de lealtad -de ineludible recurso a formulaciones paramétricas- nos permitirá adentrarnos en el análisis de sus elementos donde la buena fe -bien como principio general, bien como regla o subprincipio- y el interés social -concepto que ha generado, y genera, un intenso debate doctrinal, desde el monismo o contractualismo hasta el pluralismo o institucionalismo- capitalizarán nuestro interés.

Del principio general de la buena fe, en su aplicación al estudio del estatuto de deberes de los administradores de sociedades, se hará exposición de la posición -que parte de la doctrina norteamericana- que sostiene que tal principio, se individualiza en regla, configurándose como un tercer deber del administrador que permitiría sancionar aquellas conductas que escapan de los elementos configuradores de los tradicionales deberes de lealtad y diligencia actuando como “cláusula de cierre” del sistema⁵⁷⁴.

De la figura del interés social, de enorme significación para la normativa societaria, habrá que confrontar las acepciones mayoritarias, una guiada por el interés de los socios y otra en ampliar el marco de interés de la sociedad no descansando únicamente en los socios sino contemplando a todos los que inciden en el desarrollo y consecución del objeto social, *-shareholder's vs stakeholder's-*.

Se pretende, no obstante, más allá del objetivo de ofrecer un concepto delimitador, escudriñar sus elementos configuradores y, a través de éstos, ofrecer una acepción válida que, como se ha señalado, no puede -ni debe- abstraerse de fórmulas estandarizadas o paramétricas. En tal sentido, no podemos ignorar que de tales formulaciones generales indeterminadas deben resultar proposiciones objetivas que encierran normas directamente

⁵⁷² EMPARANZASOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión...”, cit., p. 8.

⁵⁷³ Al respecto véase el art. 224 LSC que admite que puedan ser cesados inmediatamente los administradores por incurrir en conductas desleales o conflictuales.

⁵⁷⁴ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco...*, cit., p. 142.

aplicables lo cual exige al intérprete una labor hermenéutica fundamentada en el análisis del caso⁵⁷⁵.

Nos ocuparemos, por último, de examinar las obligaciones básicas del deber de lealtad, plasmadas en el art. 228 LSC como exigencias de conducta que, al administrador de sociedades, impone el cumplimiento idóneo del deber de lealtad dejando para el capítulo siguiente, el examen del conflicto de interés en general y de las situaciones conflictuales en particular.

2. Delimitación conceptual.

La concreción del deber de lealtad ha sido, desde antiguo, una compleja tarea a la que se han dedicado, no solo juristas, sino también filósofos, economistas, psicólogos o biólogos⁵⁷⁶. En un sentido general, la lealtad deviene un reflejo de la necesidad humana de depositar sobre un tercero la gestión de intereses propios. En un escenario actual de hiper-especialización disciplinar resulta muy difícil que, en algún momento de nuestra vida, no depositemos sobre un tercero, de cuyos conocimientos carecemos, la gestión de algún interés propio. Pues bien, en ese necesario marco relacional se reputa necesario que podamos depositar nuestra confianza en aquellos de quienes nos servimos para gestionar nuestros intereses extrayendo las ventajas de aquella especialización.

Ahora bien, aquella voluntad de concreción del deber de lealtad ha quedado en *desiderátum* si atendemos a su desarrollo normativo. En efecto, el deber de lealtad no ha merecido un tratamiento legislativo unitario, sino que las alusiones que nuestro ordenamiento dedica a la lealtad se advierten en un marco de ordenación heterogénea inidónea para construir una formulación general. En el ámbito de la relación de administración, el concepto de lealtad se ha ordenado de forma sintomática en torno al concepto de conflicto de intereses, de modo que la concurrencia de este se anuda a la infracción del deber de lealtad a modo de relación causa-efecto.

Tal relación simbiótica ha imbuido la generalidad de las reformas en el derecho continental⁵⁷⁷ del deber de lealtad al objeto de establecer fórmulas paramétricas conductuales cuya infracción le haría incurrir en situaciones conflictuales desleales para con su principal. Al movernos pues en el plano conductual, la determinación del

⁵⁷⁵ ORTEGA GUTIERREZ, D., *Los conceptos jurídicamente indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, ed. Dykinson, Madrid, 2.009, pp. 123 y 124., señala el autor que “el Tribunal Constitucional utiliza siempre tres criterios para tratar de dotar de algún contenido específico a los conceptos jurídicamente indeterminados. El primero de ellos es el casuístico, la concreción se debe hacer caso por caso atendiendo a las circunstancias específicas: el segundo criterio es de carácter negativo, en virtud del cual se determina qué no debe entenderse por ese concepto jurídico indeterminado y, finalmente, el tercer criterio comprende una serie de parámetros generales de aproximación al concepto”.

⁵⁷⁶ La definición que, del vocablo, ofrece el Diccionario de la Real Academia no parece ser de gran ayuda a la hora de delimitar su concepto ya que define la lealtad como “Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”.

⁵⁷⁷ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio...*, cit., p.103, señala que “Ello no ha sucedido así en el sistema anglosajón que, frente al sistema continental, se caracteriza por el tratamiento unitario y general que el *common law* ha venido dando al conflicto de intereses a través de los llamados deberes fiduciarios, lo que ha favorecido durante un amplio periodo de tiempo una ordenación más compleja del fenómeno. A su lado, los derechos continentales al no disponer del cuerpo doctrinal ni de una fuente de referencia general, como la propia de las relaciones fiduciarias en el ámbito anglosajón, no han desarrollado hasta muy recientemente el concepto de deber de lealtad, como deber general que permite dar un tratamiento unitario al conjunto de supuestos conflictuales”.

comportamiento desleal es casuística de modo que ha provocado la necesidad de que sean los tribunales de justicia los que deban actuar de tamiz teleológico para decidir, a su discreción, si hay, o no, infracción al deber de lealtad⁵⁷⁸.

La parquedad legislativa en relación al deber de lealtad, como ordena nuestro sistema de fuentes, es complementada por la jurisprudencia -art. 1.6 CC- que concibe el deber de lealtad del administrador de sociedades como el deber de obrar en el mejor interés de la sociedad, evitando intervenir en situaciones de conflicto e informando al resto de administradores o a la junta general de la existencia del conflicto de intereses⁵⁷⁹. Estamos pues, ante uno de estos casos en la medida que el Derecho positivo no ofrece una solución clara al operador jurídico que pretende resolver un supuesto al que le es aplicable el deber de lealtad⁵⁸⁰, de suerte que el tratamiento de la lealtad se encuadra entre los denominados “casos difíciles”⁵⁸¹.

Definir el deber de lealtad exige acercarnos a la construcción del concepto desde un plano de coherencia axiológica de todo el sistema y ello es así en la medida en que la lealtad es de tamaño trascendencia y de entronque tan profundo en el ordenamiento que impone cohonestarse con figuras de análoga trascendencia -v.gr., la justicia o la buena fe- ofreciendo resorte a todo el sistema en su conjunto⁵⁸². En coherencia con ello, la formulación del deber de lealtad es más un principio que un concepto, porque aporta una valoración explícita.

Cabe señalar que el deber de lealtad, objeto de una regulación heterogénea y un tratamiento fragmentario, no ha sido objeto de definición en el ordenamiento siendo de extraordinaria complejidad el establecimiento de un concepto abstracto general en la medida en que constituye un principio que trasciende a una regulación⁵⁸³. Ahora bien, no cabe obviar la extraordinaria incidencia que, en relación de género a especie -o quizás se debiera decir “de género a sub-género”, tiene el principio de buena fe sobre la lealtad. En tal sentido, y en relación a la relación de gestión de intereses ajenos, se puede definir el

⁵⁷⁸ En tal sentido, GARCIA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 55 plantea el problema de la discreción judicial “cuando el mero recurso al derecho positivo no es suficiente” si bien impone al juez la necesidad de ser respetuoso con el sistema de fuentes.

⁵⁷⁹ STS, Sala 1ª, de 20.12.2017

⁵⁸⁰ GIL CREMADES, J.J., “Estudio preliminar” en ENGISCH, K., *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*, ed. Universitaria de Navarra, Pamplona, 1968, p. 46., sostiene que “el mismo legislador es consciente de que el juez no puede actuar frente a la ley como un autómatas, cuando en sus leyes se contienen: conceptos indeterminados, conceptos normativos, no descriptivos, remisiones a la libre discrecionalidad del juez o cláusulas generales”

⁵⁸¹ RIBES FERRER, V., *Aproximación al estudio...*, cit., p.12, señala que “Esto es así por la ausencia de un concepto normativo explícito que delimite el supuesto y recoja el contenido obligatorio esencial aplicable al deber de lealtad”. En relación al concepto de “casos difíciles” los define PAZ-ARES, C., “Principio de eficiencia y derecho privado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. BROSETA PONT*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2844 ss, nota 3, como “aquellos casos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento”.

⁵⁸² CANARIS, C.W., *El sistema en la jurisprudencia.*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 355 ss.

⁵⁸³ Se ha señalado, así lo ha hecho RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio...*, cit., pp. 300 ss., que la definición que mejor recoge la naturaleza y contenido esencial del deber de lealtad y, en parte concreta el principio, responde a un concepto jurídico determinado por la función, esto es, como señala LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho.*, ed. Ariel, Barcelona 1994, p. 473, “un contenido de relación subyacente a una regulación”.

deber de lealtad como la manifestación del deber de buena fe dirigida a proteger al principal de las actuaciones interesadas del gestor de intereses ajenos.

Lealtad al principal implica fidelidad y alineamiento con su voluntad e intereses⁵⁸⁴. Implica asimismo previsibilidad de una actuación acorde con aquellos intereses. La lealtad es pues, aplicada a ese escenario relacional gestor-principal, una consecuencia de la necesidad humana de garantía y seguridad. Por consiguiente, la lealtad es el recurso que ofrece el ordenamiento dirigido a la protección del principal. La infracción a la lealtad impone prevalerse el gestor de su condición de tal conculcando aquella confianza que el principal deposita en él para procurar un beneficio o ventaja propio o para terceros.

El deber de lealtad es pues, consustancial a la relación gestora en la que se cimenta la relación de administración de ahí que, salvo tasados supuestos de dispensa, su regulación es imperativa. Esa premisa impone la necesidad de un previo juicio de idoneidad del candidato pues su elección y las circunstancias que la motivaron pueden ser susceptibles de reproche bien porque la elección del candidato en cuestión estaba legalmente vedada⁵⁸⁵, o bien porque tal elección pudiera ser susceptible de considerarse fraudulenta⁵⁸⁶.

En efecto, la posición fiduciaria del administrador de sociedades exige otorgar al concepto de lealtad una incidencia intensificada pues, a diferencia del deber de diligencia, de carácter más genérico en el cumplimiento de obligaciones y que ofrece poca -o ninguna- especialidad en la relación administrador-sociedad, el deber de lealtad es específico de aquellas figuras relacionales con base en la *fides*⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Así señala ARIAS VARONA, F. J., “Régimen general del deber de lealtad de los administradores. Obligaciones básicas y conflictos de interés” en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa...*, cit., p. 86., que “El deber de lealtad puede formularse de manera genérica como la concreción del deber de fidelidad que preside la actuación de quien administra y representa intereses ajenos...”. Por su parte RIBES FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...” define el deber de lealtad como “la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad, salvo que previa notificación de su posición de conflicto, la sociedad autorice su actuación interesada”. Por su parte, JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores”, *RdS*, núm.24, 2005, p. 7., sostiene que los deberes de lealtad “pueden definirse como la manifestación del deber general de anteponer el interés social al de los administradores que se concreta en la obligación de aquéllos de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad”.

⁵⁸⁵ Así, el artículo 172.2.2º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, señala que “...La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además...2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos...”. Por su parte, el artículo 213 LSC prevé que “No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”.

⁵⁸⁶ Piénsese en el supuesto de elección de administradores, con cuestionables bagajes gestores o conductuales, promovida por grupos de socios con motivaciones espurias dirigidas a dañar a la sociedad o a menoscabar su imagen.

⁵⁸⁷ Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las relaciones entre el deber de diligencia y el de lealtad y los peligros de imponer deberes fiduciarios a discreción”. Entrada en el Blog:

Ahora bien, la amplitud que caracteriza a la tarea gestora conlleva que sea imposible prever con carácter *ex ante* todas las obligaciones y prohibiciones a las que debe sujetarse el administrador en el ejercicio de su cargo, de forma que el recurso a un principio o estándar general de conducta con base en la posición fiduciaria que ocupa el gestor constituye una herramienta versátil para delimitar la libertad de actuación del administrador social en el ejercicio de su cargo⁵⁸⁸.

En efecto, en el marco de la relación de administración, el encargo de “gestionar la sociedad” es indeterminado. No se dice al administrador lo que tiene que hacer ni cómo tiene que hacerlo. Solo se le dice, en cuanto al “qué”, que ha de tratar de maximizar el valor de la sociedad y hacerlo cumpliendo con la Ley y los contratos que la sociedad haya celebrado con cualquier tercero. Y en cuanto al “cómo”, que ha de anteponer el interés social a sus intereses personales lo que supone la proscripción del conflicto de interés -salvo *disclosure*-⁵⁸⁹.

El deber de lealtad, en un sentido formal, impone al administrador de sociedades el deber de observar única y exclusivamente el interés social por encima de cualquier otro mientras que en su sentido material le impone un deber de abstención de obtener beneficio o ventaja no acordada⁵⁹⁰. Se desprende de ello que el deber de lealtad, más que con la

<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2018/09/las-relaciones-entre-el-deber-e.html> de fecha 21 de septiembre de 2.018, citando a GOLDBERG, JOHN C. P., *The Fiduciary Duty of Care.*, The Oxford Handbook of Fiduciary Law. May 2.018, señala que “aparentemente, el deber de diligencia que pesa sobre, por ejemplo, los administradores de una sociedad, no tiene nada de especial. Lo “especial” de un administrador es su deber de lealtad (anteponer el interés de la sociedad a cualquier interés propio o de un tercero). Cuando se trata de ejecutar diligentemente las propias obligaciones, en nada se diferencia un administrador social del farmacéutico que nos entrega la medicina de la receta (obligación contractual) o de la obligación de un conductor de conducir con cuidado y respetando las reglas de tráfico (obligación *ex lege* o extracontractual): la cuestión no es que los fiduciarios sean malos candidatos para imponerles deberes de diligencia. Tiene todo el sentido, por ejemplo, exigir a los que gestionan patrimonios de otros en *trust* que lo hagan prudentemente. La cuestión es que no parece haber nada particular en el deber de diligencia de los fiduciarios comparado con el de cualquier otro”. Llega, por tanto, a la interesante conclusión de que “lo que distingue al deber de diligencia de un fiduciario es la forma en que interactúa con el deber de lealtad”.

⁵⁸⁸ En este sentido, ALCALÁ DÍAZ, M. A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, en ESTEBAN VELASCO, G., (Coord.), *El gobierno de las sociedades...*, cit., p. 450 sostiene que “El análisis del conflicto de interés entre los administradores y la sociedad parte de la necesidad de control interno de aquellas situaciones en las que pueda existir un enfrentamiento de intereses entre aquellas personas que asumen las funciones de gestión, administración y representación de la sociedad y el interés social. Desde esta perspectiva, la regulación de los conflictos de interés administrador-sociedad opera como un instrumento de control de la administración que se orienta a la finalidad de evitar que, en uso de las facultades y funciones que son legalmente atribuidas al órgano de administración, los administradores antepongan sus intereses privados y personales propios o ajenos a los de la sociedad”.

⁵⁸⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores”. Entrada en el Blog: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/12/aclaraciones-sobre-el-deber-de-lealtad.html> de fecha 16 de diciembre de 2013.

⁵⁹⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit., pp. 91-92 señala que “El deber de lealtad, en tanto que contenido de la obligación de desempeñar el cargo de administrador, exige ante todo, al igual que el deber de diligencia, que los administradores antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés. El contenido específico del deber de lealtad consiste, en cambio, en que, como consecuencia de la obligación de los administradores de perseguir en el desempeño del cargo exclusivamente la satisfacción del interés social, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad”. Asimismo, señala RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 216 y 217 que “En su aspecto obligatorio, la idea de promover y defender el interés del principal establece una directiva de comportamiento dirigida al gestor que no sólo le obliga a perseguir esta finalidad, sino que

profesionalidad en la gestión ordinaria de la empresa -vinculado más al deber de diligencia- está íntimamente relacionado con la “moralidad” y con la *fides* depositada en el administrador social y, por ende, con su resorte normativo, esto es, con el principio de la buena fe⁵⁹¹.

El deber de lealtad no es exclusivo del gestor societario sino que es común a toda relación de gestión de asuntos ajenos. La obligación propia del gestor entronca con el deber de lealtad en aquellos casos en que queda comprometido el interés del principal por el interés del propio representante. Si éste actúa primando sus propios intereses sobre los del representado concurrirá, en primer término, una extralimitación del poder de representación que merecerá el reproche de la ineficacia del contrato así celebrado frente al representado con los efectos prevenidos en el art. 1.259.2 CC⁵⁹².

En su formulación genérica enunciada en el art. 227 LSC, del deber de lealtad cabe hablar en un doble sentido, axiomático y material. Axiomático por cuanto tiene una finalidad transversal similar al de los principios generales del derecho en relación con todas las funciones y actuaciones que, conforme a la ley y los estatutos, corresponden no sólo a los administradores, sino a todos los sujetos implicados en la vida social. Material por cuanto, además de como principio, constituye una norma jurídica directamente aplicable que actuaría como un recurso omnicompreensivo que acogería las conductas desleales no encajables en los supuestos tasados y, en consecuencia eventualmente eludibles, enumerados en los arts. 228 y 229 LSC⁵⁹³.

Con todo, podemos definir el deber de lealtad en el marco de la relación de administración, como el principio que impone al administrador -como gestor de intereses ajenos- la obligación de actuar en interés de la sociedad -de su principal- en caso de conflicto de intereses, subordinando los intereses propios en favor de los intereses del

le impide promover intereses contrarios. Es decir, cuando el gestor actúa promoviendo iniciativas a favor de su interés o de un tercero, su comportamiento interesado resulta opuesto a la finalidad perseguida en la gestión. En este orden de cosas, la directiva protectora del interés del principal establece una limitación al comportamiento del gestor en la medida que le restringe su actuación en el ámbito de las conductas interesadas”.

⁵⁹¹ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio...*, cit., pp. 87 y 95, siguiendo al autor, es tradicional caracterizar al deber de lealtad como un subprincipio derivado del deber de la buena fe aplicable a las relaciones gestoras, y así señala que “La configuración del principio consiste en un proceso de graduación que pasa, primero, por encontrar el principio o idea jurídica general que orienta la concreción (buena fe), en cuyo estadio no existe supuesto de hecho ni consecuencia jurídica: en segundo lugar, se afirma un subprincipio -la lealtad- en un relación jurídica especial -la relación gestora- o sector determinado del ordenamiento...” “...Entre el enunciado más general, el principio general del Derecho de la buena fe, y el enunciado de mayor especialidad, principio de lealtad aplicable a la actividad gestora, se articula un sistema de principio y subprincipio entre los cuales media un orden jerárquico y armónico”.

⁵⁹² Como sostiene la STS, Sala 1ª, de lo Civil, de 19.2.2001 el contrato celebrado por el representante con tercero haciendo primar su propio interés al del representado “...no será oponible por el representante al representado, si bien sí surtirá efectos frente al tercero de buena fe, frente al cual el representado sólo podrá oponer la ineficacia del contrato por defecto de representación si prueba que dicho tercero conocía el conflicto y, en consecuencia la extralimitación del representante y su carencia efectiva de poder de representación al tiempo de la celebración del contrato. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la convalidación del negocio *a posteriori* por el representado, con los efectos del art. 1.259 CC”.

⁵⁹³ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas”, *CDCom*. 2.016, nº 65, p. 46. Sostiene el autor que “...Las conductas desleales no incluidas en la letra de los artículos -arts. 228 a 230 LSC- siempre podrían ser vistas al menos como una infracción del espíritu contenido en el art. 227 LSC...” y que “...Ya no cabe que demostrada la inmoralidad de la conducta de un administrador, no se le condene porque la ley no haya previsto ese supuesto específico de lealtad. Si es desleal entonces está quebrantando el art. 227 LSC.”

principal⁵⁹⁴, salvo que, previo *disclosure* del administrador, el principal autorice su actuación interesada.

Desde esta orientación, el deber de lealtad presenta un contenido básico y general que se concreta, por un lado, en la obligación de evitar los conflictos de interés -regla *non conflict-*, y por otro, en la obligación de no anteponer los intereses propios a los de la sociedad y sus accionistas -regla *non benefit*-⁵⁹⁵.

Pues bien, la técnica empleada en la proyección normativa del concepto del deber de lealtad sigue el siguiente patrón: i) una formulación general en el art. 227 LSC, ii) junto a ella, un elenco de conductas que tipifican supuestos de comportamientos desleales de los administradores y que se conciben como obligaciones básicas que, como mínimo, le son exigidas, en el art. 228 LSC y, iii) la concreción de una serie supuestos conflictuales en el art. 229 LSC en régimen de “*numerus apertus*”. Dichas obligaciones -las relacionadas en el art. 229 LSC y con la salvedad prevista en la letra b) de su apartado primero-, podrán ser excepcionadas en los casos en los que la sociedad estime, a través del correspondiente procedimiento de dispensa -art. 230 LSC- que el administrador pueda infringir el deber de lealtad.

Todo ello trazado sobre un perímetro de aplicación notablemente más amplio y preciso al someter a dicho deber de lealtad, no solo a los administradores de derecho, sino también a los administradores de hecho, a los altos directivos e incluso a las personas físicas representantes de la persona jurídica administrador -art. 236 LSC- por lo que todas las referencias que se hagan a los administradores serán también extensibles a estas figuras.

3. Presupuestos.

El artículo 227.1 LSC actúa como cláusula general al establecer que “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”. Esta norma, abierta y que presenta unos contornos más propios del ámbito de la moralidad⁵⁹⁶, es la pieza central del sistema, a partir de la

⁵⁹⁴ La idea de subordinación de los intereses del gestor frente al interés social ha sido recogida con generosa amplitud, dada su trascendencia en la construcción de la figura, por nuestra doctrina, entre muchos otros : POLO SANCHEZ, E., “Los Administradores y el consejo de administración ...”, cit., p. 135; SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 106; LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores...*, cit., p. 46; GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades...*, cit., p. 376; PUIG BRUTAU, J., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pp. 364 y ss.; QUIJANO GONZALEZ J., *La responsabilidad civil de los...*, cit., pp. 201 y 202; ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 670.

⁵⁹⁵ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 53. Por su parte, señala RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 321 que “El contenido mínimo -del deber de lealtad- se manifiesta a través de dos postulados ampliamente reconocidos. De un lado, el deber del gestor de subordinar los intereses propios en beneficio de los ajenos que le lleva a su consecuencia inmediata, la interdicción de actuar en conflicto sin autorización. De otro, el deber de *disclosure* o de informar al principal de la posición de conflicto en la que el gestor se encuentra, presupuesto para que el principal, en su caso, autorice al gestor a llevar a término la actividad interesada”.

⁵⁹⁶ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 49, señala el autor en relación a la redacción del art. 227 LSC que “Tal vez alguno piense que esta jerga o música celestial aporta poco al derecho, pero se equivoca. Cuando pretende disciplinarse una actividad esencialmente discrecional, como es la del administrador, resulta especialmente apropiado acudir al lenguaje moral, pues ello facilita varias cosas. En primer lugar, aun cuando la sustancia de lo que comunica la nueva cláusula no muda, es indudable que las indicaciones que ofrece son más expresivas, y aquí reside ya buena parte de su valor, pues el derecho cumple también una función expresiva o promocional de primer orden que no debe ignorarse...”. “En

cual se articula un conjunto de prohibiciones y de comportamientos tipificados como contrarios al deber. La redacción del precepto merece cierta reflexión.

Por un lado cabe señalar que, si bien no son pocos los autores que se han referido al deber de fidelidad del administrador como categoría general y autónoma distinguiendo entre un deber de lealtad -conflicto del principal con el gestor (sociedad-administrador)- y un deber de fidelidad (conflicto del principal con terceros)⁵⁹⁷, la alusión a la lealtad del fiel

segundo lugar, el lenguaje moral, por su propia naturaleza abierta y expansiva, lleva implícita una invitación a los aplicadores del derecho a abandonar o moderar el formalismo. El juez se siente interpelado a efectuar un juicio moral de la conducta —no un juicio formal de subsunción—, y esto seguramente propiciará que desplace la atención hacia el *fact finding* para determinar si verdaderamente los administradores —en caso de conflicto de interés— han actuado en el «mejor» e incluso en el «único» interés de la sociedad dejando de lado el suyo propio y el de sus allegados. Fallos como los recordados antes en los casos *Peronnet*, *Marcilli*, *Flambo* o *Equitek* deberían ser menos frecuentes. La excusa «esto podrá ser poco ético, pero es legal», tristemente célebre en la hora que escribo estas líneas, tendrá menos probabilidades de prosperar. En tercer lugar, el lenguaje moral contribuye también a que los jueces definitivamente cobren conciencia de sus tareas «legislativas». La norma del art. 227.1 LSC no contiene una regla, sino una autorización o delegación al juez para crearla en cada caso. No es legislación *ex ante*, sino legislación *ex post*. Esto no supone una abdicación o claudicación del legislador, sino el reconocimiento de que es imposible regular de antemano una fenomenología compleja, cambiante y escurridiza, sin dejar muchas lagunas que pueden ser explotadas por el administrador desleal o establecer cortapisas que frecuentemente les dejarán atados de manos impidiéndoles realizar transacciones beneficiosas para la sociedad y sus accionistas (los consabidos problemas de infrainclusión y sobreinclusión).

⁵⁹⁷ MÚGICA ALCORTA, R., “Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores”, *RUD*, Bilbao, 2010, p. 151, señala que “Podríamos estar de acuerdo con la delimitación sencilla que de ambos deberes ha realizado algún autor, según la cual la lealtad consiste en dar prioridad al interés del principal (la sociedad) cuando entra en conflicto con el interés personal del gestor (administrador), mientras que la fidelidad se referiría al conflicto de intereses que enfrenta el del principal, no con el del gestor, sino con el de terceros, conflicto que ha de resolverse concediendo preferencia y sirviendo mejor, por ende, al interés del principal”. Asimismo, ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y...*, cit., pp. 190 y 191., señala que “se condensan entonces bajo el enunciado del deber de lealtad dos aspectos: el deber de fidelidad y el deber de lealtad. El primero, considerado emanación del deber general de buena fe, implicaría no hacer daño al interés del principal y cuidar del negocio -del interés ajeno- como si fuera propio. El segundo se referiría a la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses a los del principal, salvo que -previo *disclosure* del gestor- el principal autorice su actuación interesada. Por su parte, FONT GALÁN J. I., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad” en AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons. Madrid, 2007, p. 602, indica que “la codificación legal del deber de fidelidad viene a dar definición y concreción al deber de diligencia carente de definición legal. También el deber de lealtad es integrado por el deber de fidelidad al interés social, sin perjuicio de que dicho deber de lealtad, una vez irradiado por el de fidelidad al interés social, integre en última instancia el gran deber de diligencia”. Aludiendo a la lealtad como un pre-estado ontológico de la lealtad y diligencia. RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, cit., p. 320, señala que “...los deberes de fidelidad se proyectan sobre dos manifestaciones o deberes, el de diligencia en sentido estricto y el de lealtad, siendo pues la lealtad una de las manifestaciones de estos deberes de fidelidad propios de la gestión de intereses ajenos”. En idéntico sentido señala DIEZ PICAZO, L., “La representación en Derecho...”, cit., pp. 100 y 106 q “...los deberes de lealtad son una particularización por la vía de los llamados deberes accesorios o deberes de conducta, del genérico deber de fidelidad”. Asimismo sostiene ALCALA DIAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad” en ESTEBAN VELASCO, G (Coord.), *El gobierno de las sociedades...*, cit., p. 459., que el deber de fidelidad de los administradores se concreta en la diligencia y lealtad con que deben cumplir con sus funciones”.

representante suscita cierta aversión terminológica pues son conceptos cuya significación literal resulta difícil de separar⁵⁹⁸.

En efecto, existe una significativa conexión intrínseca entre las expresiones “leal” y “fiel”, pues desde el punto de vista práctico ambos deberes comparten una misma finalidad, que no es otra que asegurarse que los administradores sean fieles-leales a los intereses sociales en el ejercicio de sus funciones. Es por ello que, más allá de consideraciones terminológicas, a los efectos del presente trabajo, ambos términos son tratados como análogos en la medida en que comparten idéntica finalidad, en el marco conductual del administrador de sociedades, de imponer el alineamiento con los intereses del principal.

Por otro lado, la inclusión del parámetro de la buena fe no aporta contenido normativo al precepto en la medida en que no deja de ser una referencia genérica al canon general de conducta que han de guardar cualesquiera operadores en el tráfico jurídico económico⁵⁹⁹. Por último, la referencia al “mejor interés de la sociedad”, fórmula resultante de la traducción de la expresión anglosajona “*the best interest of the corporation*”⁶⁰⁰, exige tomar en consideración, en cada caso, las circunstancias patrimoniales o económicas en que se pueda encontrar la sociedad en cada caso.

De la configuración legal del deber de lealtad se desprende que el mismo se sustenta sobre tres pilares, a saber: i) el desempeño en el cargo como un “fiel representante”, ii) obrar con “buena fe” en el ejercicio del cargo y iii) la orientación de la conducta del administrador al “mejor interés” de la sociedad.

⁵⁹⁸ Como se ha señalado, Nota 6, según la RAE, “lealtad” es el “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y de la honbría de bien”: y “leal”, aquel que “guarda a personas o cosas la debida fidelidad”, o las acciones “propias de una persona fiel”. La primera acepción de “fidelidad” es, precisamente, “lealtad”. La sinonimia es, por lo tanto, absoluta. En tal sentido JUSTE MENCIA, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en JUSTE MENCIA, J (Coord)., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital...*, cit., p. 368., señala que “Lealtad y fidelidad son términos sinónimos en nuestra lengua. Identidad de significados que no parece haberse visto alterada, en el lenguaje técnico-jurídico, por su utilización con sentidos aparentemente dispares en versiones anteriores de la legislación. Es leal, quien guarda a alguien la debida fidelidad, mientras que este nombre se define expresamente como “lealtad”, observancia de la fe que se debe a otra persona”. En idéntico sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad” en MORILLAS JARILLO, M. J. (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, ed. Universidad Carlos III. Madrid, 2.015, p. 903 que señala que “...Aparece aquí -en el art 227.1 LSC- la relación establecida entre los términos lealtad y fidelidad que, dada su sinonimia, no aporta especial claridad”. Por su parte, señala SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital, la relación del administrador con la sociedad*, ed. Thomson, Madrid, 2.007, p. 189, que “Si fidelidad tiene como acepción más común la de lealtad, y entendemos como fiel a la persona que guarda fe y es constante en el cumplimiento de sus obligaciones y no defrauda la confianza que en él se ha depositado, habremos de llegar al resultado que hablar de deberes de fidelidad o de lealtad empleamos términos equivalentes”.

⁵⁹⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los...”, cit., p. 903, “...A ello se añade la exigencia de que la actuación del administrador suponga que éste obra de buena fe, lo que puede parecer redundante desde un punto de vista general dado que parece que en toda actuación leal debe producirse una conducta activa o pasiva fundada en dicho principio. Cabe una interpretación específica de esta exigencia que nos devuelve a la relación entre los distintos deberes de todo administrador societario, puesto que en una administración de buena fe no solo se advierte un comportamiento leal, sino también diligente”.

⁶⁰⁰ American Law Institute -Section 4.01(c)-, cit.,

3.1. Desempeño del cargo con la lealtad propia de un “fiel representante”.

La expresión “fiel representante” hace referencia a la función representativa del administrador y a la necesidad de que, en las relaciones de la sociedad -cuya representación ostenta- con terceros, el interés de ésta dirija su actuación⁶⁰¹. El deber de lealtad se proyecta, pues, sobre las relaciones *ad extra* de la sociedad, esto es, con terceros, ya sean otros operadores económicos, consumidores, etc., en la medida en que, dado aquel carácter representativo y dentro del marco de competencias atribuidas al órgano de administración -art. 209 LSC-, es sobre la esfera patrimonial y jurídica de la sociedad donde tendrán directa incidencia.

En ese escenario, el administrador ocupa una posición idónea para comprometer los activos sociales de suerte que, acotar los potenciales riesgos⁶⁰², se reputa necesario y consecuente a su gran capacidad de afectar a la sociedad y como fórmula de contención de ésta. Así, junto a las competencias de gestión, en mayor medida vinculadas al deber general de diligencia, la función representativa encomendada al órgano de administración exige que el administrador se relacione con otros operadores económicos en el mercado de bienes y servicios, y con usuarios y consumidores en el mercado de consumo⁶⁰³.

Y es en ese marco relacional donde, en mayor medida, la sociedad puede verse expuesta a eventuales conflictos de intereses con la persona que tiene encomendada su representación⁶⁰⁴. Por consiguiente, la lealtad del fiel representante se proyecta hacia la sociedad en su consideración de persona jurídica lo cual comporta un evidente riesgo de potenciales situaciones conflictuales.

Cabe, por último, señalar que, de cuanto antecede se aprecia, de nuevo, una mutación del genérico estándar de diligencia del “buen padre de familia” que, para las obligaciones civiles, prevé el art. 1.094 CC. En efecto, el estándar de diligencia del administrador de

⁶⁰¹ El estándar de “fiel representante” o de “representante leal” no es desconocido en nuestro ordenamiento. Así, para el patrono tal estándar reside en el art. 17.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, o en el art. 332.8 del Código civil de Cataluña: para los administradores concursales, en el art. 35.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y para los gerentes y miembros del Consejo Rector en los arts. 39.4 y 42.1 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Cooperativas.

⁶⁰² Esto es, el efecto disuasorio referido, v. *Supra Cap. II, pp. 120*. O lo que PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 49., denomina la “función expresiva del derecho que permite modificar la conducta de los agentes mediante el envío de mensajes de autoridad acerca de qué clase de valores y comportamientos son apropiados”.

⁶⁰³ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad: art 227.1”. en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y...*, cit., p. 155.

⁶⁰⁴ Señala VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad...”, cit., p. 297, que en aras de una mayor concreción de la actuación del administrador como un representante leal, cabe considerar la aplicación por analogía de algunas de las exigencias que conlleva este deber en otras figuras afines: i) así en relación con la comisión, los arts. 255.2 y 256 CdC vienen a establecer que cuando goce de cierta discrecionalidad o no pueda consultar al comitente, deberá actuar según “lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, cuidando el negocio como propio”. No obstante en el caso del administrador cuando la decisión sea especialmente arriesgada o perjudicial para la ejecución de las instrucciones recibidas, su discrecionalidad queda sujeta a la consulta o comunicación a la junta en orden a asegurar su posición jurídica, ii) en relación con la agencia, conforme al art. 9 de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, la regulación de las obligaciones del agente contiene una expresión genérica del deber de actuar lealmente y de buena fe velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe, iii) en relación al mandato, el deber de lealtad del mandatario, conforme a los arts. 1.714, 1.715 y 1.719, exige que haya de ajustar su actuación a las instrucciones y límites del mandato y, ante un mandato general, la falta de instrucciones le autoriza a realizar las actuaciones que demande la naturaleza del negocio.

sociedades se redimensiona y si en sede del deber de diligencia se exige al administrador la diligencia del “ordenado empresario”, en sede del deber de lealtad, el estándar genérico de diligencia es la propia del “fiel representante”⁶⁰⁵ que impone la observancia exclusiva y excluyente, en el ejercicio de las competencias atribuidas, de la actuación que conlleve la mejor defensa del interés social, aunque ello pueda resultar perjudicial o insatisfactorio para otros intereses.

3.2. Obrar de buena fe.

3.2.1. Delimitación conceptual.

Desde una perspectiva general, la buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico. Su condición de principio general del derecho⁶⁰⁶ le otorga el carácter de resorte estructural del ordenamiento⁶⁰⁷. Siendo un sustrato axiomático y una directriz de todo el sistema jurídico, su campo de incidencia es inmenso y no resulta posible ofrecer un concepto del mismo sino es acudiendo a formulaciones paramétricas. Ahora bien, la concreción de un concepto de buena fe constituye una compleja tarea pues pocos conceptos habrá tan necesitados de precisión en el campo del Derecho privado, como el de la buena fe, dada la profusa aplicación que de este principio hace el propio ordenamiento normativo⁶⁰⁸.

A los efectos que aquí nos interesan baste con señalar que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado⁶⁰⁹, el cual precisa del casuismo de las relaciones interpersonales para su determinación y aplicación al caso concreto. Lo que permite tal premisa es sostener que la fórmula de la indeterminación adoptada por la generalidad de los

⁶⁰⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “*Interés social y derecho de...*”, cit., p. 39, nota 48, explica esta idea al señalar que “el deber de actuar como un “representante leal” es un estándar más estricto que el del “contratante leal”. La diferencia consiste en que el representante leal sólo puede tener en cuenta los intereses del principal y ha de subordinar el propio interés al del principal (v. por ejemplo art. 255 CdC). Por el contrario, un contratante, en general no ha de posponer el propio interés al de la contraparte para no ser acusado de haber actuado en contra de las exigencias de la buena fe...».

⁶⁰⁶ Y lo es por afectar a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a materia de derecho privado. En tal sentido sostiene TARDÍO PATO, J.A., *Los principios generales del derecho*, ed. Bosch. Barcelona, 2.011, p. 16, que “sólo deberían calificarse como principios generales del derecho aquellos que afectan a todo el Derecho y no sólo a sectores del mismo”.

⁶⁰⁷ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe: El principio general en el Derecho Civil*, ed. Montecorvo, 1ª edición, Madrid, 1984, p. 35, señala que cuando se sostiene que la buena fe reviste el carácter de principio general del derecho, se hace referencia a las “guías, o ideas fuerza con contenido normativo propio que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico”. En sentido similar señala RAMS ALBESA, / J., MORENO FLÓREZ, R.M. / RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *Apuntes de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 32, que los principios generales del derecho son “las normas de carácter general que contienen las directrices de un sistema jurídico”.

⁶⁰⁸ DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas...*, cit., p. 7.

⁶⁰⁹ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe: el principio general...*, cit., p. 80, señala que “...la buena fe es un elemento de la vida de relación, pero no se incorpora al Derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de las precisiones técnicas necesarias. Una vez ingresado al campo jurídico, el concepto de buena fe es un concepto jurídico indeterminado, pero aun siendo un concepto jurídico, tiene un sustrato real y, más aún, su carácter de “indeterminación” impone el recurso a la realidad para salvar esta indeterminación. No es una creación (en el sentido de elaborar partiendo de cero) del legislador, sino que él, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en todos los sistemas jurídicos, no podemos desconocer que en cada ordenamiento concreto habremos de encontrar matices que, sin afectar a la esencia del principio, modifiquen su aplicabilidad, su alcance y sus efectos”.

ordenamientos jurídicos contemporáneos a la hora de afrontar una acepción del principio general de la buena fe se configura como una suerte de “castillo de arena” que sobre un cimiento común, se construye y deconstruye adaptándose a la multiplicidad relacional⁶¹⁰.

No obstante su carácter de principio general y directriz de todo el sistema jurídico, no cabe sostener que el principio de la buena fe constituya un mero estándar de conducta programático⁶¹¹ y sin fuerza normativa propia⁶¹² sino que, al contrario, es fuente de normatividad⁶¹³. En efecto, la doctrina ha venido reconociendo que la lealtad encuentra

⁶¹⁰ En tal sentido sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al art. 7” en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 38 que “No es posible esperar una tipificación completa de los diversos supuestos de aplicación del principio porque su misma naturaleza y función lo impiden...La indeterminación es inmanente al principio general de la buena fe y precisamente mantenerla constituye una estrategia del Ordenamiento Jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad”.

⁶¹¹ TARDÍO PATO, J.A., *Los principios generales del...*, cit., p. 326, considera a los Principios generales del Derecho como auténticas normas jurídicas “que constituyen una correlación entre un supuesto de hecho y una consecuencia que es jurídica: gozan de coactividad, están institucionalizados y reconocidos como parte del sistema y están justificados, desde el prisma de la moral por adecuarse a valores morales y jurídicos de un Ordenamiento jurídico”

⁶¹² FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, p. 98-102, rechaza la idea de la caracterización de la buena fe como un estándar de conducta argumentando que: “La idea de los “standards” surge como su propio nombre lo indica en la teoría anglosajona del Derecho y es trasladada o generalizada. Un standard es un parámetro, una medida, un patrón. El standard jurídico es un “arquetipo o modelo de conducta social que, por una parte, se impone en determinados casos de modo expreso, y por otra parte, implica que se niegue la tutela jurídica como sanción cuando se produce un comportamiento de signo contrario. Siendo un patrón, el standard jurídico funciona como criterio de contrastación de comportamientos concretos, para determinar su adecuación o no con la medida elegida como base por el legislador, o por el juez en los sistemas de *Common Law*. Los standards jurídicos no generan normas o directivas de comportamiento. Sirven para que el legislador los tome como punto de referencia – en cierta forma como medida ejemplar – para indicar cuál es la conducta debida por un sujeto en determinada circunstancia...Los estándares jurídicos, como cualquier otro patrón, plantean el problema de la determinación de su contenido, es decir de la delimitación de su ámbito sustancial... “el buen padre de familia” no es por sí mismo un criterio normativo, sino un modelo que el ordenamiento toma en cuenta como “causa ejemplar” y sobre el cual ha de juzgar la conducta concreta de las personas...Nosotros entendemos que la buena fe es un principio general y no un mero standard jurídico. La diferencia esencial entre estos dos elementos del sistema, radica en la normatividad propia del primero, de la que carece el segundo. El standard el “hombre medio” ¿Puede generar normas? No. Simplemente indica el molde en el que han de volcarse las conductas concretas. Tomemos ahora un principio general, la buena fe o el enriquecimiento sin causa ¿Generan normas? Sí, y no sólo eso, sino que en sí mismos son ya normas, aunque su estructura formal-técnica no esté muy desarrollada, imponen ciertas formas de conducta, de ellos derivan obligaciones, surgen consecuencias jurídicas”. También distinguiendo entre ambas figuras, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas...*, cit., p. 53., señala que “Los estándares son “directivas generales” de que el juzgador puede servirse, a fin de llegar a una solución más justa basada en el examen de las circunstancias especiales del caso que conoce. Constituyen por tanto “criterios axiológicos” para juzgar del comportamiento objeto de un deber o un derecho...Por consiguiente, el carácter general de la norma standard no debe hacernos creer que se trata de un simple principio. El principio descansa en sí mismo, tanto si es una máxima como si es un axioma. En cuanto tal, no procede de una determinada concepción, ni suministra criterios. El standard proporciona un criterio por el procedimiento de remitir a las concepciones vigentes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que ha de ser sustanciado a discreción del juez”. La concepción de la buena fe como un estándar de conducta es defendida, entre otros, por DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 61 donde señala que “En este sentido, la buena fe es lo que se ha llamado un “estándar” jurídico o un modelo de conducta social, que sería aquella conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado”.

⁶¹³ Así, señala LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, cit., p. 471 que “los principios en forma de norma jurídica ocupan, en cierto modo, una posición intermedia entre los principios abiertos, que son concretizados por ellos en una determinada dirección, y las normas jurídicas con supuestos de hecho muy ampliamente concebidos”. Y en tal sentido señala RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p.

su origen en la buena fe desde distintos ámbitos y en distinto grado⁶¹⁴ considerando a ésta como el fundamento normativo del deber de lealtad del administrador⁶¹⁵.

Ahora bien, si el principio general de la buena fe tiene potencialidad jurídica, es decir, capacidad de crear normas concretas de conducta, ¿cuál es el contenido de sus mandatos? Es decir, si posee una normatividad inmanente, ¿Qué mandatos constituyen su contenido obligatorio? Puede decirse que el obrar de buena fe impone un modelo de conducta adecuada a lo que se considera razonable y justo y que en su aplicación práctica ha de determinarse conforme a las reglas y valores que la consciencia social impone al tráfico jurídico⁶¹⁶.

Se advierte pues que para apreciar la concurrencia de buena o mala fe, dada su naturaleza de principio general del derecho, no podemos abstraernos de la estimación social en la medida en que el derecho no es una producción espontánea de científicos o juristas sino una creación cultural en la que, en mayor o menor medida, intervienen todos los miembros de la comunidad concretando ciertas aspiraciones de carácter axiológico que representan los valores esenciales de la comunidad y no de un grupo de técnicos⁶¹⁷.

298 que “En la medida que la lealtad ha sido reconocida por la ley, no se trata tanto de un principio abierto, sino en mayor medida un principio en forma de norma jurídica, lo que la hace inmediatamente aplicable para una generalidad de supuestos, aun cuando su concreción final se determinará en su aplicación al caso concreto”

⁶¹⁴ DIEZ-PICAZO, L., “La representación en el Derecho...”, cit., p. 106, entiende que los deberes de lealtad del representante hacia el representado “con carácter general, puede encontrar su apoyo en el criterio o principio de buena fe, tal como lo enuncia el art. 1258 CC (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes con la buena fe), y en el criterio general de diligencia específica aplicable a los negocios de gestión, que consagra el art. 1719 CC (hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia)». Asimismo se refiere LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 347, a “la relación existente entre el deber de fidelidad del mandatario y la exigencia de la buena fe”.

⁶¹⁵ HERNANDEZ SAINZ, E., “El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflictos de intereses en la sociedad”, *RdS*, nº 6. 1.996, p. 122, sostiene que el deber de fidelidad del administrador es “concreción del principio general de buena fe”; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., p. 41-2, sostiene que “el fundamento jurídico de la obligación de perseguir el interés social puede y debe encontrarse en el principio general de la buena fe establecido con carácter normativo en el art. 7-1 CC”. Y que el principio general de la buena fe “en el ámbito societario se traduce en la obligación de perseguir el interés social en el desempeño del cargo”; por su parte FONT GALÁN, J.L., *El derecho de información de los administradores sociales*, ed. Córdoba. Eprinsa, 2002, pp. 164 y 165 sostiene que los deberes de diligencia y lealtad delimitan y concretan “el contenido de la obligación fundamental del administrador social de conformar su conducta con el respeto más absoluto al principio general de buena fe (art. 7.1 CC)”.

⁶¹⁶ Así se pronuncian la STS de 22.10.1991. Por su parte la STS de 2.10.2000 señala que “la buena fe obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”. En idéntico sentido se manifiestan la STS de 26.10.1995 y la STS de 30.1.2003. En relación al contenido propio del principio de buena fe señalaba FUEYO LANERI, F., “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”. *RDJ*, tomo 55, nº1, 1958, p. 99 que “buena fe significa rectitud y honradez que conducen naturalmente a la confianza. Esa rectitud y honradez en la conducta de la persona impone en las relaciones con otra la fe o confianza, que hace sentir y pensar en el comportamiento leal”. Por su parte BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, *RDP*, 1ª edición, Madrid, 1969, p. 71, sostiene que “las exigencias de la buena fe se presentan bajo un doble aspecto, que debemos distinguir en cuanto sea posible. a) Bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del «*alterum non laedere*» (...) y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera de interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés”.

⁶¹⁷ VON SAVIGNY, F.C., *De la vocación de nuestra época para la legislación y para la ciencia del Derecho*, ed. Committee, Universidad Carlos II, Madrid, 2015, pp. 53 ss., “...no es cierto que el Derecho nazca de las leyes, es decir, de disposiciones expresas del poder estatal supremo, sino que, en realidad, la

La buena fe no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales⁶¹⁸ y, en sentido, para dotar de contenido al concepto habrá que recurrir entonces a elementos meta jurídicos ¿Qué elementos? Principalmente las estimaciones morales, las consideraciones éticas vigentes en la comunidad, aunque también podrán tenerse en cuenta las circunstancias económicas, culturales, sociales, que tipifican y cualifican la situación total de una sociedad dada⁶¹⁹.

Como consecuencia de cuanto antecede podemos decir que el principio de la buena fe impone a todos y cada uno de los sujetos de derecho la obligación de comportarse en el tráfico jurídico con corrección, honradez y rectitud, obligación que se extiende no sólo a evitar el perjuicio de la esfera de intereses de los sujetos con que se relacionen, sino que también a colaborar activamente en la maximización de los intereses de éstos, de modo tal que entre los sujetos de derecho concorra el elemento de la confianza basada en la lealtad recíproca.

3.2.2. Clases y funciones: buena fe objetiva y buena fe subjetiva

Con carácter sumario, a efectos expositivos y atendiendo a la determinación de la buena fe exigible al administrador de sociedades vamos a referirnos a la tradicional clasificación de la buena fe así como a la función que, como principio general, esta desempeña en el ordenamiento. En efecto, la doctrina, si bien no unánimemente⁶²⁰, ha venido distinguiendo entre una buena fe de carácter subjetivo y otra de carácter objetivo.

La buena fe subjetiva se ha entendido tradicionalmente como la creencia individual de un sujeto de que su actuación es correcta o no causa ningún perjuicio a un tercero, esto es, la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular,

sede propia del Derecho es la conciencia común del pueblo [...], es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo [...] y, por tanto, [...] en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”.

⁶¹⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, *RDP*, 1980, pp. 50 ss.

⁶¹⁹ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, cit., p. 113.

⁶²⁰ El debate se sitúa en torno a si efectivamente se trata de aspectos claramente distintos, o bien, si la buena fe es una sola pero con distintas manifestaciones. A favor de una concepción unitaria de la buena fe, BETTI, E., “Teoría general de las...”, cit., pp. 74 ss., quien distingue hasta cuatro grupos de normas que directa o indirectamente aluden al principio de la buena fe y en los cuales dicho principio cumpliría funciones distintas. Asimismo FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, cit., pp. 91 y 92 sostiene que “Resumiendo, diremos que la clasificación tradicional de la buena fe distingue entre: i) buena fe objetiva, la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas: ii) buena fe subjetiva, la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma... Para nosotros la buena fe es una, aunque puede funcionar de diversa manera. Es uno el principio general de la buena fe del que se derivan múltiples corolarios, pero todos reconocen en ese principio su origen, esencia y fundamento”. En contra de la concepción unitaria de la buena fe, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 60 señala que “En una primera acepción, buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia nacida de un error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra derecho: y, en una segunda acepción, alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico”. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al...”, cit., p. 40., “En mi opinión, los intentos de reconducir a unidad el concepto de la buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano por tanto, pobre en información, que no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio... Hay que advertir, por lo demás, que reducir a unidad el concepto de buena fe tiene consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, y en alguna medida perjudica la depuración del concepto sobre todo en su vertiente subjetiva”.

aunque objetivamente no sea así. Esa presunción del individuo de la corrección de su actuación llena de contenido su consideración como causa de exoneración de responsabilidad de modo que el Derecho exculparía a quien de hecho se encontrase en una situación jurídica irregular, ya sea por ignorancia de un vicio propio o ajeno⁶²¹.

La buena fe objetiva, por su parte significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos⁶²². Del concepto interno o psicológico de la buena fe subjetiva pasamos pues a otro externo o conductual propio de la objetiva.

La buena fe objetiva se corresponde, por una parte, con un concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen y, por otra, con el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico⁶²³. Se identifica por tanto la buena fe objetiva con un patrón o modelo común de comportamiento correcto adecuado a los parámetros de lealtad y honradez que la conciencia ética social aprueba y considera como razonablemente exigibles.

⁶²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, en RAMS ALBESA, J / MORENO FLÓREZ, R. M^a., *Comentarios al Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 216-218: “Para la concepción subjetiva, la buena fe se basa en un conocimiento inexacto de la realidad: unas veces, en la creencia de que el interesado se halla correctamente instalado en una situación jurídica: otras, en la ignorancia de cierta ilicitud o incorrecta situación. Se basa, por tanto, en la posición subjetiva, psicológica, de una persona. La eticidad de su conducta consiste en su error, que debe ser dispensable... La buena fe es una forma de conducta de los protagonistas implicados (actúan o no de buena fe): es algo que los tribunales deben de tomar en consideración como uno de los elementos de ciertos supuestos de hecho o requisito de algunos efectos jurídicos. Por ello deben constatar los tribunales si existe o no la buena fe en las situaciones o casos que juzgan, si las conductas de los operadores jurídicos son de buena o mala fe”. Por su parte señala DIEZ PICAZO, L., “El principio general de...”, cit., p. 19, que “La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma”. Asimismo HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco...*, cit., p. 143, señala que “Pero, en cualquier caso, para la aplicación de la buena fe se exige que se preste atención no ya a aspectos subjetivos volitivos del administrador, sino a estándares objetivos de la conducta debida”.

⁶²² La definición es de DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., p. 61. Para ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Comentario al art. 1258 CC” en ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. / SANTOS BRITZ, J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, 1992 p. 585, “Partiendo del concepto literal de buena fe, como honradez y rectitud, debe distinguirse de otros conceptos afines pero distintos, como los de crédito y confianza, buenas costumbres, fidelidad contractual. Para evitar los riesgos que al intérprete afectarían en supuestos de una aplicación excesiva de este principio, la buena fe debe considerarse como un módulo de carácter objetivo, que se determinará según los usos del tráfico y atendiendo en primer lugar a las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso eludiendo la expresión legal coactiva”. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 120 señala que “De este modo la buena fe equivaldría a un modelo de conducta que la conciencia social exige por imperativos compartidos por la gran mayoría de los ciudadanos, de muy distinto origen: religiosos, humanistas, políticos, tradicionales, etc. Todos estos imperativos obran en el interior de la conciencia social de una manera continuada y entremezclada, dando como precipitado aquel arquetipo. Claro está que siempre quedará una dosis de subjetivismo en el aplicador del derecho, pues éste es el que ha de captar el modelo de conducta apropiado en cada ocasión, pero es el riesgo propio de toda utilización de normas genéricas y abiertas”.

⁶²³ SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Revista Universitas*, Universidad Pontificia Javeriana, vol. 53, núm.108, Bogotá, 2004., pp. 287 y 288.

En cuanto a las funciones, y atendiendo a su carácter de principio general del derecho, podemos señalar que el principio de la buena fe despliega las siguientes: i) una función informadora del ordenamiento jurídico, ii) una función interpretativa de las normas, iii) la función delimitadora de un derecho subjetivo y, iv) una función integradora del ordenamiento⁶²⁴.

En cuanto a su función informadora, como principio general del derecho, el art. 1.1 CC le reconoce expresamente el carácter de fuente normativa, mientras que el art. 1.4 CC hace lo propio respecto de su carácter de criterio informador del ordenamiento jurídico⁶²⁵. La buena fe inspira el contenido de las normas jurídicas y da origen a otras nuevas⁶²⁶, dotando de coherencia y legitimación a las mismas y, por ende, al conjunto del ordenamiento⁶²⁷. El carácter informador del principio de la buena fe trasciende al resto de funciones de suerte que impone un filtro o fiscalización a la norma que condiciona su nacimiento a la vida jurídica.

En cuanto a la función interpretativa, la interpretación de las normas debe hacerse, con carácter general, de acuerdo con el contenido del principio general de la buena fe⁶²⁸. Ahora bien, no puede desconocerse la vigencia en el ordenamiento jurídico de preceptos que refieren a la forma de interpretación de las normas legales y contractuales⁶²⁹, cuya observancia deberá conjugarse con el respeto al principio general⁶³⁰.

⁶²⁴ Esta enunciación de cuatro funciones es apuntada, tras una revisión de la postura sostenida por otros autores, por FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, cit., pp. 162. Una delimitación tripartita de las funciones desempeñadas por la buena fe, aunque paralela a la anterior, la constituye la división de DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho...*, cit., pp. 60., cuando señala que “La buena fe es tenida en cuenta a) como causa de exoneración o de atenuación de la sanción que el ordenamiento jurídico impone a un acto subjetivamente irregular o incorrecto: b) como presupuesto o como causa de limitación del ejercicio e un derecho subjetivo o de un poder jurídico, c) como fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso según la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes a través de ella”.

⁶²⁵ La SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 23.2.2004, señala que “Como principio informador del ordenamiento, la buena fe pone en relación al sistema jurídico con las normas nuevas, como la adecuación de los supuestos de hecho vigentes a las concepciones aceptadas en el momento de su aplicación, a modo de canon o criterio de orientación de la labor interpretativa”.

⁶²⁶ Así, constituyen instituciones derivadas de la aplicación del principio de buena fe, o más concretamente surgidas como consecuencia de su infracción: el abuso del derecho, agotamiento del derecho, regla de los propios actos, retraso desleal en el ejercicio de los derechos o abuso de las acciones de nulidad.

⁶²⁷ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, cit., pp. 176-177, sostiene el autor que “...la función informadora significa la incorporación al ordenamiento de un sentido propio: mediante ella se infunde a las normas particulares una tensión valorativa que es, a la vez, fundamento, inspiración y fuente de legitimación...”. “...El principio de buena fe informa todo ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, inspirando normas concretas e infundiendo al conjunto una orientación hacia el respeto de valores fundamentales. Frente al sistema, podrá decirse que la buena fe lo caracteriza, pero se trata de una característica fundacional y justificante, interna o mejor dicho interior”

⁶²⁸ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, cit., pp. 53., “...La buena fe tiene una función en el transcurso mismo de la interpretación, el sentido de las normas debe buscarse teniendo en cuenta la buena fe, es decir lo que de buena fe puede entenderse”.

⁶²⁹ Respecto a la interpretación de las normas legales hay que partir del art. 3 CC cuyo apartado primero dispone que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Por lo que respecta a la interpretación de las normas contractuales, a ella se refieren los arts. 1281 a 1289 CC.

⁶³⁰ DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios...*, cit., pp. 139-140 sostiene que “Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general. Toda interpretación de una norma, que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser rechazada o, por lo menos, considerara como excepcional, por ser “*contra tenorem rationis*” de la organización general. La misma

Ya en relación a la función delimitadora de los derechos subjetivos, hay que partir de que, con carácter general, los derechos no presentan un carácter absoluto⁶³¹ y, en este sentido, el ejercicio de los mismos por parte de sus titulares se encuentra sometido a unos determinados límites legales pero también a otros derivados del principio de buena fe⁶³². Así pues la buena fe hace de tamiz idóneo delimitando la conducta exigible en el ejercicio de los derechos. Por su parte, las conductas contrarias a la buena fe, identifican aquellos comportamientos que se consideran una extralimitación en el ejercicio del derecho⁶³³, y por tanto, están sancionados por el ordenamiento jurídico⁶³⁴.

Por último en cuanto a la función integradora del principio de buena fe hace esta referencia a la función de completar una determinada relación jurídica por la insuficiencia de la ley o del acuerdo entre las partes. Se trata de dar respuesta a la falta de previsión normativa de todas las eventualidades que, de una determinada relación jurídica, puedan aparecer en el futuro. En tal sentido, y dada la aparente imposibilidad de contemplar todas las posibles incidencias que pudieran surgir, el principio de la buena fe impregna todo el contenido directa o indirectamente derivado de aquella relación⁶³⁵.

regla debe ser aplicada a los negocios jurídicos realizados por los particulares. Todo negocio jurídico debe ser objetivamente interpretado en armonía con este principio”.

⁶³¹ Así el propio texto constitucional prevé límites a los derechos y, en tal sentido, el orden público se establece en el art 16.1 como límite a la manifestación de las libertades ideológica, religiosa y de culto, la existencia de un delito flagrante actúa como límite a la inviolabilidad del domicilio conforme al art 18.2, y la función social es un límite al derecho de propiedad conforme al art 33.2.

⁶³² En tal sentido señala DIEZ PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios...*, cit., p. 141 que “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico. El derecho subjetivo, se dice, debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. Los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio es inadmisibles y se torna antijurídico”.

⁶³³ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al...”, cit., p. 46, sostiene el autor que “...el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos: la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma”.

⁶³⁴ Art. 7.2 CC: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

⁶³⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L .F., “Principios y criterios legales de la interpretación del contrato”, *RD. Ar.*, núm. 3, 2009, p. 2810-2813 sostiene que “Integrar es una labor ulterior que consiste en rellenar un contrato incompleto en su auto-regulación o declaración. Es imposible que las partes contratantes hayan previsto todas las eventualidades que pueden acaecer en el futuro, por lo que puede suceder que se plantee alguna cuestión que no esté regulada en el contrato. Por otra parte, también puede darse el caso de que una o varias cláusulas contractuales hayan sido declaradas nulas por un órgano judicial, conservando su validez el resto del contrato, supuesto conocido como nulidad parcial. Las lagunas en uno y otro caso se completan entonces por medio de la integración”. Asimismo, GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico” *AAMN*, núm. 23, 1981, p. 84 señala que “El fenómeno de la integración tiene entidad propia y diferenciada: y consiste en determinar la norma o normas aplicables para regular en su totalidad la relación negocial: siempre conscientes que relación jurídica negocial y norma reguladora se implican mutuamente, siendo solo dos aspectos – subjetivo y objetivo – de una realidad unitaria. Desde un plano funcional, la integración se dirige a determinar los efectos del negocio: la calificación tiende a fijar la naturaleza del mismo y la interpretación tiene como meta patentizar la voluntad de las partes o *lex privata*. No obstante, hay que

Por consiguiente, la función de integración lo que hace es rellenar las lagunas acudiendo a las demás fuentes, especialmente la ley dispositiva y la costumbre, imponiendo deberes de conducta que, si bien no inicialmente previstos, atienden a idéntica naturaleza y finalidad que la relación principal. Tal labor integradora aparece obviamente con mayor intensidad en el campo de los contratos señalándose como ejemplo de contenido integrador al art. 1.258 CC⁶³⁶. La función integradora de la buena fe viene pues a enriquecer el contenido contractual convirtiéndose en fuente de producción de deberes derivados del acuerdo primigenio.

3.2.3. La Buena fe exigible al administrador de sociedades.

Como se ha señalado, la buena fe constituye un principio general del ordenamiento de suerte que actúa de soporte o sustrato ordenador que crea, impregna, informa, interpreta y complementa a la norma jurídica. Dada su naturaleza y trascendencia, resulta aparentemente contrario al proceso de construcción de una institución jurídica que sea la buena fe un presupuesto del deber de lealtad, sino que el argumento debe ser el contrario.

En efecto, de cuanto antecede se desprende que el deber de lealtad encuentra su fundamento en el deber de buena fe entendida en su sentido objetivo o normativo. La lealtad como manifestación o subprincipio jurídico derivado de la buena fe ampara las concretas exigencias o normas de conducta del gestor. La lealtad es expresión del deber de actuar conforme a los requerimientos de la buena fe. Por consiguiente, la fundamentación primera de los deberes de los administradores -tanto del deber de lealtad como del deber de diligencia- se encuentra en el principio general de la buena fe.

Tal argumento habilita el efecto siguiente: toda actuación del administrador de sociedades en el marco de sus deberes fiduciarios que atente contra la buena fe es, asimismo, atentatoria contra el deber de lealtad. Tal asimilación es, a su vez, inferible desde la consideración de que las obligaciones básicas impuestas por el deber de lealtad -art. 228 LSC- así como la relación de supuestos conflictuales que proscribe el art. 229 LSC, tienen un carácter de *numerus apertus* de modo que cualquier actuación del administrador atentatoria a la buena fe y que lesione el interés social tendrá cabida en el concepto de deslealtad en una suerte de tránsito de lo general a lo especial en el marco de la relación de administración.

La actuación leal del administrador tiene como destinatario inmediato a la sociedad pero también encuentra unos destinatarios mediatos que son los socios y los terceros, y en

destacar que la integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo”.

⁶³⁶ GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio...”, cit., p. 84 señala que “El fenómeno de la integración tiene entidad propia y diferenciada: y consiste en determinar la norma o normas aplicables para regular en su totalidad la relación negocial: siempre conscientes que relación jurídica negocial y norma reguladora se implican mutuamente, siendo solo dos aspectos – subjetivo y objetivo – de una realidad unitaria. Desde un plano funcional, la integración se dirige a determinar los efectos del negocio: la calificación tiende a fijar la naturaleza del mismo y la interpretación tiene como meta patentizar la voluntad de las partes o *lex privata*. No obstante, hay que destacar que la integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo”. Por su parte DIEZ PICAZO, L., *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 19 sostiene que “La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y por la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe”.

concreto, los acreedores. En efecto, si bien no es pacífica la posición que extiende la lealtad de los administradores sociales a los terceros⁶³⁷, parece exigible una interpretación teleológica que amplíe el marco subjetivo de la lealtad para con aquellos terceros que interactúan en el desarrollo del objeto social.

Y es que, parece presumible que las exigencias del tráfico mercantil, impongan una acepción extensa del deber de lealtad que acoja no solo a su principal, sino a los terceros que se relacionan con la mercantil superando la tradicional consideración del derecho de sociedades mismo como instrumento de tutela de los intereses de los socios⁶³⁸. No obstante, tal ampliación subjetiva no parece de fácil encaje en la tradicional naturaleza de los deberes fiduciarios y en la configuración interpersonal de la relación fiduciaria.

La relación fiduciaria del administrador de sociedades con la sociedad impone que los deberes fiduciarios sean, exclusivamente, de aquel para con esta, vínculo interpersonal que se materializa en el contrato de administración. No cabría, en tal vínculo intersubjetivo, una ampliación a terceros que admita nuevos vínculos interpersonales más allá de los expresados en el contrato, pero sí una extensión subjetiva en la medida en que los deberes fiduciarios que emanan del contrato de administración imponen al administrador societario una obligación de gestión leal, eficiente, razonable y responsable⁶³⁹.

De cuanto antecede cabe colegir que la ampliación subjetiva de los deberes fiduciarios para con terceros no puede acogerse en nuestro ordenamiento en la medida en que la relación fiduciaria concurren componentes *intuitu personae*. No obstante es posible, a través de una razonable expansión lógica de las disposiciones de la relación de administración -y desde una consideración amplia del objetivo del derecho de sociedades⁶⁴⁰-, admitir la participación del tercero en la relación administrador-sociedad para la restitución de sus intereses.

Así lo prevé nuestro ordenamiento que admite el ejercicio por terceros de la acción de responsabilidad contra los administradores -bien que por vía subsidiaria cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, art. 240 LSC- o bien por vía de la acción

⁶³⁷ Así, la STS de 11.11.2015, sostiene que "...el deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos".

⁶³⁸ Así GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las...*, cit., p. 295, sostiene que el Derecho de sociedades es un instrumento de tutela de los derechos de los socios a través de la cláusula del interés social que impone el deber de lealtad.

⁶³⁹ Así, sostiene ALEJOS GARMENDIA, B., *Los deberes de diligencia y de lealtad de los...*, cit., pp. 15 ss., que "...existen razones que pueden justificar que *los deberes fiduciarios* sean también en relación a terceros y no únicamente a la propia sociedad. Bien es verdad que para tal fin habrá que superar la tradicional interpretación de la fiducia y adoptar una menos restrictiva. Y si tal planteamiento excede de la necesaria ortodoxia interpretativo será necesario entonces explorar otras vías de interpretación que permitan que los terceros acreedores perjudicados por conductas no diligentes y desleales de los administradores que violando el interés social han comprometido el patrimonio de la entidad, puedan accionar para solicitar responsabilidad en base a un mala praxis, contraria a la que corresponde a un ordenado empresario y un representante leal".

⁶⁴⁰ ZULUAGA ISAZA, F / LOTERO ROBLEDO, M., "Los problemas de agencia en materia societaria: análisis comparado", Universidad EAFIT. Escuela de Derecho. 2010, p. 7, sostienen que "El objetivo del derecho societario es buscar la maximización de la riqueza de todos los sujetos vinculados a la compañía: socios, administradores y terceros acreedores, por medio de unos mecanismos que generen unos costes mínimos de transacción".

individual de responsabilidad, art. 241 LSC procurando la satisfacción de sus intereses que se hayan visto directamente lesionados por actos de los administradores.

Por otra parte, la lealtad resulta también exigible entre los distintos miembros del órgano de administración, esto es, de los unos para con los otros de suerte que constituye una actuación desleal la del administrador que, con conocimiento del comportamiento desleal de otro administrador, no lo pone en conocimiento de la sociedad. Con todo, el principio general de la buena fe ha de ser oportunamente adaptado a la posición del administrador en las sociedades de capital en relación con el deber general de lealtad una adaptación que redenomina el principio general de la buena fe en el marco de la relación de administración.

En efecto, la buena fe exigible al administrador de sociedades es de carácter objetivo, como deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. De la relación directa, como una suerte de desmembramiento -de lo general a lo especial-, entre buena fe y lealtad -o, con más adecuada terminología, de lo general a lo “menos general” dada la generalidad de los términos con que, asimismo, se formula el deber de lealtad-, se infiere que la lealtad deviene la proyección normativa, esto es la positivación en sede de deberes derivados de relaciones fiduciarias, del principio general de la buena fe.

Ahora bien, la adaptación del principio de buena fe a la labor del administrador de sociedades no puede abstraerse del escenario económico y social en el que concurre. En tal sentido, el principio de buena fe permite acoger las exigencias derivadas de la buena práctica empresarial, de cumplimiento de las conductas de mercado y de fidelidad hacia otros miembros de la organización social que pueden quedar soslayados por una interpretación restrictiva del deber de lealtad. De este modo, como principio integrador de todo el comportamiento del administrador, colma el contenido de su estatuto jurídico y actúa como cláusula de cierre del sistema⁶⁴¹.

En efecto, a partir de la relación jurídica de administración, el administrador habrá de actuar en el ejercicio del cargo en atención a la buena fe, a los usos y prácticas generalmente admitidas y a la ley. Pero además, el administrador ha de cumplir también con los comportamientos éticos que se consideren adecuados con la imagen y la reputación de la sociedad sin que su parámetro de actuación pueda desvincularse del ecosistema intra-empresarial -vinculación subjetiva a los valores, principios y objetivos que identifican a la empresa social- y del extra empresarial -vinculación objetiva al escenario empresarial-.

Por consiguiente, los deberes de diligencia y de lealtad pueden ser tratados como principios o subprincipios derivados del deber general de la buena fe. A través del soporte normativo de la buena fe y de las funciones informadora e integradora que le corresponden, los deberes de los administradores pueden ser objeto de reconstrucción, allí dónde la regulación legal no ofrece determinación suficiente⁶⁴².

Ahora bien frente a aquella consideración tradicional de la buena fe como principio integrador del ordenamiento en general, y del derecho privado en particular, que impregna todo el estatuto de deberes como cláusula de cierre del sistema, se ha abierto otra posición,

⁶⁴¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad...”, cit., p. 143.

⁶⁴² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Buena fe”, *EJB*, I, 1995, p. 833.

que nace en la doctrina norteamericana⁶⁴³, que concibe a la buena fe como un deber fiduciario más, con carácter autónomo junto a los de diligencia y lealtad, que se reputaría idóneo para abarcar aquellos supuestos de actuaciones contrarias al interés social que los deberes fiduciarios tradicionales no son capaces de acoger.

Tal posición configura autónomamente la regla de la buena fe como otro “sub-deber”, al igual que lo son la diligencia y la lealtad, derivado del principio general de la buena fe que cimenta el estatuto del administrador de sociedades, configurado por una triada de deberes -diligencia, lealtad y buena fe- frente al tradicional binomio de los deberes de diligencia y de lealtad⁶⁴⁴.

El argumento expuesto no parece, sin embargo, trasladable del sistema anglosajón a la rigidez de nuestro ordenamiento en la medida en que: i) el principio de la buena fe, como principio del derecho, se proyecta en todo el ordenamiento de suerte que, dotarlo de existencia autónoma e individualizada junto al deber de lealtad y diligencia, no parece admisible por cuanto aquellos deberes también participan de la buena fe, ii) el legislador ha optado por enunciar los deberes fiduciarios en fórmulas paramétricas despreciando los enunciados “*numerus clausus*” con formulaciones de casos tasados que impidan abrazar otros casos más allá de los que la letra de la ley revelan.

Desde esa última perspectiva y, atendiendo a que la construcción anglosajona de la tríada de deberes tiene su premisa en que los deberes de diligencia y lealtad no cubrirían todas las formas de comportamiento indebido lo cual sí sucedería si se añade a los dos deberes fiduciarios el deber de buena fe⁶⁴⁵, nuestro ordenamiento sí permite tal *vis expansiva* de los deberes fiduciarios a otros no comprendidos en su tenor literal lo que permite mantener la concepción del principio general de la buena fe como principio general integrador y rector de los deberes fiduciarios siendo éstos la especificidad de aquel en el seno de las relaciones representativas.

3.3. Obrar en el mejor interés de la sociedad.

El interés social se presenta como el fin de la actividad gestora del administrador y determina sus deberes de lealtad y diligencia. Estamos ante el concepto que constituye la brújula que orienta la conducta de los órganos de la sociedad y el instrumento que permite detectar las desviaciones de poder en la organización (abuso de las mayorías o conflictos de interés de los socios) y en la gestión social (los “conflictos de interés” de los administradores)⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Entre otros, EISENBERG, M., “The duty of good faith in...”, cit., posición que ha sido objeto de mención, v. *Supra*. Cap II. Apart. 4.2, pp. 74 ss.

⁶⁴⁴ Tal posición ha sido acogida en nuestra doctrina. Así, señala HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber de diligente administrador...”, cit., pp. 145 y 146, que “...la posición de administrador precisa atender a criterios objetivos sobre los cuales basar el cumplimiento del principio general de la buena fe en el orden empresarial. Y en tal sentido, la objetivación de las relaciones empresariales reconoce la exigencia, junto a los mercantiles, de una buena fe objetiva, en virtud de ello, cualquier comportamiento de los administradores que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe en las decisiones de carácter empresarial ha de dar lugar a la consiguiente responsabilidad”. Por tanto, el recurso a la buena fe, “como un tercer elemento de la conformación de los deberes generales del administrador es expresión del del Principio General de la buena fe en las relaciones jurídicas”.

⁶⁴⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco...*, cit., p. 31.

⁶⁴⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad...”, cit., p. 11, sostiene el autor que “El interés social apunta siempre, sea cual sea la opción que se quiera acoger en su entendimiento, a un problema básico de asignación de recursos. Se trata de establecer un criterio que

La reforma de la Ley de Sociedades de capital operada por la Ley 31/2014 ha mantenido la construcción del deber de lealtad sobre la base de la protección del interés social como parámetro de referencia de la actuación del administrador, sin concretar el contenido del interés social cuestión que, ciertamente, rebasa el objeto del legislador en esta sede y que constituye uno de los mayores interrogantes de la disciplina societaria⁶⁴⁷.

En efecto, si de modo inmediato el deber de actuar de buena fe atiende a la necesidad de adecuar el comportamiento del administrador a las exigencias de la honestidad, corrección y de lo que cabría esperar de él, en el fin mediato tal conducta ha de procurar la maximización del interés social⁶⁴⁸ actuando, dicho interés, como finalidad gestora que causaliza la relación del administrador con la sociedad.

La preocupación por el gobierno de las sociedades, intensificado en las últimas décadas, ha despertado siempre el interés de la doctrina. El estudio del debate sobre el gobierno de la empresa puede dividirse en una doble perspectiva: la del fin y la del medio. En cuanto al fin se hace referencia al debate sobre el concepto del interés social debatiéndose modernamente la inquietud de si, en su seno, se deben integrar otros intereses redefiniendo la fórmula clásica del interés social como “maximización del beneficio societario”.

Respecto al medio, se hace referencia al ejercicio del poder dentro de la estructura de los órganos de gobierno. Así, dentro de tal estructura de gobierno se distinguen tradicionalmente dos modelos; el modelo monista en el que existe un solo órgano de administración -administrador único, varios mancomunados o solidarios, consejo de administración- que es el modelo típico de los sistemas anglosajones y el seguido en España, y el modelo dualista que incluiría, junto al propio órgano de administración, otro órgano, de corte fiscalizador, denominado consejo de vigilancia siendo éste el modelo seguido por ordenamientos tales como el alemán, el francés o el italiano.

La cláusula de interés social ha venido a suplir la imposibilidad reconocida de una regulación completa *ex ante* de toda la actividad a desarrollar por el administrador de sociedades. Y así, como ni se puede ni se quiere encerrar en formulaciones estancas el conjunto de actuaciones del administrador de sociedades, el mandato de la observancia del interés social viene a constituir una fórmula para garantizar la forma en que el órgano de administración cumple con sus deberes derivados del contrato social⁶⁴⁹.

determine cómo debe de administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad. Orientar el interés social en una u otra dirección es apuntar como beneficiarios de esos elementos patrimoniales a unos u otros sujetos”. Y más adelante dice que también puede sostenerse que “(...) definir el interés social tiene un propósito primordial: sentar una regla tajante en el comportamiento de los administradores, a favor de la primacía del interés de la sociedad sobre cualquier otro que pudiera proyectarse sobre la actuación de los administradores”.

⁶⁴⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores...*, cit., p. 145,

⁶⁴⁸ En ese sentido, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit., p. 41 conecta el deber fiduciario del administrador con la obligación de perseguir el interés social, y esta con el principio general de la buena fe.

⁶⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de...*, cit., pp. 38 y 39., sostiene el autor que la imposición de un deber de actuar de conformidad con el interés social “no es sino un forma de referirnos a lo que todos los socios habrían establecido *ex ante* si hubieran previsto los concretos conflictos de intereses...”.

En efecto, la defensa del interés social es, como se ha señalado, un principio rector del derecho societario español en general y de la actuación del administrador de sociedades en particular. El debate sobre el concepto del interés social tiene un alcance general dado que enfrenta a dos valores no siempre coincidentes, a saber: el mercado y el interés común. Nos encontramos pues, ante una cuestión de enorme relevancia que trasciende de lo jurídico, pues los principios en los que se fundamentan las diversas posiciones al respecto, parten de distintas disciplinas -tales como la economía, la sociología, la filosofía, la política, etc-. De ahí que podamos decir que nos encontramos ante un debate esencialmente ideológico⁶⁵⁰.

El administrador no ha sido elegido por los socios para proteger a sus clientes y proveedores, sino para administrar el patrimonio social y hacerlo rendir, lógicamente dentro de los límites y condiciones que la Ley pone a la actuación en el mercado y con respeto absoluto al contrato social reflejado en los Estatutos. Su objeto de preocupación y dedicación es el interés social.

Planteada la cuestión en esos términos, se trata de delimitar el objetivo a alcanzar ya que, si el objetivo es exclusivamente la maximización del valor de la empresa social, se estará atendiendo únicamente al interés económico y particular de los socios mientras que si dicho objetivo pretende incorporar el interés de otros grupos -v.gr., trabajadores, acreedores, proveedores, intereses vecinales, medioambientales, de comunidades, socio-culturales, etc-, el interés social se redimensiona acogiendo en su seno nuevos núcleos de atención.

⁶⁵⁰ RAWLS, J., *Una teoría de la justicia*, ed. Fondo de cultura económica, México, 1997, p. 549. Se trata, en definitiva, del conflicto entre libertad e igualdad. Es decir, de la cuestión de hasta qué punto ha de garantizarse la igualdad de los individuos y hasta qué punto son libres conviviendo en sociedad. La cuestión tiene pues, su tronco en el derecho constitucional y en el concepto del estado como garante del bienestar y como estado social. En sentido similar, cabe plantear el referido debate ideológico en las posiciones antagónicas entre los que defienden el análisis económico del derecho y quienes defienden las denominadas posiciones constitucionalistas atendiendo a criterios de justicia. Como señala HERNANDO NIETO, E., “El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 62. 2012. p. 43., “El Análisis Económico del Derecho tiene como premisa a la eficiencia y a la libertad de las partes para determinar entre ellos la mejor manera de desenvolverse en el mercado. En contraposición, el neoconstitucionalismo le otorga un especial valor a los ideales éticos y morales como principios unificadores del ordenamiento jurídico”. Ahora bien, al análisis económico del Derecho se le ha criticado su postulado de que la eficiencia debe ser el único objetivo de las normas jurídicas, pues entre la eficiencia y la justicia (distributiva) hay un conflicto. En tal sentido POSNER, R. A., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *J. Legal Stud.*, núm. 8, 1979, pp. 119 y ss; CALSAMIGLIA, A., “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, p. 120, que viene a distinguir entre la entre el individualismo que propugna el análisis económico del derecho con los criterios de ética y moralidad que acompañan a los postulados de justicia social señalando, en el primer caso, y al compás de las teorías capitalistas clásicas que, “en un mercado competitivo los individuos racionales y egoístas que persiguen su propio interés producen -sin tener conciencia de ello y guiados por una mano invisible- un resultado ni previsto ni querido: el mayor beneficio social”. Relacionando ambas posiciones con el interés social como criterio rector de la actuación del administrador social, baste señalar que, desde el análisis económico del Derecho, el interés social debe alinearse con la maximización del beneficio de los socios y con la ausencia de todo interés que no sea el propio del titular de los bienes productivos, esto es, la satisfacción única y excluyente del socio o accionista -teoría de los partícipes o *shareholders*-. Bajo el criterio de la justicia distributiva, el interés social debe alinearse con el interés de todos los elementos implicados en el desarrollo del objeto social siendo que, la consecución del interés de todos beneficiará al interés de la compañía como empres social, esto es, se atiende a todos los que tengan, directa o indirectamente, un interés en la compañía -teoría de los interesados o *stakeholders*-.

La consideración tradicionalmente enfrentada del interés social se centra en los sujetos que deben ser comprendidos en dicho concepto, y por tanto los sujetos a cuyo beneficio se debe orientar la actividad empresarial. Un debate que surge desde la contraposición histórica entre las dos principales corrientes doctrinales, la teoría contractualista -o monista- y la teoría institucionalista -o pluralista-⁶⁵¹, reproducido en buena medida en el debate más reciente entre la teoría de los partícipes o *shareholders* y la teoría de los interesados o *stakeholders*⁶⁵².

3.3.1. Teoría monista o contractualista.

La perspectiva monista del interés social surge en Estados Unidos con el objetivo de garantizar la mayor independencia posible de los empresarios en ejercicio de la actividad económica⁶⁵³. Los defensores de esta tesis⁶⁵⁴ consideran en consecuencia que debe ser el mercado el que, a partir de la contraposición de fuerzas, logre la mayor eficiencia económica con su consecuente beneficio tanto para la empresa como para la comunidad en la que ésta ejercita su actividad. Por tanto, bajo esta tesis las decisiones sociales deben adoptarse siempre cuidando de no perseguir intereses extra-sociales diferentes al común de todos los socios.

La teoría contractualista entiende que la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad, en tanto comunidad de intereses, legitima al socio a participar políticamente para la consecución de sus fines individuales. Esta concepción es la que ha informado tradicionalmente el derecho societario moderno debido a la imposibilidad de impugnar

⁶⁵¹ Centraremos el debate doctrinal, por su mayor repercusión y trascendencia, en estas dos teorías -monista y pluralista- si bien cabe hacer referencia a otras de menor trascendencia como la dualista y la finalista. La teoría dualista (o pluralista limitada) afirma que el interés de la sociedad se integra únicamente por el interés de los socios y por el interés de los trabajadores, esto a partir de la influencia de la “cogestión”. La teoría finalista, por su parte, sostiene que el interés social debe considerar: la optimización del lucro, la correcta valoración de los intereses y la consideración igualitaria de intereses.

⁶⁵² VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad...” cit., p. 299, señala que “La concepción contractual de la sociedad, presidida por el tradicional criterio de la obtención del lucro repartible entre los socios (art. 1665 CC y 116 CdC) ha evolucionado hacia una identificación del interés social con la “creación de valor para el accionista”, esto es, la *share value*. La doctrina institucionalista, precursora de la llamada responsabilidad social corporativa, da prioridad en la delimitación del interés social a la función de la sociedad en el mercado, reconociendo distintos intereses afectados por su actividad económica, entre ellos los de los llamados *stakeholders*, los trabajadores, los acreedores y las instituciones públicas”.

⁶⁵³ El derecho societario norteamericano, sin negar la existencia de otras teorías y corrientes doctrinales al efecto pero de forma minoritaria, ha señalado que el objetivo principal de toda corporación es proteger el interés de los accionistas. Así se ha pronunciado mayoritariamente la jurisprudencia -v.gr., *case Dodge v. Ford Motor Co* de 1919 que dispone que “*A business corporation is organized and carried on primarily for the profit or the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end*”.

⁶⁵⁴ Entre otros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de sociedades...*, cit., p. 1808; ASCARELLI, T., “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, *RDPC*, núm. 19, 1951, pp. 1160 ss.; TRÍAS SAGNIER, M., “El sistema de protección del accionista inversor”, *RdS*, núm. 14, 2000; GARRIGUES, J., “La protección de las minorías en el Derecho español”, *RDM*, núm. 72, 1959; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 204. Acuerdos impugnables” en JUSTE MENCÍA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital...*, cit., p. 194 donde sostiene el autor que el interés social es el interés común de todos los socios sobre la base del concepto de sociedad que se encuentra en el art. 1665 CC y 116 CdC; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, núm. 246, 2002, pp. 1663, donde, asimismo, señala que “definir el interés social tiene un propósito primordial: sentar una regla tajante en el comportamiento de los administradores, a favor de la primacía del interés de la sociedad sobre cualquier otro que pudiera proyectarse sobre la actuación de los administradores”.

un acuerdo por aquel socio que ha votado positivamente por el mismo, así como por la ausencia de normas jurídicas que configuren un deber de votar en un concreto sentido en determinadas circunstancias⁶⁵⁵.

En tiempos modernos esta teoría encuentra su apogeo, aun cuando con nuevos planteamientos, en la teoría del *shareholder value* del modelo anglo-americano. Conforme a esta visión –que surge a partir de la década de los años ochenta, inicialmente en Estados Unidos, pero luego extendida en otras latitudes–, aplicable principalmente a las grandes sociedades cotizadas, se entiende el interés social como “la creación de valor para el accionista”. En otras palabras, se concibe el interés social como el objetivo de la maximización del valor actual de las acciones⁶⁵⁶.

Por tanto, la perspectiva contractualista tiende a concebir la cuestión desde un ámbito puramente formal, esto es, haciendo descansar el foco de atención sobre los instrumentos contractuales que constituyen la sociedad entendiendo ésta, desde el ámbito de la economía de la empresa, como una red de contratos. La teoría contractual considera como el mejor criterio del fin social, el criterio objetivo de “creación de valor” para el accionista -*shareholder value*⁶⁵⁷-, en el que el interés directo del socio tan sólo se puede identificar con una perspectiva económica, que es el incremento patrimonial, lo que se corresponde con un único fin material, exclusivo y excluyente, para el accionista, a saber; el incremento del valor de su acción⁶⁵⁸.

Ello implica que el interés social no se puede identificar más que con el interés exclusivo de los accionistas que no es otra cosa que la maximización del valor de sus activos. Esta

⁶⁵⁵ Cabe señalar que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014 en el régimen de impugnación de acuerdos sociales eliminando la distinción entre acuerdos nulos y anulables del régimen previgente (conforme al art. 208 LSC, un acuerdo impugnado con éxito determina su nulidad), no se excluye de la legitimación para la impugnación al socio que haya votado a favor -art. 206.1 LSC-, sino que sólo se exige tener la condición de socio y una participación individual o conjunta del 1% del capital social. Sobre este particular, VIVES RUIZ, F., “La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil”, *RAJL*, Madrid, 2014, p. 80: asimismo, PERDICES HUETOS, A., “Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Dir.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, ed. Cizur Menor, Madrid, 2014, pp. 127 ss.

⁶⁵⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “Interés Social, Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, en AA.VV., “*Responsabilidad Social Corporativa (aspectos jurídicos y económicos)*”, ed. Universitat Jaume I, Castello de la Plana, 2005, pp. 13 ss., sostiene el autor que “Esta concepción del interés social responde de forma muy adecuada a lo que algunos autores denominan “el capitalismo de los inversionistas”, donde el grupo dominante de la actividad económica son los inversionistas y en donde la “competencia” es el elemento central de la creación de valor y de mercado”.

⁶⁵⁷ SABOGAL BERNAL, L. F., “El interés social: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa”, *Revista e-mercatoria*, núm. 10, 2011, p. 5, señala en relación a la doctrina empresarial de la *shareholder value* que “Se concibe el interés social ya no tanto bajo la idea de un beneficio económico encaminado a repartir las utilidades de los socios, sino a un interés que busca la maximización del valor actual de las acciones”.

⁶⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad...”, cit., p. 34, sostiene que de conformidad con la *shareholders value theory* “i) el valor de las acciones en el mercado público de valores deja de ser un mero reflejo de la situación económica de la compañía y pasa a convertirse en el mismo fin de la empresa, ii) desde el punto de vista financiero es bien discutido el tema de la formación de los precios bursátiles, especialmente en el que tiene que ver con los métodos de valoración y los criterios de medición del valor que se dice creado, y iii) la experiencia ha mostrado cómo una aparentemente correcta creación y/o maximización de valor para el accionista no siempre es legítima ni coincide con una adecuada gestión de la empresa”.

visión descansa en la idea liberal de la idoneidad del mercado como el más adecuado parámetro para establecer los precios de los activos. Se trata pues, de una concepción financiera del interés de la empresa, que tiende a dar preeminencia al valor de los recursos financieros más que a la productividad de bienes y servicios. El interés social es la causa económica del contrato social que, en el marco de la economía de mercado, no puede más que obedecer a maximizar las decisiones de inversión motivando los movimientos de capitales.

Dicha perspectiva supone la negación de ningún otro interés de forma directa, que no sea el propio de los socios, suponiendo así una posición contraria al reconocimiento de una responsabilidad social corporativa. La función del administrador y de la empresa es crear valor, que redundará lógicamente en el accionista. Lo demás, la apreciación de cualquier otro interés, es tarea para el legislador, y no puede serlo del administrador que ni puede ni debe saber qué es lo mejor para el interés general de la sociedad. El administrador de sociedades se debe, por consiguiente, única y exclusivamente, a los intereses de los socios maximizadores de sus inversiones.

No obstante, en los últimos años algunos de los defensores de esta teoría han comenzado a flexibilizar la posición contractualista o monista del *shareholder value* para entender o admitir que el hecho de que se defienda primariamente el interés de los accionistas no significa desconocer los otros intereses que confluyen en la empresa, pues consideran que el hecho mismo de proteger a los accionistas comporta un simultáneo beneficio para los derechos de los demás sujetos afectados por la actividad empresarial.

Y en esa línea de moderación de posiciones excluyentes hay que señalar que en las modernas tendencias doctrinales y legales⁶⁵⁹ cabe, en efecto, apreciar un progresivo distanciamiento de aquellas posiciones cerradas que niegan cualquier otro interés distinto del de los accionistas aceptando que la administración societaria también debe considerar, aun cuando de forma subordinada a los intereses de los socios, otros intereses⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Ejemplo de tal evolución lo constituye el ordenamiento anglosajón, tradicionalmente vinculado a posiciones contractualistas rígidas, donde ya se puede apreciar una progresión hacia tendencias marcadamente pluralistas o institucionalistas. Así, la *Companies Act* inglesa de 1980 disponía ya en su art. 46 que “en cumplimiento de sus funciones los administradores deben tomar en consideración los intereses de los trabajadores y el de los accionistas”. Y la *Companies Act* de 2006 establece en la sección 172 relativo al “*Duty to promote the success of the Company*” que “los administradores deben buscar el éxito de la empresa en beneficio de todo el conjunto de miembros que la integran, y que para ello, debe tomar en consideración, entre distintos aspectos, los siguientes: el interés de los trabajadores; la necesidad de fomentar las relaciones comerciales con proveedores y consumidores; el impacto de las actividades empresariales en la comunidad y en el medio ambiente; la importancia de mantener un alto estándar de reputación en las conductas empresariales; la necesidad de actuar correctamente con el conjunto de miembros de la empresa; y finalmente, bajo determinadas circunstancias, también tener en consideración el interés de los acreedores”.

⁶⁶⁰ Ese acercamiento a posiciones abrazadoras de todos los elementos de incidencia en las organizaciones empresariales ha obedecido fundamentalmente a: i) la importancia de la responsabilidad Social Corporativa, ii) la influencia de las modernas teorías de la empresa como nexo de contratos conforme a la cual se presume que los *stakeholders*, en la medida que están económicamente interesados en la actividad empresarial, hacen parte del contrato social y iii) la presión que sobre el tema ha ejercido la Comunidad Europea.

3.3.2. Teoría pluralista o institucionalista.

Esta doctrina surge en Alemania⁶⁶¹ a partir de las corrientes de pensamiento que defendían la “teoría de la empresa en sí” durante los primeros decenios del siglo XX. Conforme a esta visión, los administradores en su gestión deberán promover, además de los intereses de los titulares de la propiedad, los intereses de otros sujetos que se ven involucrados en la empresa, y en esa medida no satisface plenamente sus obligaciones con la mera garantía de los intereses lucrativos de los socios⁶⁶².

Actualmente estas ideas pluralistas del interés social se recogen y se actualizan bajo la idea del *stakeholder value* -teoría de la creación de valor compartido, o bien, creación de valor para todas las partes implicadas en la actividad empresarial-, la cual en suma, sobre una idea más de empresa como categoría superior que de sociedad⁶⁶³, incorpora y recoge muchos de los elementos de los diferentes modelos con tendencia pluralistas⁶⁶⁴ y del movimiento de la “Responsabilidad Social Empresarial”.

⁶⁶¹ Las teorías institucionalistas encuentran sus orígenes más influyentes en la teoría alemana conocida como *Unternehmen an sich*, planteada originariamente por el empresario y político RATHENAU, W., *Vom Aktienwesen-Eine geschäftliche Betrachtung*, ed. Fisher, Berlín, 1922 con desarrollo posterior desde un planteamiento jurídico por HAUSSMANN, F., *Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht*. Mannheim. Berlín. Leipzig, 1928, pp. 9 y ss., y más tarde, y con mayor detalle, por NETTER, O., “*Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich"*”, en AA.VV., *Festschrift für Albert Pinner zu seinen. Geburtstag*, Berlín. 1935., pp. 507 ss., Esta teoría se hizo manifiesta en el ámbito de la legislación alemana con el §70.1. AktG de 1937 que incorporó entonces la denominada “cláusula del bien común”. Esta norma dispuso que el *Vorstand* (consejo de dirección) tendría que gestionar la sociedad “según las exigencias de los intereses de la empresa, de los trabajadores y del bien común del pueblo y del Reich”, con lo que se buscaba que la administración societaria dirigiera la sociedad teniendo en cuenta, junto con los intereses de los socios, otros intereses involucrados en la sociedad. La *Aktiengesetz* de 1965 suprimió las referencias al interés que debía ser impulsado por la administración de la sociedad, si bien, la doctrina entendió mayoritariamente un mantenimiento del principio de la Ley anterior, al respecto ESTEBAN VELASCO, G., “*El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*”, ed. Civitas, Madrid, 1982. pp. 231 ss y pp. 586 y ss.

⁶⁶² BAUMS, T., “Corporate Governance in Germany: System and Current Developments”. *Working paper, Universität Osnabrück*. 1988, p. 6., que un ejemplo de lo cual lo constituye el Código de Gobierno Corporativo Alemán que en sus distintos apartados (núms.: 3.1: 3.7: 4.1.1: y 5.5.1), dispone que los administradores no deben actuar sólo y exclusivamente en interés de los accionistas, sino más bien actuar conforme al interés de la empresa, entendido en su sentido amplio. “No existe así pues para los administradores en Alemania el deber de maximizar sólo el valor de las acciones, sino que, se les exige también comportarse como un “buen ciudadano”, dentro de lo que se encuentra proteger los intereses de los *stakeholders*”.

⁶⁶³ En el marco de la teoría institucional se prefiere hablar más de “empresa” que de “sociedad” elevando la idea del “interés de la empresa” sobre la del “interés de la sociedad” y considerando la primera como una categoría superior en donde se acopla mejor la idea de un interés de corte pluralista. En efecto, sostienen que la “empresa”, sin perjuicio de constituir una noción más económica que jurídica, es un organismo en el que convergen múltiples intereses, entre ellos el interés de los socios (o propietarios), pero también el interés de los trabajadores, los acreedores, los proveedores, los clientes e incluso el Estado.

⁶⁶⁴ HANSMANN, H / KRAAKMAN, R. H., “The End Of History For Corporate Law”, *Yale LJ.*, núm. 235, 2.000, pp. 3-7 se refieren a los siguientes modelos con tendencias pluralistas: (i) el *Manager-oriented model* (aplicable especialmente a las grandes compañías), según el cual los administradores deberían conservar la mayor independencia posible respecto de los accionistas, pues de este modo estos profesionales podían dirigir la sociedad de manera desinteresada y técnica en función de los intereses generales (la principal crítica a este modelo consistía en que tanta independencia de los administradores abría la puerta para que aquellos actuaran en pro de sus intereses personales): (ii) el *Labor-oriented Model*, que pretendía alinear los intereses de los trabajadores con los intereses de la compañía permitiendo que éstos participaran en la dirección de la sociedad: este modelo tuvo especial acogida en Alemania, pero luego no consiguió extenderse suficientemente a otros países (la principal crítica a esta visión es que el voto de los trabajadores para la toma de decisiones corporativas muchas veces conduce a ineficiencias, parálisis o consejos de

Las teorías institucionalistas identifican el interés social con una noción abstracta y abierta de estabilidad, conservación y rentabilidad de la empresa, desvinculado en sentido estricto del interés de los socios, con tendencia a la despersonalización de la sociedad y a dotar de relevancia al empresario social como sujeto titular del interés. Sintéticamente, la consecuencia última de esta postura es la conducción de la actividad empresarial en promoción de la expectativa material de los socios y también de los demás sujetos afectados por la misma existencia de la empresa acercándose al planteamiento de la *stakeholder theory* o de la Responsabilidad social corporativa.

Desde esta teoría pues, la principal responsabilidad de la sociedad es crear el mayor valor posible para todos los *stakeholders*, esto es, para todas las partes implicadas en la empresa. A estos efectos, en la disciplina de la administración empresarial normalmente se reconocen dos grupos de partes implicadas que la empresa debe proteger: (i) el primer círculo de *stakeholders* (o grupo primario) son los propietarios (socios o inversionistas), los empleados, los consumidores y proveedores, y la comunidad local; (ii) un segundo círculo de *stakeholders* son la competencia, el gobierno, los medios y los especiales grupos de interés⁶⁶⁵.

Por consiguiente, ésta tesis, de la mano de la Responsabilidad Social Empresarial, propone contrarrestar o matizar la fuerte incidencia de la teoría contractual clásica del interés social y la teoría de creación de valor, buscando una mayor apertura hacia una nueva forma de “institucionalismo” de forma que en la actividad empresarial se tengan en cuenta también otros intereses distintos a los de los socios⁶⁶⁶.

Más allá de discusiones doctrinales el concepto de interés social no responde a una formulación unívoca sino que constituye un concepto jurídico indeterminado⁶⁶⁷ cuya concreción ha de ser casuística⁶⁶⁸. En efecto, tal indeterminación deberá ser llenada de

administración débiles, de manera que los costos negativos para la compañía son más altos que los beneficios que aquel modelo puede acarrear): iii) el *State-oriented model* conforme al cual los gobiernos estatales deberían cumplir un papel directo sobre los negocios de las grandes compañías, a fin de asegurar que estas contribuyeran a los intereses públicos (el escaso éxito a largo plazo de los países que implementaron estas políticas, así como el rechazo generalizado en el mundo de Occidente a las corrientes socialistas, hicieron que este modelo fuera abandonado).

⁶⁶⁵ FREEMAN, R.E.; HARRISON, J.S.; WICKS, A.C.; PARMAR, B.L. Y COLLE, S., *Stakeholder theory: the state of the art*, cit., pp. 24 ss., sostiene el autor que “Debe hacerse claridad en que en la evolución de esta teoría hay algunos autores que reconocen otros grupos de interés. (...) De la misma manera, conviene precisar que en las pequeñas empresas normalmente sólo interactúan algunos de esos grupos de interés mencionados”. Una categorización de estos grupos de interés más estrecha puede verse en SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, n° 246, 2002, p. 1666.

⁶⁶⁶ EMBID IRUJO, J.M., “La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil”, *CDC*, n° 42, 2004, pp. 16 y 43.

⁶⁶⁷ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y...”, cit., p. 14, sostiene en relación al concepto multívoco y variable de interés social que “La función orientadora del interés social reclama una imprescindible definición. Es probable que la falta de definición legal pueda ser contemplada como una medida de prudencia tendente a no establecer, de manera taxativa, una guía generalizada e inmodificable a la que deban ajustarse todos los gestores de las sociedades por igual. Pero ese vacío legal también tiene el riesgo de abonar una situación de inseguridad sobre los elementos que integran el interés social”. Por ello, éste no deber ser un concepto que se deje abierto “sino que debe contar con una aceptable delimitación, como presupuesto para hacer posible una correcta actuación de los gestores que sabrán así cuál es la medida principal de su lealtad”.

⁶⁶⁸ ALEJOS GARMENDIA, B., *Los deberes de Diligencia y de Lealtad de los...*, cit., p. 30, señala que “la clave en materia de conceptos jurídicamente indeterminados se encuentra en “el establecimiento de criterios generales que permitan su concreción caso por caso”.

contenido en atención a tres premisas: i) en función del ordenamiento jurídico en cuestión; ii) en función de cada concreta sociedad y iii) en función de la voluntad de los socios plasmada en los documentos sociales, ya sean en los estatutos, códigos de buen gobierno, reglamentos internos o acuerdos de socios al objeto de determinar si existe o no un compromiso de la sociedad en aras de perseguir intereses extra-sociales más allá de los estrictamente lucrativos de sus asociados.

Nada impide, no obstante, a los asociados incorporar en los estatutos una cláusula sobre el interés de la sociedad, que incluya la protección de otros intereses, a cuyo tenor los administradores quedarán obligados, teniendo que respetar en todas sus decisiones de forma equilibrada esos otros intereses, con el único límite de la supervivencia de la empresa⁶⁶⁹.

3.3.3. El interés social en la legislación societaria española, en la jurisprudencia y en los códigos de buen gobierno.

3.3.3.1. En la legislación.

El Derecho español de sociedades de capital no se pronuncia expresamente sobre el contenido que debe darse a la noción de interés social, ni lo ha hecho en el pasado. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no aludía al interés social más que para referirse a la impugnación de los acuerdos sociales que lesionaran los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas⁶⁷⁰ así como a la continuación de la sociedad ordenada por el Gobierno Nacional, inmersa en una causa de disolución siempre que lo estimara conveniente para la economía nacional o para el “interés social”⁶⁷¹.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989, además de esta mención en sede de impugnación de acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad, incorporó una importante previsión que permitía excluir el derecho de suscripción preferente cuando “*el interés social así lo exija*”⁶⁷², que sin duda fue el verdadero origen de las discusiones más interesantes de la doctrina española sobre el alcance del contenido del interés social⁶⁷³. Otros precepto hacen, asimismo, referencia al interés social⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J (Coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2014, pp. 271, 311 y 312.

⁶⁷⁰ Art. 67-1º LSA 1951: “Podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad”.

⁶⁷¹ Art. 151-1º LSA de 1951: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando el Gobierno, a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado o del personal de la Empresa, juzgase conveniente para la economía nacional o para el interés social la continuación de la Sociedad, podrá acordarlo así por Decreto, en que se concretará la forma en que ésta habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados de su derecho, han de recibir los accionistas”

⁶⁷² Art. 159-1º LSA de 1989: “En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento de capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente”

⁶⁷³ ALONSO LEDESMA., “Cuestiones en torno a la válida exclusión del derecho de suscripción preferente en determinados supuestos de aumento de capital” en Juan Luis IGLESIAS PRADA, J. L (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 1466 ss.

⁶⁷⁴ Así lo hacía el art. 134.4 para entablar la acción de responsabilidad contra los administradores: el art. 115.1 como causal de impugnación de los acuerdos sociales: el art. 100.1. como criterio de conveniencia

La abandonada Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, entendió el interés social como “*el interés común a todos los socios*”⁶⁷⁵. No será hasta la Ley de Transparencia de 2003⁶⁷⁶ cuando se introdujo, en la LSA de 1.989, el art. 127 bis, en virtud de la cual la legislación societaria adopta una interpretación normativa del concepto de interés social. En efecto, en la norma en mención se dispuso que los administradores deberían cumplir sus deberes “con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad”⁶⁷⁷.

Por lo que respecta a la Ley de Sociedades de Capital -LSC- en su redacción original, encontramos diferentes disposiciones que hacen referencia al interés social manteniendo, no obstante, esa consideración del interés social como el interés de la sociedad⁶⁷⁸. En sede de deberes de los administradores sociales, y de forma muy similar a la legislación precedente, la LSC define el alcance el “interés social” en su art. 226 cuando dispone que aquellos ejercerán su cargo “como un representante leal en defensa del interés social”, el cual debe ser entendido como “interés de la sociedad”.

La reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que configura el texto actualmente vigente de la LSC, no hace mención a qué debe entenderse por interés social, e incluso elimina la referida mención introducida por la Ley 26/2003, quedando el deber de lealtad de los administradores en una obligación general de actuar “de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”⁶⁷⁹.

para convocar o no una junta general extraordinaria de accionistas: el art. 112.3 como criterio del Presidente de la Sociedad Anónima para denegar la información solicitada por los accionistas con ocasión de la Junta General; y el art. 159.1 como criterio de la junta general para suprimir el derecho de suscripción preferente.

⁶⁷⁵ Véase el art. 122 de la Propuesta de Código de Sociedades mercantiles.

⁶⁷⁶ Cuya correcta nomenclatura es: 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.

⁶⁷⁷ Art. 127 bis. Ley 26/2003: “Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad”.

⁶⁷⁸ Algunas de ellas constituyen una reiteración de la normativa precedente que ya hemos mencionado, así por ejemplo: la intervención del gobierno en caso de disolución (art. 373): en el deber de secreto (art. 332.1): la acción social de responsabilidad (art. 239): como criterio del Presidente de la Sociedad Anónima para denegar la información solicitada por los accionistas con ocasión de la Junta General (art. 197.3): y como causal de impugnación de los acuerdos sociales (art. 204). No obstante, la LSC también se refiere al “interés social” en los siguientes casos: como criterio del liquidador para determinar la conveniencia o no de concretar transacciones o arbitrajes de la sociedad en liquidación (art. 379.3): como criterio del Consejo de Control (en el sistema dual de la Sociedad Anónima Europea) para determinar la conveniencia de convocar a la junta general de accionistas (art. 492.3).

⁶⁷⁹ Art. 227.1 LSC en redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. El art. 215-8.1 de la Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, mantenía igualmente una posición de indefinición: “los administradores deberán desempeñar lealmente el cargo con fidelidad a la sociedad”. Posteriormente, el art. 215-9 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 incorporó la misma mención que el Proyecto de Ley de reforma de la LSC en materia de gobierno corporativo, de la misma fecha, que finalmente se llevó al citado art. 227.1 LSC. Se alude también al interés social al modificar el art. 204 LSC relativo a los “acuerdos impugnables” para precisar que son impugnables cuando “lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”, y luego precisa en el inciso siguiente que: “La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de manera abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

3.3.3.2. En la jurisprudencia.

Si bien el Tribunal Supremo, en los últimos años, se ha abierto más a posiciones pluralistas o institucionalistas, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala Civil del Alto Tribunal, hasta de la Ley de Transparencia de 2003, había sido consistente y reiterada en sostener que el interés social corresponde al interés común de todos los socios. Así, es ya un “clásico” la alusión a la STS de 19 de febrero de 1991, a cuyo tenor;

*“en torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una “institución-corporación” en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc) y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión del interés social”.*⁶⁸⁰

A partir de la Ley de Transparencia, decíamos, se aprecia, por influjo de la responsabilidad social, posiciones más abiertas y abrazadoras de posiciones institucionalistas⁶⁸¹. Ahora bien, no obstante la consideración por el tribunal de

⁶⁸⁰ Otras sentencias posteriores del TS alineadas en la teoría monista son la SSTS (Sala de lo Civil) núm. 825/1998, de 18 de septiembre: núm. 193/2000, de 4 de marzo: núm. 1131/2002, de 29 de noviembre: núm. 186/2006, de 7 de marzo: núm. 400/2007, de 12 de abril: núm. 1229/2007, de 29 de noviembre: la STS núm. 991/2011, de 17 de enero de 2012. Igualmente, la DGRN, en su Resolución de 5 de julio de 1982 también se hace eco de este debate doctrinal: “que en esta materia -sumamente delicada- influye en su solución de una parte la concepción contractualista o institucional que se tenga de la sociedad anónima unido a la concepción de su personalidad jurídica, ya que la primera si lógicamente se limita a regular las relaciones de los socios teniendo en cuenta sólo sus intereses individuales, el interés social coincidirá con el interés común de los socios, mientras que si la sociedad aparece institucionalizada, el interés social no será la suma de los intereses de los socios, sino el del ente social”.

⁶⁸¹ Esto se evidencia especialmente en la STS núm. 873/2011, de 7 de diciembre, a cuyo tenor “Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por “intereses de la sociedad”, dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que “[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.): y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”, a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas: pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc. El artículo 127 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio -hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, parece inclinarse por un concepto institucionalista -[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad...” -, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como “el interés común de los socios” , y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo , con cita de la de 11 de noviembre de 1983 , que “éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis “ en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común” que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a “la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que

acepciones integradoras de otros intereses, sus resoluciones siguen descansando en el contractualismo bien arraigado en el derecho societario español.

3.3.3.3. En los Códigos de buen gobierno.

En el ámbito de las recomendaciones del *soft Law*, el primer documento que se publicó en España sobre gobierno corporativo, el del Círculo de Empresarios de 1996, denominado “Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de administración”, en relación al interés social, advertía en su capítulo primero que constituiría un objetivo deseable para el gobierno corporativo la defensa de los intereses generales de la empresa y de todo el entorno afectado por ella -los *stakeholders*- y que, en tal sentido, los Consejos de administración deberían desarrollar su actividad “con arreglo a los principios de justicia y eficiencia”.

En 1998, el Código Olivencia se presentó como un código ético de buen gobierno de adopción voluntaria dirigido a lograr una “más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de todos los accionistas”⁶⁸². Cabe señalar que el Código Olivencia muestra una fuerte influencia del criterio de la creación de valor para el accionista y así recomienda expresamente establecer como “criterio único de la compañía” el de “la maximización del valor de la empresa o, para decirlo con una fórmula que ha arraigado en medios financieros, la creación de valor para el accionista”⁶⁸³.

Las razones que justifica para alinearse claramente por la posición monista son: i) “es la más adecuada para que haya un ejercicio efectivo y preciso del principio de responsabilidad”; ii) es “la que mejor responde a las expectativas de los inversores, que es a quienes, en definitiva, ha de darse cuenta y razón de la gestión”; iii) es la que

constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría (...). Asimismo cabe destacar la STS de 7.12.2011 que sostiene que los acuerdos sociales que “no persigan razonablemente el interés conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional (...) deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad”. Mencionable es, asimismo, la SAP de Madrid de 11.11.2012 que valida un acuerdo del Consejo de Administración, mediante el cual se aprobó una donación cuantiosa a una Fundación, por considerar que el interés social se ajusta a la cultura de la Responsabilidad Social Empresarial.

⁶⁸² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “El código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración”, *RdS*, núm. 11, 1998, pp. 133 ss.

⁶⁸³ Apart. 1.3, párrafo, 1º, p. 18: “El buen gobierno de las sociedades reclama una clara definición de los fines que debe perseguir la administración de la sociedad. La Comisión ha llegado al convencimiento de que la llamada solución “financiera” es la más adecuada para que haya un ejercicio efectivo y preciso del principio de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, que es a quienes, en definitiva, ha de darse cuenta y razón de la gestión. Por ello, recomendamos establecer como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, como criterio que debe presidir la actuación del Consejo, la maximización del valor de la empresa o, para decirlo con una fórmula que ha arraigado en medios financieros, la creación de valor para el accionista. Frente a otras definiciones o interpretaciones más amplias -pero también más confusas- del llamado “interés social”, nos parece preferible ésta por varias razones: en primer lugar, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara, que facilita la adopción de decisiones y la evaluación de sus prestaciones: en segundo lugar, porque, en mercados competitivos, favorece la formación del capital y la más correcta asignación de recursos: en tercer lugar, porque acompaña eficientemente el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa”.

proporciona a los administradores “una directriz clara, que facilita la adopción de decisiones y la evaluación de sus prestaciones”; iv) es la que “favorece la formación del capital y la más correcta asignación de recursos” en los mercados competitivos; v) es la que “acompaña eficientemente el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa”⁶⁸⁴.

El Informe Aldama recomendó explícitamente la introducción de modificaciones legislativas que se concretaron en la promulgación de la Ley 26/2003, -Ley de Transparencia- que introdujo modificaciones en la LSA y en la LMV entre las que destacan la regulación del concepto de interés social. En este instrumento, el espacio dedicado a adoptar una posición en torno al interés social es ínfimo⁶⁸⁵.

Por su parte, el Código Unificado de Buen Gobierno del año 2.006 -conocido como Código Conthe, objeto de actualización en los años 2013 y 2015-, recomienda, de forma expresa, la adopción de un interés social bajo la “interpretación contractualista” señalando, en su Recomendación 12, que el consejo de administración debe guiarse por el interés social entendido como “la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueve su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”⁶⁸⁶.

No obstante, en seguida matiza su posición al afirmar “Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”, lo que se justifica en la medida que “no es posible desconocer que en toda la actividad empresarial confluyen otros intereses

⁶⁸⁴ Ahora bien, el Código Olivencia, señala asimismo en su apart. 1.3, p. 19 que “Pero esto no significa que el Consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que ésta se ubica. En este sentido, el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales o medio-ambientales), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios”.

⁶⁸⁵ Informe Aldama. Apart. IV.2, señala que “La Comisión quiere insistir en la misión de todos los miembros del Consejo de defender la viabilidad a largo plazo de la empresa, así como en la unidad de acción de todo el Consejo en la protección conjunta de los intereses generales de la sociedad y en la obligación de todos los consejeros de cooperar en ese sentido”.

⁶⁸⁶ En su redacción originaria -2.006- se señalaba en su Recomendación 7 “Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida el valor económico de la empresa.». Para entonces se sostuvo que la versión adoptada: “pone el énfasis en el interés común de los accionistas”, y por ello, el criterio que debe orientar a la administración de la sociedad debe ser el de la maximización sostenida del valor económico de la empresa. La razón de adoptar esta interpretación, según la misma Comisión residía en que a su juicio es: i) la opción “más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de la responsabilidad”: ii) “la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo”: y iii) preferible (frente a las interpretaciones pluralistas) “porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación”.

a los que debe dar respuesta”⁶⁸⁷ lo cual resulta compatible con la introducción de la Recomendación 54 en materia de Responsabilidad Social Corporativa⁶⁸⁸.

Las divergentes concepciones en relación al debate contractualista-institucionalista entre los principales instrumentos de gobierno corporativo pueden sintetizarse de la forma que sigue: mientras el Informe Olivencia y el Código Conthe se afilian decididamente a la concepción contractualista de interés social que lo identifica con la creación de valor para el accionista, el Informe Aldama disiente de dicha posición, distinguiendo el objetivo de creación de valor de la distribución de dicho valor lo que implicaría distinguir, correlativamente, el deber de diligencia del deber de lealtad, subrayando que el interés de la sociedad no puede reducirse simplemente a la mejora en la cotización bursátil de sus acciones⁶⁸⁹ e introduciendo la ética como elemento decisivo del gobierno corporativo, todo lo cual llevó a sus autores a identificar, en el capítulo III.3, el interés social con el “bien de la empresa en su conjunto a largo plazo”, posición de innegablemente cercanía a la perspectiva institucionalista de interés social.

En todo caso, cabe destacar que, a pesar de que la corriente mayoritaria en estos instrumentos sea el alineamiento con la posición monista, se trata de una visión moderada no excluyente de los demás intereses que confluyen en la empresa, especialmente bajo la nueva versión del Código unificado del buen gobierno de las sociedades cotizadas en su versión del año 2015.

Podemos apreciar pues, que la posición legislativa *-hard y soft law-*, jurisprudencial y doctrinal⁶⁹⁰, sin perjuicio de que cabe apreciar una apertura de criterios hacia posiciones

⁶⁸⁷ Apart. II.3.1. Código Unificado de buen gobierno. Versión de 2.015.

⁶⁸⁸ Código Unificado de buen gobierno. Versión de 2.015. Recomendación 54: “Que la política de responsabilidad social corporativa incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos: a) Los objetivos de la política de responsabilidad social corporativa y el desarrollo de instrumentos de apoyo. b) La estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales. c) Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales. d) Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión. e) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial. f) Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés. g) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y la protejan la integridad y el honor”, pp. 45 y 46.

⁶⁸⁹ Informe Aldama. Capítulo III. 2.1.”... Para tratar de manera correcta los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad, la Comisión considera que sería necesario separar nítidamente el aspecto de la creación de valor y beneficios en la empresa, del aspecto relativo a la distribución de ese valor para distinguir correlativamente el deber de diligencia y el deber de lealtad, dentro de los deberes fiduciarios de los administradores. En definitiva, los administradores están sujetos a dos imperativos: maximizar la creación de valor, no entendido ni única ni principalmente como valor de cotización bursátil en un determinado momento, y distribuir correctamente ese valor o beneficio.

⁶⁹⁰ Favorables a la teoría contractualista que entiende el interés social como el interés de los socios, GARRIGUES, J., “La protección de las minorías en el Derecho español”, *RDM*, núm. 72, Madrid, 1959; DUQUE, J. F., “*Tutela de la minoría: impugnación de acuerdos lesivos*”. Universidad de Valladolid. 1957; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de...*, cit., p. 39 ss; JUSTE MENCÍA, J., “*Los derechos de minoría...*”, cit.,; TRÍAS SAGNIER, M., “El sistema de protección del accionista inversor”, *RdS*, núm. 14, Madrid, 2000; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de sociedades...*, cit., p. 1808 y PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 25, donde señala el autor que “el interés social es el que en cada ocasión determina la mayoría de los accionistas mediante la agregación de preferencias individuales, de lo que se deduce que el interés social es variable en función de las decisiones que por mayoría adopte la junta general

institucionalistas, es la posición contractualista. De hecho, nuestra regulación desconfía históricamente de una gestión que no repute únicamente la creación de valor para el accionista, considerando a los socios como únicos sujetos relevantes en la conducción de la actividad empresarial, y siendo ellos los directamente beneficiados por el resultado de la misma y los únicos legitimados para reclamar el respeto de sus expectativas y la reparación de los perjuicios causados a su interés.

3.3.4. El interés social en el debate entre lo jurídico y lo ético.

De cuanto se ha señalado cabe inferir que el componente jurídico de la cuestión bloquea la toma en consideración de componente ético. La cuestión estriba en determinar si el derecho de sociedades es el instrumento idóneo para tutelar los derechos de todos los *stakeholders*, esto es, trabajadores, proveedores, acreedores, “público” en general. La

en cada caso”. Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y...”, cit., pp. 15 ss., y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La primacía de los accionistas y la Responsabilidad social corporativa: ¿una compatibilidad posible?”, Ponencia presentada al Seminario La responsabilidad social corporativa y sus actores. Mitos y desafíos de la Responsabilidad Social Corporativa, Universidad Complutense de Madrid, 2006, pp. 15 y 16., donde sostiene el autor que “la expresión del art. 226 LSC de que el “interés social es el interés de la sociedad” es una simple tautología carente de significado. Ante esta circunstancia, la interpretación dominante en España, amparado en la jurisprudencia, sostiene que el “interés social” debe ser interpretado como el “interés común de los accionistas”. Tal interpretación no significa, sin embargo, que el derecho de sociedades desconozca los otros intereses que confluyen en la empresa, toda vez que existen diversas disposiciones que reconocen derechos de oposición o de información a los acreedores o a los trabajadores. Lo que hace esta interpretación además es simplemente sostener que no es el derecho de sociedades el encargado de tutelar de forma principal esos otros intereses, pues esa es una función que corresponde a otras áreas del derecho como la legislación contractual, concursal, laboral o medioambiental”. Otros autores se han posicionado a favor de una visión del interés social más comprensiva de intereses plurales. ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena.*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 31 ss; ALONSO UREBA, A., “El Gobierno de las Grandes Empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)”, en ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades...*, cit., p. 95 ss; EMBID IRUJO, J. M., “La responsabilidad social corporativa ante el derecho mercantil”, *CDC*, nº 42. 2004. ESTEBAN VELASCO, G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social...”, cit., p. 13 ss., de enorme interés por cuanto admite una interpretación pluralista sobre la base de los siguientes argumentos: “i) la teoría monista no parece ser la más adecuada de cara a la función social de la propiedad, al principio constitucional de libre iniciativa y al carácter institucional de las grandes sociedades: ii) las sociedades no pueden ser consideradas como simples “instrumentos financieros de proyectos económicos circunscritos a los intereses y a la lógica del capital”: iii) los administradores como intérpretes/ejecutores de la responsabilidad social empresarial están facultados para contemplar en sus decisiones los intereses de los distintos grupos implicados en la actividad empresarial: iv) las grandes empresas, como instituciones sociales que reciben aportaciones de diversos grupos, admiten una interpretación más plural de los intereses que deben salvaguardar: v) a partir de la función social de la propiedad y la dimensión social de la empresa puede admitirse que los administradores están habilitados jurídicamente para considerar e incluir dentro de sus decisiones los intereses de los demás grupos implicados: vi) en consideración al margen discrecional que concede la ley a los administradores, éstos pueden atender también los intereses que confluyen en la empresa de forma conjunta y equilibrada con la búsqueda de rentabilidad para los socios: vii) la Ley de Transparencia de 2003 que introdujo el concepto de interés social, aunque sin unas pautas seguras para determinar su contenido, buscó una mayor apertura hacia las ideas pluralistas: viii) los Principios de la OCDE atinentes al gobierno corporativo recomiendan incluir esos otros intereses con miras a garantizar empresas financieramente sanas que perduren en el tiempo”. Conviene, por último, señalar que en el ámbito de las grandes sociedades cotizadas algunos autores no sostienen con tanta contundencia la formulación contractualista del interés social (véase: LARGO GIL, R., “La exclusión del derecho de suscripción preferente”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas III, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1994., p. 629.

respuesta, tras la toma en consideración de lo señalado, parece que deba ser negativa desde la propia naturaleza dispositiva del derecho de sociedades⁶⁹¹, de la concepción económica de nuestro derecho privado y de la tradicional posición del legislador español abonada a la perspectiva contractual del interés social.

Así, no resulta incoherente defender que la protección de los intereses de los terceros no es tarea del Derecho de sociedades, sino del Derecho laboral, civil, concursal, penal o del Derecho administrativo -solución que parece acorde con el “ánimo” al que el art 1.665 CC sujeta el contrato de sociedad-. Pero, especialmente y en la génesis, la tarea de tutelar la pluralidad de intereses se lleva a cabo mediante el vínculo contractual entre los diferentes agentes de suerte que, sobre tal base contractual ordenadora de voluntades autónomas, se construye el régimen de derechos y deberes u obligaciones, y los efectos del cumplimiento e incumplimiento de los mismos deberán ventilarse en el marco de ordenación normativa correspondiente.

Todo lo cual, no significa que los intereses de los accionistas hayan de seguirse a cualquier precio sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho, cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, implícitas y explícitas, concertadas con otros interesados como trabajadores, acreedores, proveedores o clientes, y en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios⁶⁹².

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que la actividad de cualquier empresa tiene una eficacia plural de la que resultan consecuencias para múltiples intereses. Y cuanto mayor es la dimensión de la empresa, mayores y más numerosos son los intereses afectados por la misma. En la medida en que la actuación diligente impone la plena asunción de los efectos de sus decisiones para la pluralidad de intereses, el administrador deberá hacer un ejercicio de ponderación de todos ellos.

No obstante, la adopción por los administradores de un acuerdo o decisión con efectos lesivos no infringe, *per se* su deber de lealtad si con aquel acuerdo o decisión ha respetado el criterio fundamental de un comportamiento leal y diligente: la preferencia del interés social. Que una decisión favorezca a la sociedad es lo que se espera de los administradores y lo que excluye su responsabilidad societaria.

⁶⁹¹ ALFARO JESÚS., “El interés social: planteamiento”, en su blog <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>, sostiene que “Lo que debe hacer un Derecho de sociedades útil puede resumirse en tres objetivos, ninguno de los cuales tiene que ver con la protección de trabajadores, medio ambiente o las comunidades locales. Tales objetivos son los de facilitar el acceso de los empresarios a los tipos sociales corporativos (separando patrimonios): evitar injerencias públicas en la gestión empresarial y proteger a los que invierten su patrimonio en participaciones o acciones de sociedades (reduciendo los costes de transacción entre socios o entre socios y administradores)”.

⁶⁹² Recomendación 7 del Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Mayo 2006: Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos: cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos: respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad: y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente.

En efecto, la defensa del interés social priva de fundamento a cualquier posible acción de responsabilidad basada en la tutela de la sociedad -art. 238 LSC- quedando a salvo las acciones individuales de responsabilidad que puedan interponer los perjudicados no obstante, en la medida en que éstos hayan actuado diligentemente con respeto a la defensa del interés social, carecen de fundamento tales acciones contra los administradores.

Se desprende, nuevamente, la enorme relevancia del concepto de interés social que deviene el elemento determinante para la valoración del comportamiento de los administradores con respecto a la sociedad⁶⁹³ y que, aun alineándonos con la posición monista y entendiéndolo como el interés común de los accionistas, no cabe apreciar una acepción rígida del concepto sino abierta, modulable y determinada por la voluntad del conjunto de propietarios⁶⁹⁴. No merece mayor discusión pues, la consideración de que el cumplimiento de cualquier deber legal de los administradores descansa sobre la primacía del interés social⁶⁹⁵.

Así pues, y en cualquiera de los tipos societarios mercantiles -sean sociedades capitalistas o personalistas-, el interés social se configura como el principio rector a modo de directiva de actuación que actúa como límite dispositivo de la actuación de los administradores sociales. Dado ese rol trascendente, el interés social se presenta como el fin económico-social que motivó su celebración, esto es, la verdadera causa del contrato de sociedad.

El objetivo de la sociedad, como contrato, debe ser el que las partes hayan establecido en el mismo -salvo que otra cosa se disponga en estatutos- que se dirige a la maximización de la rentabilidad de las inversiones realizadas por los socios (arts. 1.665 CC y 116 y ss.,

⁶⁹³ FONT GALÁN, J.I., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante...”, cit., pp. 601 ss.

⁶⁹⁴ PAZ-ARES, C., “La Anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 25, donde sostiene el autor que “Siendo un concepto esencialmente contestable, el interés social no puede definirse sustantivamente, sino procesalmente: el interés social es el que en cada ocasión determina la mayoría de accionistas mediante la agregación de preferencias individuales”. Así como que “...el interés social no constituye un *Grundordnung* (un orden fundamental a descubrir e implementar), sino —a lo sumo— un *Rahmenordnung* (un orden marco a respetar en los términos que luego se dirán). Los que entienden o presuponen que constituye un orden fundamental parten de la premisa (con frecuencia subconsciente o escasamente racionalizada) de que, en realidad, sólo hay una respuesta correcta, que se identificaría con la optimización o maximización del objetivo sustantivo de que se trate”.

⁶⁹⁵ A esta interpretación contractualista del concepto de interés social se refiere asimismo el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas. Junio 2006. Así señala en el expositivo a su Recomendación 7 que a la hora de concretar el significado del concepto de interés social “el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación”. Por ello se recomienda “Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos: cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos: respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad: y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente”

y 133 CdC) o, lo que es lo mismo, maximizar el valor de la empresa a largo plazo⁶⁹⁶. Esta concepción del interés social es insustituible en un sistema económico en el que las sociedades son contratos voluntarios entre particulares para perseguir un fin común y es la única coherente con la maximización de la riqueza en una sociedad organizada económicamente como una Economía de Mercado⁶⁹⁷.

En tal contexto, debe entenderse por interés social lo que resulte más conveniente para el bien de la institución, de la persona jurídica en cuyo nombre y para cuyo interés actúan los administradores sociales⁶⁹⁸. Es la voluntad social la que determina el interés social y, por ende, éste no puede encerrarse en fórmulas inertes sino que es un concepto dinámico adaptable al devenir de los tiempos y nuevas necesidades de los socios.

Éstos, por su parte, deben mantener, como es lógico, en todas sus decisiones el respeto más absoluto por la normativa legal aplicable y exigible a todos los ciudadanos -el ordenamiento en su conjunto- y también a la procedente de la autorregulación -autonomía de la voluntad- contenida en los estatutos sociales, cuyo contenido ha confirmado previamente el Estado -por vía de la calificación por el Registro Mercantil- que se adecúa a la normativa legal.

La función gestora o el desempeño de la función de administración se debe, con carácter exclusivo y fundamentalmente, al interés de la sociedad como institución. Sus decisiones

⁶⁹⁶ No faltan autores, que consideran que el interés social constituye un concepto volátil cuya delimitación corresponderá casuísticamente determinar al juez. Es decir, será el juez el que a través de un examen riguroso y teniendo en cuenta todos los elementos, el que deberá decidir en cada caso, con qué se identifica el interés de la sociedad. Así lo hace ARROYO, I., “Reflexiones en torno al interés social”, en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid., 2002, pp. 1806 ss.

⁶⁹⁷ ALFARO, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *AFDUAM*, núm. 20, 2016, p. 234., donde, además, señala que “La función del interés social dentro del Derecho de Sociedades es la de controlar las decisiones mayoritarias discrecionales para evitar que la mayoría obtenga ventajas particulares a costa del conjunto de los accionistas. Su función es idéntica a la del deber de lealtad de los administradores sociales respecto de la sociedad. Cumple, pues, una función de integración del contrato social, contrato en el que la adopción de decisiones discrecionales está asignada a los órganos sociales. Su función no es sólo la de límite a los poderes discrecionales en una relación contractual, sino también la de hacer compatible con los principios básicos del Derecho Privado y de la autonomía privada la atribución de poderes discrecionales a un particular en su relación con otro particular”.

⁶⁹⁸ COUTINHO DE ABREU, J.M., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, *RdS*, núm. 19, 2002, pp. 40 y ss., se cuestiona el autor si “¿el interés social es algo predeterminado, invariable y único? ¿Existe un solo interés social o varios?...”, para después señalar que “...Existen varios intereses sociales (varios intereses comunes a todos los socios). En verdad interés, es la relación entre un sujeto que tiene una necesidad y el bien o bienes que ese sujeto juzga aptos para satisfacer esa necesidad, dicho elípticamente, es la relación entre una necesidad y un bien. Ahora bien, en el interés social tendremos una relación entre una necesidad, esencialmente, la obtención de beneficios por parte de todos y cada uno de los socios y uno o más bienes determinados –si ese es el caso- en cada acuerdo. En consecuencia, solo uno de los extremos de la relación –la necesidad- es inmutable y constante siendo el otro extremo -el bien jurídico-, variable, pues son muchas las situaciones a las que la sociedad se enfrenta. Siendo así pueden enfrentarse intereses sociales diversos en los asuntos que son objeto de deliberación, ¿a quién corresponde escoger? A la mayoría –en votos-. Es a ella a quien corresponde elegir cual es el bien, cual es el medio más idóneo para conseguir el fin social, es ella quien determina el interés social en concreto. No se confunda, sin embargo, el interés social con el interés de la mayoría o con cualquier definición que de él dé la mayoría. Si así se hiciese, tal confusión llevaría a concluir que todos los acuerdos de los socios -por ser realizados por la mayoría exigida- serían necesariamente conformes con el interés social. A la mayoría le corresponde optar, pero siempre entre intereses comunes a todos los socios, teniendo siempre al fin social común como estrella polar. Concluyendo, se puede definir al interés social como la relación entre la necesidad de todo socio en cuanto tal con la obtención de lucro y el medio considerado idóneo para satisfacerla”.

habrán de ir encaminadas a obtener la consolidación de la sociedad en su esfera de actuación, haciéndola primero viable, procurando su supervivencia y después su crecimiento, manteniendo el equilibrio de los factores presentes en la organización.

En *pro* de este equilibrio se habrán de tener en cuenta el interés de los partícipes, tanto de los mayoritarios como de los minoritarios, pero también en lo posible el de los interesados y los afectados. En las situaciones de conflicto, el interés que debe proteger el gestor es, por encima de todo, el de la sociedad, sin que esté dentro de su responsabilidad ni le sea exigible la protección de otros intereses terceros, desde luego nunca más allá de lo que las leyes y los estatutos le impongan. En otro caso se convertiría al administrador en un adalid social -y no societario-. La protección del interés común no corresponde a la empresa, sino al legislador.

Ahora bien, las modernas corrientes socializadoras del corporativismo societario vienen a rechazar una visión unitaria, economicista y/o maximizadora virando hacia otras soluciones conductuales que acojan a todo el concurrente societario. La preocupación y ocupación por el interés de todo tercero que, de una u otra forma, incida en el desarrollo del objeto social es la corriente actual del movimiento de *corporate governance* dirigido a la satisfacción de un interés que no cabe identificar con, únicamente, el de los socios en la medida en que se ha instalado la acepción de que el compromiso social, económico, medioambiental, etc..., abrazando los intereses de todos los *stakeholders*, es otra fuente de maximización del interés de los socios, de creación de valor corporativo y de optimizar la imagen corporativa.

Siendo pues, la finalidad la misma, se produce una alteración de los paradigmas conductuales utilizados para llegar a ella que trascienden a la naturaleza privada del ente societario ampliando su espectro tutelar, del socio a todos aquellos cuya presencia incide en el desarrollo social.

Por otra parte, 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. Estamos, por lo tanto, ante una primacía absoluta para todo administrador. Debe atender al 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 intereses⁶⁹⁹.

Con todo, a título de conclusión de cuanto antecede, podemos extraer un concepto de interés social como el propio y específico de la sociedad, -maximización de beneficios-consistente en el logro de los objetivos básicos de supervivencia de la entidad, equilibrio de los factores implicados, redistribución de las rentas obtenidas y desarrollo y crecimiento de la organización, priorizados en cada momento por decisión de la junta general a propuesta de los administradores y de acuerdo con las condiciones coyunturales y concurrenciales del entorno⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y ...”, cit., p. 903

⁷⁰⁰ Cabe por último hacer una referencia al interés social en situación liquidatoria, en situación de pre-insolvencia y en situación de concurso. hacer una referencia al concepto de interés social en situaciones de crisis empresarial. Así la SAP de Madrid de 8 de febrero de 2008, haciendo acopio de la doctrina del TS en

4. Relación entre los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad.

Una vez examinado el concepto y presupuestos del deber de lealtad, vamos a detenernos en la tarea de delimitar los contornos y escudriñar la relación entre los deberes fiduciarios de diligencia y de lealtad. Como sabemos, esta estructura dual del cuerpo de deberes de los administradores de sociedades ha sido importada de los países anglosajones cuya doctrina distingue entre *duty of care* y *duty of loyalty*. Tanto uno como otro, sin perjuicio de ofrecer una autonomía conceptual propia, presenta las notas de generalidad y abstracción de suerte que los ordenamientos establecen fórmulas paramétricas, modelos o estándares para facilitar su determinación y adecuación casuística.

Se desprende pues, la función integradora y complementaria de ambos deberes que, dada su trascendencia, asumen el completo protagonismo en la organización del estatuto de deberes del administrador de sociedades. Ambos deberes, -diligencia y lealtad-, unidos por el mismo criterio general de exigencia de actuar en interés del principal, se diferencian por cumplir funciones distintas y aplicarse a supuestos distintos.

El deber de diligencia promueve el cumplimiento y ejecución de la actuación del administrador mientras que el deber de lealtad desarrolla una función protectora del principal en los casos de conflictos de intereses. La diligencia se dirigiría pues a determinar el conjunto de actividades a desarrollar -función de impulso- y la lealtad al modo de desarrollarlas -función de motivación-. De esta forma la lealtad indica el patrón relativo al contenido obligatorio y los límites respecto de los cuales queda sujeto el gestor en caso de conflicto de intereses⁷⁰¹.

Por consiguiente, la infracción del deber de diligencia se sitúa en el marco operativo mientras que la infracción del deber de lealtad se sitúa en un marco ético. Como consecuencia de ello, la ley precisa el carácter imperativo del deber de lealtad -art. 230 LSC- que no se extiende al de diligencia, por lo general, dispositivo⁷⁰². Cuando se persiga

la materia (entre otras. STS de 30.5.1997, de 2.7.2003 o la de 15.7.2003) señala que “Es por ello que la doctrina científica es pacífica al afirmar que no tiene sentido hablar de perjuicio al interés social en esta fase final de la vida social y que del único perjuicio del que cabe hablar es del perjuicio a los acreedores si se reparte el haber social sin haber satisfecho sus deudas o del de algunos socios si son agraviados en el reparto del haber social resultante de la liquidación en relación a otros socios, por contrariarse las normas estatutarias relativas al reparto del haber social o, a falta de los mismos, el criterio de proporcionalidad”. Ya en situaciones de pre-insolvencia, la cuestión surge a la hora de determinar qué intereses han de ser principalmente tutelados en un eventual conflicto entre los intereses de los socios y los intereses de los acreedores. Y ya en la insolvencia o cuando la situación es susceptible de quedar bajo el amparo de la regulación concursal, el interés que debe tutelarse es el llamado “interés del concurso” que no es sino un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Así la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1, Ávila, de 11 de septiembre de 2017 señala que “Es cierto que «el interés del concurso» se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado”. De cuanto antecede se desprende que el concepto de interés social, enfocado hacia la maximización del valor a medio-largo plazo, se redimensiona, o *rectius*, se acomoda, por imperativo legal, cuando se está en el contexto de una situación de liquidación o de insolvencia recomponiéndose en función de la reordenación del interés que la situación de crisis empresarial exige.

⁷⁰¹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 308.

⁷⁰² EMBID IRUJO, J.M., “Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores...*, cit., p. 37 “...no cabe la posibilidad de alegar discrecionalidad empresarial alguna en el marco del deber de lealtad puesto que éste se inscribe en el marco de la defensa por el administrador del

un interés personal alejándose del social se falta a la lealtad. Y ese interés personal ha generado un escenario conflictual del que el gestor se ha abstraído en beneficio propio o ajeno.

Desde el punto de vista de la naturaleza de la obligación impuesta, mientras que el deber de diligencia supone una obligación positiva que determina el obrar activo del administrador de sociedades, el deber de lealtad supone una obligación negativa enmarcada en un exigible escenario de abstención⁷⁰³. La diligencia impone un obrar profesional en sentido técnico⁷⁰⁴. La lealtad lo impone en sentido deontológico. Como consecuencia de ello, el juicio de diligencia es técnico mientras que el de lealtad, es moral.

La naturaleza de ambos deberes es pues, bien distinta y su tratamiento merece idéntico adjetivo. El juicio de diligencia es un juicio conductual ligado a la profesionalidad, pericia, seguimiento de protocolos, información y cualesquiera otros elementos que

interés social, ámbito estrictamente empresarial. Por el contrario, el deber de diligencia pertenece al ámbito de las decisiones empresariales y de negocio”. Ahora bien, en sede de diligencia, se ha planteado, incluso, la posibilidad de admitir cláusulas estatutarias exoneradoras, limitadoras o modificadoras de responsabilidad en la gestión social. El problema que plantean tales cláusulas colisiona con la propia tradición jurídica española que entiende las normas sobre responsabilidad de los administradores como principios indisponibles -así se ha pronunciado, mayoritariamente la doctrina, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad civil...”, cit., pp. 41 y ss / SANCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad...”, p. 924 / ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad...”, p. 656, etc...-. Por otra parte, se ha equiparado la introducción de cláusulas en los estatutos que limiten la responsabilidad de los administradores con el papel que juegan los seguros de responsabilidad civil (los denominados seguros D&O, *directors & officers*, que tienen por objeto dar cobertura a los daños patrimoniales que los administradores puedan causar como consecuencia de la infracción de sus deberes frente a la sociedad o terceros). Así, se ha sostenido -PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pp. 95 y ss-, que el seguro de responsabilidad civil es, funcionalmente, equivalente a la limitación estatutaria de responsabilidad y, por lo tanto, no se comprende porque se admite una figura y se rechaza de plano la otra puestos que las mismas razones que idóneas para admitir el seguro D&O sirven para admitir las cláusulas limitativas. Ahora bien, hay que partir, como señala GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia...*, cit., p. 370, de que con el seguro D&O y la eventual indemnización “se protege el patrimonio de la sociedad y los intereses de terceros, en concreto, acreedores sociales que, de admitirse esa limitación o eliminación de responsabilidad por vía estatutaria, se verían injustamente privados de su derecho a ver satisfechos sus créditos en caso de una despatrimonialización de la sociedad derivada de la mala gestión punible de los administradores”. Señalar, por último, que algún sector doctrinal -así, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 32, ha señalado que la ilicitud de estas cláusulas exoneradoras, limitativas o modificativas de la responsabilidad del administrador se fundamenta, no en la imperatividad de las normas sobre responsabilidad, sino en la ilicitud de los pactos que afectan a la esfera jurídica de terceros -art. 6.3 CC-.

⁷⁰³ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad...”, cit., p. 137 ss., señala que “...la lealtad tiene manifestación, en primer lugar, en un sentido positivo, desde la conducta exigida al representante respecto de terceros, es decir, tanto a través de las obligaciones básicas de actuar según los fines para los cuales sus facultades haya sido concedidas, como del desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Por otro, y seguramente sea donde pone su acento la regulación, en sentido negativo, y junto con la integración del deber de secreto en el deber de lealtad, la nueva redacción normativa del deber especifica los distintos supuestos que dan lugar a situaciones de conflicto de interés. Esto tiene lugar, tanto en el ámbito de las obligaciones básicas mediante la abstención en la deliberación y en la adopción de acuerdos, como en la evitación de situaciones que puedan dar lugar al conflicto”.

⁷⁰⁴ La diligencia exigible requiere fundamentar las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados. La falta de diligencia consiste, de un lado, en actuar desconociendo los riesgos, cuando debería conocerlos, y, de otro, en no tomar las medidas de cautela o de prevención necesarias en el caso

intervengan en la toma de decisiones eficiente que promueva el interés económico del principal⁷⁰⁵. De ahí la extraordinaria complejidad de su enjuiciamiento.

El juicio de lealtad es un juicio conductual ético, moral o deontológico. Su infracción supone siempre un “efecto de apropiación indebida” en el sentido civil por cuanto supone desviar el valor -material o inmaterial- que pertenece a la sociedad hacia la esfera privada por estrategias realizadas en contra del interés social y a favor del interés individual, en este caso, del administrador⁷⁰⁶. No será necesario cuestionar la decisión ya que, si se da ese acto de apropiación en beneficio propio o de terceros se infringe la lealtad. Su enjuiciamiento no será tan complejo pues acreditado la concurrencia de tal acto se declarará la infracción del deber⁷⁰⁷.

Dada, por tanto, la asimetría de los bienes jurídicos a los que atentan, se han defendido tesis diversas en relación al juicio de reproche del que es merecedor la infracción de uno u otro deber⁷⁰⁸. Así, mayoritariamente, se ha venido defendiendo en relación el régimen disciplinario de las infracciones a los deberes fiduciarios, una posición severa e intolerante con las infracciones del deber de lealtad y otra tolerante e indulgente con las infracciones del deber de diligencia⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Al respecto, el Informe Aldama (2003) sub. III.2.4, propone “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 un interés personal, o en conflicto con los de la sociedad”.

⁷⁰⁶ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 44

⁷⁰⁷ El deber de lealtad limita su campo de aplicación a las situaciones en las que el gestor se encuentra en conflicto de intereses con el principal, de suerte que también en este supuesto deberá seguir la directiva general y actuar en interés del principal.

⁷⁰⁸ Son diversos los planteamientos que la doctrina ha seguido en orden a las consecuencias de la infracción de éstos deberes. Así, se ha defendido que los incumplimientos del deber de diligencia deben ser disciplinados por el mercado, mientras que las infracciones del deber de lealtad precisan reglas legales de responsabilidad. V. al respecto, EASTERBROOK, F. A. y FISCHER, D.R., *The economic structure of corporate law*, ed. Harvard University Press. 1991. Cambridge. Massachusetts, p. 103. Asimismo, señalan los referidos autores que “...el peligro de la mala administración (*mismanagement*) es menos serio que el peligro de que los administradores no actúen fielmente con los accionistas (*disloyalty*). La mala administración no es de interés para los administradores, pues contraria a su propio beneficio, ya que conducirá finalmente a la quiebra de la empresa, como resultado de la competencia de mejores rivales”. La tendencia a diferenciar entre los supuestos ha llevado a algunos autores a postular que el deber de cuidado debe ser abolido y el deber de lealtad, reforzado. V., al respecto, SCOTT, K. E., “Corporations Law and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *Stanford. L.R.*, núm. 35, 1983, p. 927. Sin embargo, dentro de la misma escuela económico contractual LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la...*, cit., p. 36, señala que el infractor del deber de diligencia corre el riesgo de “tener que indemnizar a la sociedad por el daño causado al patrimonio social”, mientras que la infracción del deber de lealtad corre con el riesgo de “tener que restituir a la sociedad los beneficios obtenidos a expensas de ésta por la infracción del deber de lealtad”. Ejemplo del tratamiento menos riguroso del deber de diligencia frente al deber de lealtad en el ámbito anglosajón, lo constituye la, ya examinada, doctrina de la *business judgment rule*, régimen que no le es aplicable al deber de lealtad. Por su parte JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, cit., pp. 148 y 1499 señala que “Mientras que la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe se refiere a la propia (y previa) determinación de lo debido (fijación del límite de lo exigible del deudor)”.

⁷⁰⁹ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 29 sostiene que “Las razones que justifican esta apuesta por la indulgencia o benignidad en el diseño del régimen jurídico de la responsabilidad por *mismanagement* se reconducen a tres circunstancias examinadas en la primera parte de este estudio: (i) la existencia de un cierto alineamiento natural de los incentivos de los administradores y los intereses de los accionistas en este ámbito, lo cual permite presumir que las conductas negligentes representan para la compañía sólo un riesgo moderado: (ii) la existencia de mecanismos disciplinares o de *enforcement* alternativos provistos por las fuerzas del mercado, que determinan que no haya una especial necesidad de contar con instrumentos legales de protección: y (iii) la existencia de una

5. Obligaciones derivadas del deber de lealtad.

La proclamación, en el art 227 LSC, del deber de lealtad de los administradores constituye la pieza central de la regulación del deber. El art. 230 LSC declara el carácter imperativo del régimen relativo a dicho deber y a la responsabilidad por su infracción (salvo dispensa), no siendo válidas las previsiones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. Todo ello sin perjuicio de las acciones de enriquecimiento injusto referidas en el art. 227.2 LSC, las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación referidas en el art. 232 LSC, sin que afecte a tales acciones el posible ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss. LSC.

Pues bien, todo el conjunto ordenador referido deberá informar el estudio de los grupos de casos que, en principio, integran ese deber de lealtad y que se recogen en el art 228 LSC, precepto que, si bien especifica cuáles son las obligaciones básicas que se derivan del deber de lealtad, se trata de una enumeración abierta y enunciativa *-numerus apertus-* y no excluyente de suerte que los estatutos podrán incluir otras obligaciones⁷¹⁰. Lo que no se podrá hacer, será excluir la aplicabilidad de ninguna de las obligaciones básicas en la medida en que constituyen reglas imperativas conforme a lo prevenido en el art. 230 LSC.

La enumeración de las actuaciones contrarias al deber de lealtad es una de las reivindicaciones que, con mayor frecuencia, se habían reclamado a fin de que quedasen mejor precisadas las obligaciones que el administrador de una sociedad de capital debía cumplir para respetar en toda su integridad el deber de lealtad. Nuevamente, se trataría de dar respuesta a las exigencias de seguridad jurídica.

Con todo, dichos supuestos, más que servir para determinar qué se entiende por deber de lealtad, permiten precisar lo contrario, esto es, qué es lo que constituye una infracción del deber de lealtad, definiendo, por tanto, de una manera negativa, el alcance de dicho deber, lo que permite tener, cuanto menos, una visión genérica de la tipología conductual que puede llevar aparejada la infracción del deber de lealtad.

Por consiguiente, las obligaciones derivadas del deber de lealtad que a continuación se examinan, han de ser analizadas desde la óptica de la “cláusula general” del art. 227 LSC que busca una actuación del administrador basada en la lealtad de un fiel representante, actuando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Pues bien, desde la redacción del art 228 LSC⁷¹¹, vamos a examinar cada una de las obligaciones que el mismo impone al administrador de sociedades, derivadas del deber de lealtad.

enorme incertidumbre sobre el juicio de negligencia, de la cual se derivan notables costes para la sociedad (escalada de las retribuciones, dificultades en el reclutamiento de consejeros de calidad: excesivas precauciones en el proceso decisorio: estrategias industriales conservadoras, etc.).

⁷¹⁰ Señala la STS de 7.4.2016 que “el precepto -el art 228 LSC- tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda intervenir en la adopción de tal decisión (...), también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible”;

⁷¹¹ Art. 228 LSC: “En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación

5.1. Ejercicio leal de las facultades que le han sido concedidas.

Los administradores tienen la obligación de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas (art. 228.a LSC). La atribución de facultades a los administradores tiene la finalidad de permitirles la gestión y representación de la sociedad en interés de la misma. Cualquier otra finalidad, para satisfacer intereses propios o de terceros infringe el deber de lealtad.

La fórmula adoptada no es novedosa pues lo que hace es introducir en el derecho de sociedades de capital la doctrina de la desviación de poder propia del derecho administrativo⁷¹² y se nutre de la “*proper purpose rule*” del art. 171 de la *Companies Act* británica⁷¹³. Está, asimismo, íntimamente relacionada con la interdicción del abuso de facultades que contempla el art. 144 CdC⁷¹⁴.

Acorde con lo que antecede, el administrador de sociedad incurrirá en un ejercicio desleal de sus facultades si ejercita éstas observando las normas y sin infracción de ley pero con fines y por motivos distintos al mejor interés de la sociedad. De hecho, cabe señalar que se trata de una aplicación de la teoría de la causa de los actos jurídicos a la actuación de los administradores⁷¹⁵.

En efecto, las atribuciones al administrador no pueden ser vacías o desprovistas de contenido, pues conculcaría la obligación de desempeñar su cargo prevenida en el art.

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) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”.

⁷¹² HAIROU, M., *Précis de Droit Administratif*, ed. Dalloz, Paris. 2002, pp. 455 ss., sostiene que desviación de poder es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquéllos en vista de los cuales les fue conferido el poder, es decir, distintos del bien del servicio”. Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14.7.2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), ha sintetizado el concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre “cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido para hacer frente a las circunstancias del caso”.

⁷¹³ *Companies Act. Art. 171. Duty to act within powers: “A director of a company must: (a) act in accordance with the company’s constitution, and (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred”*. La jurisprudencia -el *leading case* es *Howard Smith Ltd. y Ampol Petroleum Ltd.* de 1974 UK PC-, ha señalado que para determinar si la actuación del administrador quebranta la “*proper purpose rule*” hay que, asimismo, determinar los siguientes extremos: a) cuál fue en concreto la facultad que el administrador ejercitó; b) la finalidad para la que se confirió al administrador dicha facultad o competencia; c) determinar cuál fue el motivo real para el que se usó la facultad, y d) estudiar si dicho motivo real es conforme con la finalidad para la cual se atribuyó dicha competencia al administrador.

⁷¹⁴ Art. 144 CdC: “El daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación”.

⁷¹⁵ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad...”, cit., p.192, sostiene que “En el fondo no se trata más que de la aplicación de la teoría de la causa de los actos jurídicos a la actuación de los administradores, de modo que la discordancia o adecuación entre la causa última de la facultad ejercitada (motivación objetiva) y el motivo o móvil por el que actuó el administrador (pretensiones subjetivas) conllevará la ilicitud o licitud de lo actuado”.

225 LSC. Las atribuciones deben ejecutarse en la forma, con los límites y efectos para los que se concedieron, pues constituyen el contenido de la relación de administración. Ello implica que las atribuciones del administrador deben ser las idóneas para el ejercicio efectivo del cargo.

Causalizar cada una de aquellas atribuciones es tanto como impregnarlas de su verdadero fin que no es otro que el interés social. Por consiguiente, incurrirá el administrador en un ejercicio desleal de sus facultades cuando ejercita éstas para un caso y por unos motivos dirigidos a satisfacer un interés privado y, por tanto, alejado, de aquellos motivos para los cuales le fueron concedidas.

Habrà que saber, entonces, con cierta precisión operativa⁷¹⁶, cuáles son las facultades propias de los administradores y los fines a los que tales facultades están dirigidas para contrastar si su ejercicio por aquéllos respeta o no su fin. Esto requiere distinguir varias hipótesis. En el caso del administrador individual o solidario, que al aceptar el cargo tiene reconocidas todas las facultades inherentes al mismo, no cabe duda de que el ejercicio de éstas responderá al fin objetivo del mejor interés de la sociedad.

En cambio, en el caso de un consejero delegado o de un miembro de una comisión especializada, junto a ese fin objetivo, cabe reconocer otros que derivan de la concreta delegación de facultades del consejo (art. 249 LSC). En esa línea de especialización funcional, quien tenga reconocida la facultad de contratar en un área del negocio no actúa lealmente si ejercita esa facultad en ámbitos ajenos a la misma⁷¹⁷.

Se desprende que toda actuación del administrador que no se corresponda con la ejecución de las facultades que le han sido concedidas será atentatorio al deber de lealtad, -si persigue un interés particular lesionando al social- o ineficaz por extralimitación y atentatorio al deber de diligencia -si, no siendo incardinable en la deslealtad, excede el marco funcional otorgado-. En efecto, el riesgo para la sociedad no se concreta sólo en que el encargo no sea ejecutado siguiendo las prescripciones del interés social -gestión imprudente- sino que se plantea, además, en relación a la posibilidad de que el gestor aproveche su posición para realizar la gestión en su propio interés -gestión interesada-⁷¹⁸.

El ejercicio leal de sus facultades impone adaptar a la naturaleza de la actuación en cuestión a los fines e intereses de la sociedad y, en la medida en que el catálogo funcional es amplio, el mejor interés de la sociedad vendrá determinado por los concretos intereses legítimos en presencia coligiéndose pues, una ineludible necesidad de adaptar la voluntad gestora al interés social. En ese sentido, cabe afirmar que el mejor interés de la sociedad tiene una manifestación distinta según la naturaleza de las facultades que se ejerciten ya

⁷¹⁶ En ese sentido, señala MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 49, que “Si bien el texto del art. 228.a LSC parece lógico, una interpretación rigurosa del mismo podría generar problemas de inseguridad jurídica a los administradores por cuanto, su consecuencia lógica, es exigir a la Junta general una especial concisión en los objetivos a conseguir, encorsetando así la libertad de gestión que, hasta cierto punto, se les presupone, más allá de las instrucciones a que se refiere el art. 161 LSC”.

⁷¹⁷ VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad...” cit., p. 301.

⁷¹⁸ RIBAS FERRER V., *Análisis del deber de lealtad...*, cit., p. 315 sostiene que “Las mismas categorías que distinguen entre gestión imprudente e interesada sirven para la separación entre deber de diligencia en sentido estricto y deber de lealtad”.

sean, actuaciones de administración, de gestión, de gobierno corporativo o actuaciones en el marco de su poder de representación de la sociedad⁷¹⁹.

Por consiguiente, la obligación de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas se constituye en causa teleológica o finalista⁷²⁰ de la actuación del órgano de administración en la medida en que en el incumplimiento de esta obligación incurrirá todo comportamiento que no encuentre encaje en el interés social sino en una finalidad distinta⁷²¹.

5.2. Deber de secreto.

Todo gestor de asuntos ajenos está sujeto a un deber de reserva respecto de aquellas informaciones que conoce a través del desempeño de sus funciones, deber de reserva que forma parte del contenido del deber general de administrar. Ello sin embargo, el uso de información constituye un supuesto genérico de aplicación del deber de lealtad cuando ésta se concreta en los casos de uso interesado por parte del administrador.

Sujetos obligados por el deber de secreto son todos los administradores, siendo irrelevante la estructura del órgano de administración, lo que tiene perfecta lógica porque el deber de evitar daños a los activos sociales y el deber de no apropiarse de ventajas sociales se imponen a todos los administradores con independencia de que tengan el carácter de administradores ejecutivos o sólo de consejeros. Cabe esperar, lógicamente, que la información confidencial de la que dispongan los consejeros ejecutivos sea mayor que de la que disponen los independientes o dominicales⁷²².

⁷¹⁹ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad...”, cit., p. 194, son facultades de administración, entre otras: convocar la junta general (art. 166 LSC), proporcionar información en la junta general (arts. 196-197 LSC) o depositar las cuentas en el Registro Mercantil (art. 279 LSC). Los fines de estas funciones serán las del buen funcionamiento de la sociedad como institución. En cuanto a las facultades de gestión incluyen una amplia gama de decisiones relacionadas con políticas, líneas y objetivos estratégicos, planes e informes, presupuestos, inversiones, etc., esto es, decisiones relacionadas con la operatoria habitual de la sociedad. Los fines de estas serán los de perseguir un negocio rentable promoviendo la continuidad y maximización del valor económico de la empresa. En cuanto a las facultades de gobierno corporativo serán las dirigidas a la vigilancia, control y evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo cuyos fines serán los de reforzar la buena gobernanza articulando un modelo de racionalidad y eficacia en la dirección y en el control de las sociedades. Por último, en cuanto a las facultades de representación, en las sociedades de capital, la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos (arts. 209 y 233.1 LSC). El fin que debe mover el ejercicio por los administradores de sus facultades de representación es el respeto tanto a la actividad o actividades propias del objeto social como, en su caso, a las limitaciones impuestas estatutariamente a tales facultades. La actuación en esos márgenes ha de entenderse así adecuada al mejor interés de la sociedad.

⁷²⁰ Así, como señala la SAP de Baleares 495/2018, de 15 de octubre, “...la exigencia de lealtad implica la necesidad de un ejercicio finalista de las facultades conferidas a los administradores sociales, pues estas no podrán ejercitarse con fines distintos de aquéllos para los que han sido concedidas”.

⁷²¹ SJMerc de Donostia-San Sebastián, 314/2016, de 7.11.2016.

⁷²² Se ha discutido si el administrador dominical puede comunicar información confidencial al accionista que lo ha designado. La jurisprudencia ha considerado legítima dicha comunicación cuando existan conflictos internos y la información sea relevante para la adecuada defensa de los intereses legítimos del accionista y del interés social. Así, en la STS de 4.10.2011, la información indicaba que el Consejo de Administración había incumplido un acuerdo parasocial firmado por todos los socios que vedaba la posibilidad de realizar transacciones vinculadas entre la compañía y sociedades de sus socios, de forma que comunicar la información al socio podría estar justificado incluso desde la perspectiva – para el administrador – de evitar incurrir en responsabilidad frente a la sociedad por haber adoptado acuerdos contrarios al interés social.

La obligación se extiende a los administradores de hecho, a los administradores nombrados por el sistema de cooptación, a los suplentes desde que se activa su nombramiento y a los nombrados a través del sistema de representación proporcional. Se extiende, asimismo, a las personas físicas designadas por los administradores-personas jurídicas para que les representen que tendrán el deber de informar a la persona jurídica que les designó.

El deber de secreto del administrador estaba ya previsto en el art 127.2 de la LSA de 1989 (reproducido en el art. 61.2 LSRL de 1.995) en el que ya se precisaba su exigencia incluso después de la terminación en el ejercicio del cargo. Fue reformado y ampliado en el 2.003 para la sociedad anónima (art. 127 *quáter* LSA) e incorporada al art. 232 LSC, como norma común para ambos tipos sociales. Con esta regulación se contemplaba expresamente el caso de persona jurídica administradora imponiendo el deber de sigilo tanto a la persona moral como a su representante persona física, sin perjuicio de la información que éste podía proporcionar a aquélla⁷²³.

Dada su inescindible relación con el derecho de información -que resulta un derecho y un deber para el administrador-, el deber de guardar secreto, más que en sede del deber de lealtad, debería ubicarse dentro del marco de la diligencia exigible en la medida en que el art. 225.3 señala 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”.

No obstante, la distinción de la ubicación sistemática del deber de secreto parece clara en los siguientes términos. En el marco del deber de diligencia: i) es diligente la actitud del administrador que se informa y exige ser informado para poder cumplir sus obligaciones y, ii) 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 consiguiente capacidad lesiva de la divulgación para el interés social⁷²⁴.

Por otra parte, cambiamos de escenario sistemático cuando el administrador no imprudente o errático en el juicio de confidencialidad de la información, la revela con el propósito de obtener un beneficio propio o para tercero (ánimo de lucro) causando un daño a la sociedad⁷²⁵ u obteniendo un enriquecimiento injusto, en cuyo caso nos movemos

⁷²³ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en (Coord: JUSTE MENCIA, J.), *Comentario a la reforma del régimen de sociedades de...*, cit., p. 378.

⁷²⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, *Rev.DN*, nº 254, noviembre 2011, p. 17, señala que “Los administradores se encuentran en una difícil posición en la que deben, por un lado, cumplir con sus deberes fiduciarios como es el deber de secreto y, por otro, respetar las prescripciones legales relativas al derecho de información del socio. Con el fin de resolver los problemas de este conflicto, debería tenerse en cuenta que los administradores en todo caso deben proteger el interés social en su conjunto y evitar, por tanto, que este resulte dañado”.

⁷²⁵ El Informe Olivencia (1998) sub. II.8.3, al distinguir entre obligación de discreción y de pasividad establece que esta última “le obliga a no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados. Obviamente, no es ésta una obligación absoluta, puesto que si la aplicación de la información resulta inocua para la sociedad, no hay razón para privar al consejero de la oportunidad de utilizarla: pero se recomienda a las compañías destinatarias del Informe que regulen los procedimientos a seguir en casos de duda en cuanto a que la utilización no cause perjuicio alguno a la compañía”.

en sede de deslealtad⁷²⁶. Es pues, fiel y leal el administrador que no revela la información que conoce a través del desempeño de sus funciones⁷²⁷. La motivación de la conducta del administrador es irrelevante. Infringe el deber de secreto aunque no le mueva la obtención de una ventaja particular y haya obrado, simplemente, por descuido o ligereza cabiendo, pues la infracción a título de infracción al deber de diligencia.

El deber de secreto de los administradores se funda en que, sin ser los dueños, tienen acceso a toda la información valiosa para la sociedad, de manera que pueden apropiarse de los beneficios derivados de dicha información -explotando el secreto en su beneficio particular- o dañar a la sociedad haciendo pública una información que es valiosa, precisamente mientras se mantenga secreta.

El deber de secreto supone la prohibición de comunicar y divulgar información que el administrador conozca por razón de su cargo⁷²⁸ y, por tanto, es más exigente que la mera discreción. El deber se extiende, según señala el art 228.b LSC “informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él”, empleándose así una formulación intencionadamente amplia⁷²⁹, deber éste, íntimamente relacionado con el prevenido en el art 229.c LSC de hacer uso de información confidencial de la compañía para fines privados.

De forma más restrictiva, se limita, en cambio, a la información obtenida “como consecuencia del ejercicio del cargo”. La combinación de ambas exigencias excluye del deber tanto a la información que tiene carácter público como a aquella obtenida sin conexión con el ejercicio del cargo. La obligación respecto de la cual concurre ese deber de secreto es aquella que merezca la calificación de “información confidencial⁷³⁰” bien sea la considerada “secreto” (secretos industriales, comerciales o empresariales de cualquier otra índole) o bien cualquier otra que, de manera legítima, la sociedad necesita mantener reservada y a la que sólo los administradores están legitimados para acceder.

⁷²⁶ La STS 662/2011, Sala de lo Civil, de 4.10.2011, precisa que para que se vulnere el deber de secreto únicamente es preciso la concurrencia de dos presupuestos: i) Que la información se comunique o divulgue a terceros, y ii) Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado.

⁷²⁷ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de...”, cit., pp. 204 y 205.

⁷²⁸ La STS de 1.12.1993 señalaba que “Las conductas que comportan una violación del deber de secreto por parte de los sujetos obligados son dos: la comunicación de la información confidencial a terceros y la divulgación de la información confidencial”. Señala LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 39 que “La distinción entre estas dos conductas -comunicación y divulgación- es oportuna porque mientras la comunicación consiste en la transmisión de cualquier información confidencial a terceros, la divulgación se caracteriza por ser una comunicación que hace pública la información, resultado que no se produce siempre ni necesariamente en el primer caso”.

⁷²⁹ La LSA de 1989 establecía en su art. 127.1 el deber de “guardar secreto sobre informaciones de carácter confidencial”, mientras que la versión de esta norma tras la Ley de Transparencia 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 ejercicio del cargo” (art. 127 *quáter*). La redacción dada a este artículo viene a confirmar que el supuesto está pensado para la comunicación o divulgación a terceros de información de carácter confidencial, sin tener en cuenta el supuesto de uso privado o interesado de la información.

⁷³⁰ La STS de 4.10.2011 señala los presupuestos para que el deber de confidencialidad sea exigido a los administradores: a) que la información sea confidencial, b) que el conocimiento de la información se haya adquirido como consecuencia del ejercicio del ejercicio del cargo aunque no necesariamente en el ejercicio del mismo, c) que la comunicación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales para el interés social, d) que la información se comunique o divulgue a terceros, e) que quien reciba la información no tenga derecho a ser informado.

La información sobre la que ha de guardarse secreto es la información que reúna tres características: que sea de carácter societario, que no sea pública -esto es, que tenga carácter confidencial- y que quepa deducir que existe un interés de la sociedad en que no se divulgue. Esta información incluye las deliberaciones del consejo de administración.

Con todo, podemos definir la información confidencial como cualquier clase de información propia de la sociedad empleada por ésta para desarrollar su actividad y que, legítimamente, mantiene en reserva con el objetivo de evitar una pérdida concurrencial. Los requisitos que debe cumplir esta información serían los siguientes: i) que se trate de información de naturaleza societaria, ii) que no sea de público conocimiento y, iii) que exista un interés legítimo en mantenerla en reserva y que así proceda.

La diferencia entre información confidencial, sobre la cual pesa el deber de secreto, y secretos empresariales⁷³¹ en el sentido del art. 13 LCD se limitan al requisito de “la adopción de medidas necesarias para salvaguardar el secreto” que es elemento necesario del concepto de secreto empresarial *ex art. 13 LCD* pero que carece de sentido en el caso de los administradores porque son ellos los obligados por la ley a adoptar las medidas adecuadas para evitar su divulgación⁷³².

Por otra parte, no puede ocultarse que, en la mayor parte de las sociedades de capital, de carácter cerrado, la identidad entre administradores y socios, o la presencia de lazos de especial confianza entre unos y otros se produce con frecuencia, lo que puede permitir cierta flexibilidad, según ha señalado en alguna ocasión la jurisprudencia⁷³³, si se puede entender que la transferencia de la información al socio es necesaria para evitar comportamientos antijurídicos de la sociedad, o resulta el mejor medio para evitar un daño.

El deber de secreto no ampara la confidencialidad de las actuaciones ilícitas de la sociedad. El administrador vendrá, incluso obligado por otras normas, a comunicar dicha información. Pero la revelación legítima es sólo la dirigida por el administrador a la autoridad judicial o administrativa competente y, en la medida en que la destitución es una decisión libre de la sociedad, nada impide que la sociedad destituya al administrador

⁷³¹ Señala la STS, Sala Segunda, nº 285/2008, de 12.5.2008, que “[...] No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un "*numerus clausus*". Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva. Así serán notas características: -la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva), -la exclusividad (en cuanto propio de una empresa), -el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), -licitud (la actividad ha de ser legal para su protección)”.

⁷³² FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, ed. Civitas. Madrid. 2001, cit., p. 135.

⁷³³ Así, la citada STS de 4.10.2011 trata de un supuesto que, aunque no habitual, puede plantearse con alguna frecuencia en las sociedades de capital cerradas, en las que los miembros del consejo de administración son también socios. Uno de los consejeros transmitió a su sociedad unipersonal determinada información que podía suponer la violación de un pacto parasocial. Esta falta de auténtica transmisión fue tenida en cuenta por el TS para la solución del caso aunque incluyó otras consideraciones de carácter general sobre los límites de la obligación de confidencialidad que conviene reproducir: “El deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de “tráfico peligroso” en las que el deber de transparencia exige a salvo de supuestos singulares, la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración, no siempre orientadas a la persecución del interés de la sociedad”.

que haya comunicado la información a las autoridades aunque lo haya hecho en cumplimiento de un deber superior a su deber de lealtad hacia la sociedad⁷³⁴.

En cuanto al elemento temporal, el precepto impone el deber de secreto no sólo mientras se está desempeñando el cargo sino también después de haber cesado. En efecto el hecho de que el administrador deba guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, -y siempre que sigan revistiendo el carácter de información confidencial o reservada y no ya cuando dejen de serlo- incluso después de su cese, confiere al deber de secreto la naturaleza de obligación “postcontractual” aunque con origen legal⁷³⁵.

Ahora bien, ¿cuál es el límite temporal a tal obligación legal? Desde su configuración como “deber básico” dentro de los deberes vinculado al de lealtad⁷³⁶ así como desde la eticidad inmanente al deber de lealtad, tal obligación debiera ir ligada a la confidencialidad de la información, dato, informe o antecedente, de suerte que, mientras concorra en aquella el “secreto”, el administrador receptor de dicha información en el ejercicio de su cargo está vinculado por la obligación de guardar secreto⁷³⁷.

Sobre tal premisa, habrá que practicar alguna distinción pues nada impide a que concorra un pacto expreso de confidencialidad que delimite el plazo de obligación del secreto. Aún en tal caso, puede resultar cuestionable y contrario a la buena fe en el tráfico la utilización, con ánimo de lucro propio o ajeno y con daño a la sociedad que representaba, de información obtenida mientras se era administrador de ella, a excepción de que se hubiera pactado expresamente ese extremo⁷³⁸.

Se ha defendido, asimismo, que el deber de secreto finaliza a los cuatro años “a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”, por aplicación del plazo prescriptivo del art. 949 CdC⁷³⁹. También se ha defendido la posibilidad de diferenciar según la vulneración del deber de secreto fuera perseguible por la vía de la Ley de Competencia Desleal (art. 35 LCD) o, por el contrario, mediante los canales ordinarios del incumplimiento contractual (art. 949 CdC) o, en su caso, de la responsabilidad extracontractual (art. 1.968.2 CC)⁷⁴⁰. No obstante ninguna de esas soluciones ha logrado unanimidad.

⁷³⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, entrada de su blog, agosto 2.018: <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales/>

⁷³⁵ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de...”, cit., p. 213

⁷³⁶ CASTELLANO RAMÍREZ, M.J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de...”, cit., p. 120, señala el autor que “Resulta evidente que incluso con independencia de una mención legal expresa, la obligación de los administradores de no divulgar información relativa a la sociedad hunde sus raíces en las normas de conducta fundamentales que han de cumplir”, y más adelante señala que “...se comprende que dentro del elenco de conductas de los administradores susceptibles de generar responsabilidad por lesión al interés social se encuentre implícito por su propia naturaleza el deber de guardar secreto”.

⁷³⁷ Así, se ha sostenido que el plazo de duración del deber de secreto es, en efecto, indefinido, por ser ésta la interpretación querida por la norma. Así lo han hecho, VICENT CHULIÁ, F., “Compendio crítico de Derecho Mercantil”. Bosch. Barcelona, 1991, p. 649 o DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, ed. Motecorvo, Madrid. 1995, p. 263.

⁷³⁸ Así, la STS 502/2012 de 3.9.2012, señala que “en ciertas circunstancias el administrador no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla general, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, debe observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por la buena fe”.

⁷³⁹ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., pp. 112-113.

⁷⁴⁰ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores...*, cit., p. 200-201.

La solución la ofrece el renovado art. 241 bis LSC que, intitulado “Prescripción de las acciones de responsabilidad”, dispone 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”⁷⁴¹. Del precepto y de la propia naturaleza del deber de secreto, se infiere que la obligación de secreto del “ex” administrador tendrá una duración indefinida, pero el plazo para ejercitar la acción contra la violación de aquel deber será de cuatro años desde que se conoce la divulgación o publicación.

Por último, el precepto admite dos excepciones del deber de guardar secreto cuando señala “salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”. La primera hace referencia a los supuestos en que las leyes permitan la comunicación o divulgación a tercero de la información confidencial. La admisión de la comunicación a terceros por ministerio de la ley está motivada por la tutela del ordenamiento de otros intereses, públicos o privados, que el legislador entiende que son preferentes respecto del interés social.

La segunda excepción al deber de secreto está prevista para aquellos casos en que los administradores “sean requeridos” o hayan de remitir las informaciones de carácter confidencial a las respectivas autoridades de supervisión⁷⁴², en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes⁷⁴³.

Por consiguiente, del aserto “salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera” que prevé el art. 228.d) *in fine* cabe concluir que las excepciones al deber de secreto son muy amplias. El administrador puede verse obligado a revelar información confidencial porque se lo imponga una norma legal o porque sea necesario, precisamente, para dar cumplimiento a sus deberes generales de gestión diligente y leal de la sociedad. Dentro del primer grupo están, por ejemplo, las normas del mercado de valores que obligan a las sociedades cotizadas a informar de “todo hecho o decisión que pueda influir de forma sensible en la cotización” (hechos relevantes, arts. 80 y ss LMV) o las normas que obligan a publicar y depositar en un registro público las cuentas de la sociedad (art. 279 LSC).

5.3. Deber de Abstención.

El art. 228.c determina cuál debe ser la conducta del administrador de sociedades al verse afectado por un conflicto de intereses. En efecto, el deber de abstención impone al administrador la obligación legal de abstenerse de participar en deliberaciones o votaciones de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto.

⁷⁴¹ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de...”, cit., p. 214, señala que “Se recoge así en el precepto -el art 241 bis LSC- el principio *actionondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no ha podido prescribir) alegado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11.11.2008 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”.

⁷⁴² Piénsese, en la existencia de las diversas normas que obligan a los administradores a comunicar determinada información, bien a la Administración pública, bien a determinados terceros (socios, trabajadores...), por ejemplo, en la información contenida en una solicitud de autorización de una operación de concentración (arts. 7 ss LDC): en la información facilitada a un socio como consecuencia del ejercicio del derecho de información (art. 196 ss LSC): en la información al comité de empresa (art. 65 LET): en la facilitada a un tercero interesado en adquirir la compañía...si bien, lo normal es que pese sobre quien recibe esa información un deber de confidencialidad.

⁷⁴³ RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, cit., p. 20.

Si bien se trata de impedir la influencia del administrador sobre el proceso de formación de la voluntad social -pues se entiende que la norma afecta a todos los acuerdos o decisiones en que haya de participar un administrador en conflicto cualquiera que sea la modalidad de órgano de administración elegido así como los que se hayan de adoptar en junta general cuando el administrador sea, al tiempo, socio-, la obligación de abstención no impide la concurrencia del mismo a la reunión de modo que habrá que contar con el administrador afectado a los efectos de *quorum* de asistencia⁷⁴⁴.

Se adopta pues, una fórmula abierta de modo que en todos aquellos casos concretos en que el interés del administrador o de una persona vinculada a él no esté alineado o pueda, potencialmente, no estar alineado con el interés de la sociedad en la que desempeña el cargo, el precepto impone a éste el deber de abstención.

Cabe poner de relieve que el art 228 LSC introduce la distinción, ya reconocida en otros ordenamientos de nuestro entorno, entre los conflictos de intereses en los procesos de formación de la voluntad orgánica de la sociedad y los conflictos de intereses en los actos externos o de representación, quedando recogidos los conflictos “internos” en la letra c) y los “externos” en la letra e) -ambos del art. 228 LSC- y desarrollados éstos últimos en el nuevo art. 229 LSC⁷⁴⁵.

Del contenido del deber de abstención cabe distinguir tres presupuestos:

i) Por disposición legal, la abstención alcanza, no sólo la votación, sino también la propia deliberación de dicho asunto. Ello supone que el administrador afectado, una vez comunicada la existencia del conflicto y aportada toda la información al respecto, debe evitar interferir en los debates previos a la votación sobre el asunto de que se trate. Algunos autores⁷⁴⁶, subrayan la corrección de la conducta del administrador que, llegado el momento de tratar el acuerdo en conflicto, abandonan la sesión del órgano de

⁷⁴⁴ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 52, propone sustituir los efectos de la nulidad del acto asociados a la realización de un acto con infracción del deber de abstención de la forma siguiente: “...la experiencia habida en el ámbito de los grupos de sociedades y en todos aquellos escenarios en que la abstención conduce a la «mayorización de la minoría» debe hacernos pensar sobre la oportunidad de soslayar la nulidad automática por violación de una regla de procedimiento, que es la conclusión a la que formalmente conduce la infracción de una norma legal específica como la contenida en la letra c) del art. 228 LSC (al menos cuando el voto del administrador o administradores haya resultado decisivo para la adopción del acuerdo: arg. *ex* arts. 251 y 204.3 c) LSC). La solución que someto a la consideración del lector no consiste propiamente en supeditar la impugnación a la infracción del interés social, como a menudo sostiene la doctrina y la jurisprudencia. Técnicamente no me parece correcta pues conduce al colapso de dos hipótesis conceptualmente distintas de impugnación -infracción de ley e infracción del interés social-, con el resultado de privar de cualquier sanción específica a la violación legal y de dificultar la acción de quien litiga con la nada fácil prueba de la lesión del interés social. Mi propuesta es más moderada: consiste en sustituir aquella nulidad fatal asociada a una infracción de ley por una consecuencia menos grave, pero no desprovista de contenido «sancionador», que es cabalmente la inversión de la carga de la prueba de la *fairness* de la transacción. De este modo, el juez anulará el acuerdo de que se trate a no ser que los administradores demuestren cumplidamente que la transacción a que se refiere fue justa y razonable para la sociedad, demostración que eventualmente —dentro de los grupos de sociedades— podrá realizarse en el marco de un juicio sobre ventajas comparativas y compensatorias”.

⁷⁴⁵ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Deber de abstención del administrador en conflicto de interés con la sociedad”, en CUÑAT, V / MASSAGUER, J / ALONSO, F. J / GALLEGU, E (Dirs.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2.013., p. 689.

⁷⁴⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores...cit...”, pp. 906 ss.

administración si bien ésta solo será la conducta idónea si el administrador ha cumplido su obligación de comunicación⁷⁴⁷.

ii) La obligación de abstención procede tanto si el conflicto de intereses es directo o indirecto. Es directo cuando se contraponen el interés de la sociedad y el particular del administrador. Es indirecto cuando se contraponen el interés de la sociedad y el particular de una persona vinculada con el administrador⁷⁴⁸ de las que identifica el art 231 LSC: a) el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad, b) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador, c) los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador, d) las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el art. 42.1 CdC⁷⁴⁹.

El conflicto de intereses que obliga al administrador a abstenerse en los términos indicados no es solo el conflicto de carácter negocial que se produce cuando el administrador y la sociedad en la que ostenta el cargo son parte y contraparte en una determinada transacción, sino que también abarca cualquier conflicto situacional que pueda producirse. El interés divergente del administrador o de una persona vinculada a él puede ser tanto un interés de carácter económico o patrimonial como un interés de otro carácter (v.gr., amistad, político...) pues el precepto no distingue entre los conflictos a los que alude según su naturaleza.

Igualmente, la situación de conflicto de interés que activa el deber de abstención no se limita a la situación de conflicto actual sino que basta con que el conflicto sea meramente potencial pues, en otro caso, la norma sería superflua, pues para evitar el riesgo de conflicto actual basta con las normas que permiten impugnar los acuerdos lesivos para el interés social -arts. 204.1 y 251 LSC- y, además, el cumplimiento de la obligación de comunicación prevista en el art. 229.3 LSC, ante un conflicto actual, sería absurdo en la medida en que comportaría un juicio previo de lesividad por parte del administrador⁷⁵⁰.

iii) Se ponen límites a la obligación de abstención. En consonancia por lo que a la Junta General se prevé en el art. 190 LSC -que excluye de la obligación de abstención en las votaciones de la Junta a los socios en todo lo relativo a “nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad a los administradores”-, el segundo inciso del art. 228.c LSC excluye del deber de abstención a “los acuerdos o decisiones que le

⁷⁴⁷ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 53.

⁷⁴⁸ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Deber de abstención del administrador en conflicto de interés...”, cit., p. 684, sostiene el autor que “...cualquiera que sea la naturaleza del vínculo entre el administrador y la persona con él vinculada, lo trascendente es que permita razonablemente pensar que el administrador tratará de satisfacer el interés de ese otro sujeto y no el de la sociedad”.

⁷⁴⁹ Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

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

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

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior. (art. 31.2 LSC)

⁷⁵⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., pp. 40 y 41.

afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado⁷⁵¹”.

En esos casos, en los que evidentemente existe un conflicto de intereses, parece que el legislador entiende legítimo que el administrador defienda su interés particular. Lo que se salva de la obligación de abstención son, en general, las votaciones de carácter orgánico y organizativo en el seno del órgano de administración.

La tipificación expresa del deber de abstención genérico de los administradores supone que los acuerdos adoptados en los órganos competentes con el voto del administrador afectado por aquel conflicto son susceptibles de impugnación por haber sido adoptados en contra de la ley (art. 204.1 LSC) y esto tanto por lo que se refiere a los adoptados en la junta general como con respecto a los acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC).

5.4. Responsabilidad personal, libertad de criterio e independencia respecto de terceros.

La letra d) del art 228 LSC impone al administrador desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros⁷⁵². El precepto refleja la idea de que los administradores no están sujetos a un mandato individual -del socio o socios que le hayan designado o que hayan contribuido con sus votos a su designación- que le obligue a atender las indicaciones o instrucciones del *dominus* y a promover sus intereses sino que se pretende evitar que la lealtad de los miembros del órgano de administración se vea comprometida por acuerdos que éstos pudieran alcanzar entre sí o con determinados socios o terceros extraños a la sociedad.

Y es que los administradores están sujetos a un mandato colectivo impartido por el conjunto de los socios y, por tanto, su obligación es actuar en el mejor interés de todos los socios, esto es, en el interés social. Si un administrador hace avanzar los intereses del grupo de socios, o del socio, que lo ha nombrado, su comportamiento generaría una externalidad sobre los demás socios.

⁷⁵¹ ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de...”, cit., p. 220, sostiene la autora que “Esta solución, que no deja de resultar sorprendente pues la lógica llevaría a entender que el administrador no carece de interés personal (a favor o en contra, según fuera el caso) em los asuntos indicados, supone, sin embargo, la incorporación a nuestro sistema de la previsión del Ordenamiento alemán que excluye de la prohibición de voto -para los miembros del Consejo de vigilancia-, a los acuerdos interorgánicos siendo éstos aquellos cuya trascendencia se limita a la esfera interna del propio órgano, como por ejemplo, el nombramiento de un presidente, la reglamentación del desempeño de sus funciones o el nombramiento de los miembros de una comisión (art. 107 de la Ley alemana de sociedades anónimas).

⁷⁵² PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 53, señala el autor que “El precepto posee desde luego un alto valor «expresivo»: su mensaje contra las dobles lealtades y «lealtades particularistas» es particularmente claro. Pero más allá de su valor «expresivo», reviste también una notable importancia sistemática y práctica: no tanto porque suponga la proscripción de los pactos de voto para el órgano de administración -este es un resultado que ya estaba consolidado en nuestra doctrina bajo la normativa anterior- cuanto porque la deja sin excepciones objetivas. La prohibición abarca en efecto cualquier pacto de sindicación para el órgano de administración, aunque sea organizativo (y no de gestión), aunque sea particular (y no general) y aunque sea directo (y no indirecto). También se extiende a los pactos que se instrumentan mediante promesas de hecho de un tercero que, de esta forma se desterrarán de nuestra práctica”.

La externalidad deriva del hecho de que las consecuencias del actuar del administrador son indivisibles porque se proyectan sobre toda la empresa social y no solo sobre los intereses de los socios que designaron a uno u otro administrador, de manera que la sujeción de cualquier administrador a las instrucciones de uno o un grupo determinado de socios afectaría a los demás socios en sus intereses en el patrimonio social sin que tal afectación hubiera sido contratada (consentida) por dichos socios restantes. Afectación que, en el peor de los casos, es pura apropiación de valor que pertenece a estos socios y, en el mejor de los casos, una relegación de sus preferencias (en términos de riesgo o de inversiones) cuando éstas y las de los socios que han designado a los administradores difieren.

El administrador es responsable personal y directo de sus acciones y omisiones -con su patrimonio personal presente y futuro, *ex art.* 1.902 CC- por lo que la responsabilidad civil se le imputa a él directa y personalmente y no al órgano social del que es miembro, pues tal órgano no es más que una estructura de organización impersonal en el seno de la persona jurídica corporativa. No obstante, cuanto antecede no impide afirmar el carácter orgánico del régimen de responsabilidad civil del administrador⁷⁵³.

En relación a la responsabilidad personal -que será objeto de tratamiento en el capítulo VI del presente trabajo-, baste aquí señalar que de la interpretación conjunta de este precepto -que somete al administrador al principio de responsabilidad personal en el ejercicio de sus funciones-, y del art. 227.2 LSC que señala que 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, se desprende un novedoso régimen de responsabilidad individual del administrador por la infracción del deber de lealtad despojado de todo elemento culpabilístico y, por tanto, de carácter objetivo.

La imputación de responsabilidad al administrador y sus consecuencias variarán según haya concurrido o no dolo o culpa en la conducta del administrador. Cuando hay dolo o culpa la actuación será perseguible por la vía del art. 236 LSC⁷⁵⁴ y, en su caso, por la vía penal⁷⁵⁵. En cambio, cuando no concurren dolo ni culpa, la actuación solo será perseguible con fundamento en la previsión del art 227.2 LSC.

Ya en cuanto a la libertad de criterio e independencia respecto de terceros⁷⁵⁶, se pretende exigir a los administradores que en su actuación defiendan el que consideren mejor interés

⁷⁵³ ALONSO ESPINOSA, F.J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de sociedades y...*, cit., pp. 75 y 76.

⁷⁵⁴ Artículo 236. 1 LSC. “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”.

⁷⁵⁵ La última reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) ha suprimido el delito societario de administración desleal que se contenía en el art. 295. Ahora, el supuesto de administración desleal de una sociedad de capital se sujeta al nuevo art. 252 Cp cuando la conducta dolosa del administrador encaja en el tipo regulado en dicho precepto, esto es, si el administrador infringe las facultades que ostenta de gestión de un patrimonio ajeno -el social- excediéndose de las mismas y causando un perjuicio al patrimonio administrado.

⁷⁵⁶ La Recomendación 12 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. CNMV. Febrero 2.015, señala que “Que el consejo de administración desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición

de la sociedad de forma imparcial, sin verse influidos por los intereses de otras personas (administradores, socios o personas ajenas a la sociedad) con las que, de algún modo, estén vinculados (relación familiar, relación de control o retribuciones externas⁷⁵⁷). Lo que lleva a concluir que la actuación de cada miembro del órgano de administración ha de ser independiente en pro del mejor interés social⁷⁵⁸.

El deber de independencia derivado del deber de lealtad se equipara a la autonomía y al deber de independencia funcional propio del deber de diligencia, pues este último se refiere a situaciones en las que al adoptarse una decisión empresarial, simultáneamente existe una situación de conflicto de interés, mientras que en el primero lo que se persigue es asegurar que el administrador únicamente contemple el interés social al margen de las eventuales instrucciones y vinculaciones que pueda recibir o que mantenga con terceros⁷⁵⁹.

Tal deber de independencia incluye algo más que la prohibición genérica de no actuar en conflicto de interés y el deber de independencia objetiva, -esto es, la que se requiere, v. gr., para poder ser consejero independiente: ausencia de lazos significativos que puedan dificultar la orientación de la conducta del consejero al interés social-. Requiere un componente subjetivo que imponga un criterio de convicción personal de buena fe y con libertad de criterio o juicio.

La libertad de criterio e independencia va ligada a la idea de juicio autónomo, independencia de criterio personal y desconexión con intereses ajenos. Así, la libertad de criterio e independencia que se impone al administrador proscribire todo acuerdo de sindicación⁷⁶⁰ del órgano de administración. En tal sentido cabe hacer una somera reflexión sobre esa pretendida libertad de criterio e independencia, muy ligada a la exigible discrecionalidad operativa del administrador.

De entrada, no se puede defender que los administradores, por el hecho de serlo, tengan una posición estructural de independencia⁷⁶¹. Al menos no en términos absolutos -lo cual sería, a buen seguro, contraproducente y exigiría reforzar, aún más si cabe, los mecanismos de contención al poder del administrador-. Así, opuesto ya a la idea de la independencia del administrador es la previsión del art. 161 LSC relativa a la intervención de la Junta General en asuntos de gestión⁷⁶².

y se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”.

⁷⁵⁷ PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 53.

⁷⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO, J., “Los consejeros independientes y la reorganización del consejo de administración”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 21, 2008, pp. 30-31.

⁷⁵⁹ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 43.

⁷⁶⁰ La STS, Sala de lo Civil, de 5.5.2016 define el acuerdo o pacto de sindicación como “un acuerdo extrasocietario o parasocial en el que los sindicatos se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismo o a través de un representante. Se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad”.

⁷⁶¹ PAZ-ARES, C., “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”, *RAD*, núm. 4, 2010, pp. 7 ss.

⁷⁶² Art. 161 LSC. Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el art. 234.

Pero, aun siendo y exigiéndoseles independencia, lo que no se puede admitir es que varios administradores puedan convenir de forma “extrasocietaria” determinados asuntos para condicionar así su voto en el órgano de administración. Como, por principio, el art. 29 LSC considera inoponibles los pactos que se mantengan reservados a la sociedad, el acuerdo celebrado por los administradores en su condición de tales no puede pretender su validez entre ellos porque su validez interna determinaría necesariamente su validez *erga societatem*.

Por otra parte, el precepto pretende evitar no solo los acuerdos entre administradores, sino también los vínculos o pactos que puedan hacerse entre éstos y uno o varios socios. La obligación tiene que ver con la exigencia de que los administradores no se vean afectados por relaciones de dependencia pues éstas, se presume, que vincularían la actuación del administrador con determinados intereses⁷⁶³.

En efecto, y sin perjuicio de las instrucciones de la junta, y como no podría ser de otra manera, el órgano de administración debe someterse al interés social que se expresa a través de los acuerdos adoptados en Junta general. Pero una cosa es el cumplimiento de lo decidido en Junta de modo transparente y con todas las garantías y otra muy distinta es que un miembro del órgano de administración opere a espaldas de la junta siguiendo instrucciones o cumpliendo lo acordado, sin ninguna transparencia, con algún o algunos socios⁷⁶⁴.

La principal característica de esta independencia es la capacidad de los miembros del órgano de administración de extraer sus propias conclusiones después de haber considerado con imparcialidad toda la información y opiniones relevantes, sin influencia indebida alguna por parte de la alta dirección ni de intereses externos inadecuados. Por consiguiente, el seguimiento de instrucciones externas por parte del administrador -bien por parte de otros administradores, accionistas o terceros extraños a la sociedad- falta a la transparencia de todo el sistema infringiendo, por ende, el deber de lealtad.

En este punto cobra también relevancia el riesgo de que el administrador pueda aceptar un beneficio de terceros asociado, directa o indirectamente, al cumplimiento de su cargo aludiendo no a las ventajas patrimoniales ilícitas, sino a cualquier retribución -aunque no obedezca a un motivo corrupto- pues se entiende que el hecho mismo de recibir la ventaja es idóneo para debilitar la posición de autonomía y la libertad de criterio e independencia de juicio del administrador.

⁷⁶³ Un ejemplo lo constituye, en el marco de las sociedades cotizadas, lo que prevé el art 529 *duodecies* LSC que, al describir a los distintas categorías de consejeros, señala en su apartado tercero que “Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos” enumerando a continuación los supuestos de vinculación personal o profesional la concurrencia de las cuales impedirán la condición de independiente del consejero.

⁷⁶⁴ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 55, señala el autor que “Es natural que, por ejemplo los consejeros dominicales estén especialmente vinculados con el socio a quien deben su nombramiento, pero ello no les legitima para que, en el desempeño de sus funciones antepongan, siquiera mínimamente, los intereses de dicho socio a los de la sociedad a la que representan. No ignora el legislador que, en la realidad del tráfico, el administrador así designado mantendrá una estrecha relación con el socio que le nombró, pero dicha relación no puede utilizarse como coartada para quebrantar las obligaciones derivadas del deber de lealtad”.

Se sitúa el foco sobre las denominadas “retribuciones externas”⁷⁶⁵ expresión con la que se alude a cualquier remuneración percibida por un administrador en atención a su actuación como tal y satisfecha por un tercero distinto de la sociedad. Tales retribuciones deben entenderse proscritas e integradas dentro del conjunto de infracciones al deber de lealtad pues, obviamente, violentan e impiden la creación de un marco propicio para que el consejero actúe de manera independiente e imparcial persiguiendo lo que él mismo estime de buena fe en el mejor interés de la sociedad.

5.5. Evitar situaciones de conflicto de interés.

Con carácter general, la letra e) del art. 228 dispone que el administrador ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Se trata de prevenir situaciones conflictivas entre, de un lado, el interés de la sociedad y, de otro, los intereses del administrador, ya sean por cuenta propia o ajena⁷⁶⁶.

Esto significa que se trasgrede el deber de lealtad de los administradores con el simple hecho de conocer su situación de conflicto y no abstenerse de desarrollar la operación o acto en conflicto de intereses, a menos que, conforme lo prevenido en el art. 230.2 LSC, cuente con una autorización singular y anticipada por parte del órgano competente.

Es ésta la concreción de la denominada por la doctrina “*no-conflict rule*” según la cual el administrador resulta obligado a evitar situaciones subjetivamente idóneas para generar conflictos de interés y, de no poder hacerlo, a actuar con transparencia y obtener la correspondiente dispensa de la sociedad. En consecuencia, se trata de prevenir que quien

⁷⁶⁵ Expresión acuñada por el Profesor PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa...”, p. 6, señala el autor que, con la expresión retribución externa, “se alude a cualquier remuneración percibida por un administrador en atención a su actuación como tal y satisfecha por un tercero distinto de la sociedad, normalmente un accionista o grupo de accionistas (por contraposición, la remuneración abonada por la propia sociedad puede llamarse “retribución interna”)...”, “...las retribuciones externas son de dudosa legitimidad incluso en el ámbito de los consejeros dominicales porque, antes que nada y sin perjuicio de otras objeciones procedimentales, son censurables desde el punto de vista del deber de lealtad del administrador, cuya primera manifestación se condensa en la regla “ningún conflicto”. En virtud de dicha regla subsidiaria, el administrador “resulta obligado a evitar situaciones objetivamente idóneas para generar conflictos de interés o conflictos 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 una 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”. Se refiere, asimismo, el autor a tres casos que constituyen paradigma de retribución externa y que son los siguientes:

“(i) el accionista de referencia de una sociedad asume el compromiso de satisfacer o de hecho satisface a los consejeros dominicales cuya designación ha promovido una asignación fija, adicional a la retribución que estatutariamente le corresponde con cargo a la propia sociedad, y una garantía de indemnidad:

(ii) un *hedge fund* promete abonar a los consejeros independientes de la compañía en la que ha tomado una participación significativa un esquema de incentivos vinculado al performance de la acción de la sociedad en los próximos tres años: y

(iii) la sociedad matriz extiende a los consejeros ejecutivos de una filial igualmente cotizada el plan de opciones sobre acciones que ha acordado establecer, suplementando de este modo la retribución que dichos consejeros perciben de la sociedad en la que prestan sus servicios”.

⁷⁶⁶ Este precepto especialmente, así como el art 229 LSC -sin perjuicio de los demás relativos a los deberes propios de diligencia- constituyen la base de los programas de naturaleza profiláctica que pretenden garantizar el cumplimiento normativo -generalmente identificados por su denominación anglosajona como “*compliance programs*”-.

ha de tomar decisiones sujetas a un deber de protección de intereses ajenos pueda sufrir una influencia competitiva derivada de sus intereses propios o de sus deberes frente a terceros.

Es por ello que la ley no se limita a exigir del administrador que si se llega a encontrar en una situación de conflicto 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 situaciones⁷⁶⁷.

De la regla “*no-conflict*” se deriva, a su vez, la regla “ningún beneficio” o “*no-profit rule*”⁷⁶⁸. El administrador que realmente quiera evitar verse incurso en una situación de conflicto de interés no debe aceptar ningún beneficio de terceros asociado -directa o indirectamente- al cumplimiento de su cargo. 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 deliberadas, pero sobre todo en faltas inconscientes de independencia o imparcialidad.

Los comportamientos de los cuales debe abstenerse el administrador para cumplir con su deber de evitar las situaciones de conflicto de interés se enumeran en el art. 229.1 LSC, precepto que ha sistematizado los principales grupos de casos de situaciones de conflicto a través de la formulación de prohibiciones muy amplias que abarcan las principales situaciones en las que existe un riesgo concreto de que el administrador obtenga una ventaja particular a costa de la sociedad.

En efecto, el papel que está llamado a desempeñar el art. 228.e) es doble: uno autónomo y otro complementario. Autónomo por cuanto también hay conflicto de interés cuando un administrador tiene un interés significativo (propio o de un tercero con el que mantenga vínculos personales, de negocio o societarios) de cualquier naturaleza ajeno a la sociedad y susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el ejercicio de sus funciones. Complementario por cuanto sirve asimismo a la función de completar la regulación de las situaciones de conflicto de interés prevenidas en el art. 229 LSC.

⁷⁶⁷ DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *Análisis GA&P*, 2014, p. 1, señala el autor que “No se trata -señala el autor- sólo de impedir que el administrador anteponga sus intereses a los de la compañía en caso de que el conflicto se actualice (básicamente prohibiéndole intervenir en la gestión social en lo que se refiere a esos asuntos), sino de evitar, incluso, que surja el mismo riesgo de que ello suceda (siguiendo así la máxima de San Ignacio: “quien evita la tentación evita el pecado”).”

⁷⁶⁸ PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 10, donde señala que “La regla “ningún beneficio” aflora, en efecto, en el art. 1720 CC *in fine*. Este viejo precepto debe entenderse, no sólo como expresión de la mecánica de la representación, sino también como manifestación del principio de lealtad o fidelidad que vertebra la figura. “El deber de lealtad -en palabras del profesor DÍEZ-PICAZO- impone que la única retribución que el representante puede recibir sea la que le satisfaga su representado”. El mandatario, por tanto, no puede percibir ventajas -primas, comisiones o cualquier otra remuneración- de los terceros con quienes contrate en ejecución del mandato. Y si lo hace, el precepto le impone la obligación de “abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo percibido no se debiera al segundo”. La terminología procede de las resoluciones de los tribunales anglosajones, así la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en el *case Towers v. Premier Waste Management Ltd.* de 2.011 señalaba que “*The applicable duties are of a director’s loyalty to the company and the duty to observe the no-conflict principle, wick embarce a duty not to make a secret profit for himself*”.

Lo que caracteriza a esta modalidad de conflicto de interés es que el administrador, sin necesariamente buscarlo, tiene en riesgo su independencia intelectual u objetiva y, por extensión, el correcto cumplimiento de sus responsabilidades. El modelo, criterio o parámetro para determinar si los intereses del administrador pueden entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, debe ser objetivo, esto es, el propio de un tercero imparcial que conociera todos los hechos⁷⁶⁹.

Por consiguiente, los administradores están obligados a desarrollar mecanismos de prevención de los conflictos que sean adecuados a los riesgos propios de la sociedad. Otra cosa es el contenido concreto que debe tener el deber preventivo mínimo. Así, como criterio general, el contenido mínimo ha de referirse a la exigencia de analizar y evaluar los riesgos a los que están sometidos y, conforme a tal evaluación, tomar las iniciativas que correspondan al nivel de riesgo que vendrá asociado a la estructura societaria, al negocio y a las personas que forman parte de la organización.

⁷⁶⁹ Por su claridad y adecuación se cita la resolución de los tribunales británicos en el *case Boardman v. Phipps* de 1967 que señalaba que “*the reasonable man looking at the relevant facts and circumstances of the particular case would think that there were a real sensible possibility of conflict*”.

CAPITULO V. EL DEBER DE LEALTAD II. SITUACIONES CONFLICTUALES. RÉGIMEN DE IMPERATIVIDAD Y DIPENSA.

1. El conflicto de interés.

1.1 Introducción.

La atribución al órgano de administración de un vasto espectro funcional responde, básicamente, a criterios de funcionalidad y eficiencia pero, al mismo tiempo, esa amplitud de facultades comporta el riesgo de que sean ejercidas, no para los fines para los que fueron otorgadas, esto es promover, con carácter exclusivo y excluyente, el interés social, sino en interés de los propios administradores. En otras palabras, hay un inmanente riesgo de incumplimiento del deber de lealtad fundamentado en la relación de confianza entre el principal y el gestor social⁷⁷⁰.

Que el administrador anteponga lo propio a lo ajeno conlleva una parcialidad en la toma de decisiones, el riesgo de no primar el interés de la sociedad y la eventual generación de una colisión, pugna o conflicto entre los intereses propios y del principal. Sin embargo, el riesgo adquiere su máxima gravedad cuando, con su sesgo, lo que el administrador pretende es derivar hacia sí -o hacia un tercero- los recursos de la sociedad, esto es, de todos y cada uno de los socios⁷⁷¹.

Al objetivo de contrarrestar la parcialidad en la toma de decisiones y, particularmente, la extracción de rentas ajenas se ha volcado, con encomiable tesón, la Ley 31/2014 de reforma de la LSC. Y ello se aprecia tanto desde la perspectiva de la finalidad como la del contenido. En cuanto a la finalidad, se ha creado un marco general de regulación de los conflictos de interés. En cuanto al contenido, la ley se alinea con las más modernas regulaciones no solo por lo que concierne a elevar a un primer plano la trascendencia del deber de lealtad, sino también a sus plasmaciones conflictuales⁷⁷².

La existencia de conflictos de intereses en todos los ámbitos de la vida comercial, pero especialmente en las sociedades mercantiles, representa un rasgo de presencia universal. Los Derechos de sociedades modernos abogan por aproximaciones preventivas⁷⁷³ frente a las situaciones de conflicto en la consideración de que es preferible evitar la concurrencia de situaciones conflictuales que tener que confiar en la incoación de acciones judiciales -con los consiguientes costes de dinero, de tiempo, etc...-, para corregir los efectos negativos de las actuaciones realizadas en conflicto de intereses.

⁷⁷⁰ STS de 20.5.1988.

⁷⁷¹ A este modo de proceder, cuando la ventaja o beneficio se ha derivado a los accionistas mayoritarios, se ha venido denominando “*tunneling*”, término acuñado desde la teoría económica y trasladado a la jurídica desde el trabajo de JOHNSON, S / LA PORTA, R / LÓPEZ-DE-SILANES, F / SHLEIFER, A., “*Tunnelling*”. *Am. Econ. Rev.*, vol. 90, núm. 2, 2000., p. 25 y ss, y que lo define de la siguiente manera “*Tunnelling is defined as the transfer of assets and profits out of firms for the benefit of their controlling shareholders*”.

⁷⁷² PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.016, pp. 20 y 21.

⁷⁷³ Esa es la opción seguida por nuestro legislador que, a la hora de configurar la abstención ante el conflicto de interés por parte del administrador, utiliza expresiones tales como “deber de evitar” en la propia rúbrica del art. 229 LSC o al referirse, en el art. 229.3 LSC, a las situaciones de conflicto que los administradores o personas vinculadas “pudieran tener”, parece optar por un tratamiento preventivo de la comunicación del conflicto de interés.

En efecto, la sociedad, como unión de una pluralidad de voluntades dirigidas a la realización de un fin común, no puede abstraerse de su naturaleza plural en la medida en que pueden confluír una multitud de sujetos intervinientes (los denominados *stakeholders*, esto es: empleados, clientes, proveedores, instituciones, comunidades y, en general, la sociedad en su conjunto en cuanto se vea afectada por la actividad empresarial), que entran en contacto con la sociedad o que se ven afectados por el desarrollo de la actividad empresarial.

Dicha naturaleza plural determina la aparición de intereses plurales⁷⁷⁴. Tal pluralidad de intereses está en permanente conflicto en la medida en que la colisión de intereses es consustancial a las relaciones del tráfico consecuentes al intercambio de bienes y servicios como manifestación de la onerosidad del negocio jurídico⁷⁷⁵. La sociedad, en cuanto ente con personalidad jurídica autónoma, se relaciona con todas esas voluntades a través de un vínculo sinalagmático generador de intereses en pugna.

Pues bien, ese conflicto de intereses, de carácter externo y estructural, es inmanente a la naturaleza relacional de la actividad empresarial. Se trata de un conflicto inherente a su carácter de sujeto de derecho interviniente en el tráfico jurídico, esto es, a la concurrencia empresarial en el tráfico y, por ende, de naturaleza *ad extra*. Esta clase de conflicto, denominado estructural, no es pues más que el efecto consecuente a la intervención de la sociedad en el tráfico mercantil.

Junto a esa acepción externa del conflicto de interés hay otra interna, relativa a los conflictos de interés consecuentes bien a la condición de partes contratantes del contrato de sociedad, es decir, entre los socios entre sí⁷⁷⁶, o bien fruto de la configuración orgánica de la sociedad, esto es, conflicto entre los distintos órganos sociales que se reduce, generalmente, al conflicto control-propiedad⁷⁷⁷. A esta acepción del conflicto de interés

⁷⁷⁴ DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J, M^a., *Derecho de Sociedades*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp.58 y ss., sostiene el autor que la sociedad “como contrato obligatorio y contrato de organización sirve para disciplinar la tutela de *los diversos* intereses en conflicto”.

⁷⁷⁵ Cabe traer a colación lo señalado en el Capítulo II del presente trabajo -Apartado 2.1- en relación a la teoría clásica de la agencia que consideraba a la empresa como un nexo de contratos constituyendo el empresario el núcleo de la empresa, como red de contratos con estructura centralizada. En tal sentido URÍA, R., “La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho...”, cit., p. 9, concibe dicho nexo a modo de una cruz en la que, en el medio, se sitúa al empresario o titular, entablado relaciones contractuales en la forma siguiente: “hacia arriba el contrato entre la sociedad y sus administradores y directores, hacia abajo el contrato entre la sociedad y sus empleados, hacia la derecha el contrato entre la sociedad y sus proveedores y hacia la izquierda el contrato entre la sociedad y sus clientes”.

⁷⁷⁶ DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J, M^a., *Derecho de...*, cit., p. 58, “cada socio tiende a asegurarse una posición conforme con sus intereses particulares, es decir, aportar lo menos y recibir el mayor beneficio”.

⁷⁷⁷ BISBAL MENDEZ, J., “La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada” en PAZ-ARES, C (Coord)., *Tratando de la sociedad limitada*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 677, señala que en el Derecho de sociedades los conflictos de intereses “emergen en dos géneros de relaciones: el de las de cada socio y la sociedad y el de cada administrador y la sociedad”. Cabe señalar, en tal sentido, que la STS de 2.2.2017 pone de manifiesto, que los deberes de lealtad de los administradores no pueden medirse por el mismo rasero que el deber de lealtad de los socios. Cuando los administradores votan o deciden, no ejercitan un derecho subjetivo, sino que desempeñan un cargo o cumplen una función. Cuando el socio vota, ejerce un derecho subjetivo. De manera que el tratamiento de los posibles conflictos de interés es muy diferente. El administrador debe anteponer el interés social a cualquier otro, sacrificando el propio interés, mientras que al socio sólo le está vedado perseguir una ventaja particular a costa del interés social.

interno o intrasocietario⁷⁷⁸ derivado de la relación *ad intra* societaria dedicaremos el presente capítulo.

La situación de conflicto de interés entre el administrador⁷⁷⁹ y la sociedad constituye el hábitat propio determinante de la aplicación del deber de lealtad. En efecto, el art. 229 LSC previene las concretas situaciones de las que el administrador debe abstenerse en cumplimiento del deber de evitar que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad establecida en la letra e) del art. 228 LSC. Y este art. 228 LSC tiene la rúbrica “obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, por lo que ese deber de abstención, regulado en el art. 229, es reflejo inmediato del deber de lealtad que regula el art. 227 LSC⁷⁸⁰.

Examinadas en el capítulo que antecede las obligaciones básicas del deber de lealtad, el presente capítulo afrontará una aproximación genérica a la noción de conflicto de interés, sus elementos configuradores y su taxonomía para después abordar las diversas situaciones conflictuales en las que la Ley impone al administrador una obligación de no hacer sin obviar el carácter de *numerus apertus* de tal enumeración contenida en el art. 229 LSC.

El análisis del art. 230 LSC centrará, posteriormente, nuestra atención en el que, partiendo de la consagración, por efecto de la reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, del régimen imperativo del deber de lealtad, es posible advertir, que el riguroso carácter imperativo que desprende el apartado primero del art. 230 LSC, se dulcifica y relativiza en los posteriores apartados con la regulación, siempre controvertida pero sujeta a rigurosos presupuestos -materiales y formales-, del régimen de dispensa.

Tales presupuestos serán autónomamente examinados así como el carácter revocable de la dispensa y los efectos de su concesión, bien “inicial”, bien “*a posteriori*”, esto es, la ratificación. Por último, se examinará el régimen relativo a las personas vinculadas al administrador del art. 231 LSC, precepto que no ha obtenido el favor de la doctrina por sus sonadas omisiones pero también por comprometer su aplicación en la medida en que, tanto doctrina como jurisprudencia, mantienen posiciones dispares en relación a su carácter tasado o extensible a supuestos no contemplados en su tenor literal.

⁷⁷⁸ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital”, *RdS*, núm. 15, 2.000, p. 157, define el conflicto de intereses intrasocietario como “aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero”.

⁷⁷⁹ GONZALEZ CABRERA, I., “El conflicto de interés de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal”, *RDCP*, núm. 20, 2.013, p. 2, sostiene que “el conflicto de interés afecta por igual a los administradores que han sido nombrados por la Junta general por el sistema de representación proporcional o de minorías o por el consejo de administración a través del sistema de cooptación, y se extiende a todo el período en el que ejerzan su cargo. Afecta asimismo, a otras personas que, ejerciendo funciones de administración y de gestión, no han sido nombrados administradores o cuando, habiéndolo sido, dicho cargo haya caducado”.

⁷⁸⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 34, señala que “el deber de lealtad proscribire todas aquellas conductas de los administradores que ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio supongan la obtención de ventajas por éstos a expensas de la sociedad”.

1.2. Concepto.

No es fácil ofrecer una noción pacífica del concepto de “conflicto de interés” dado que la alusión que hace la LSC de él es de naturaleza casuística ofreciendo situaciones paramétricas cuya concurrencia darán lugar al conflicto y obligando al administrador, en algunos casos, a comunicarlas y, en otros, a, simplemente, abstenerse en la toma de decisiones.

Con carácter general podemos decir que existe conflicto de intereses cuando un sujeto representa los intereses⁷⁸¹ de dos sujetos distintos, de modo que no puede defender los intereses de uno de ellos sin perjudicar los intereses del otro⁷⁸². Por consiguiente, el

⁷⁸¹ Precizando el concepto de “interés” sostiene SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios...”, cit., p. 55 que “interés es la relación que existe entre un sujeto y un bien”.

⁷⁸² RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 216, entiende por conflicto de interés “la situación en que una decisión hipotética del administrador sea susceptible de producir beneficio para él y correlativa lesión en los intereses de la sociedad sin que, por parte de ésta, se tenga conocimiento de los hechos ni posibilidad de evitar sus consecuencias inmediatas” y señala, asimismo -en p. 378-, que el conflicto existe “cuando, ante un mismo objeto, dos o más voluntades reunidas en una sola persona se encuentran en una posición contrapuesta”. Por su parte sostiene BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la LSRL”, *RDM*, 1995, p. 1008, que “nos encontramos ante un conflicto de intereses cuando existe una situación de difícil salida en la que colisionan la conveniencia del socio o el administrador de la sociedad y la necesidad de carácter colectivo o finalidad de la sociedad”. Sostiene BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: arts. 229 y 231”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y...*, cit., p. 244 y 245., que “Desde un punto de vista amplio se entiende que existe conflicto de interés cuando el administrador tenga un interés directo o indirecto en la sociedad, de manera que ello pueda afectar al modo en el que desempeña su cargo en la defensa del interés social”. SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 184, define el conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad como la situación que se produce en el siguiente supuesto: “(...) el administrador es titular de un interés propio o de un tercero, que está en contradicción al interés social, de forma que la realización del interés del que es portador el administrador implique un perjuicio para el interés social”. SIMONART, V., “Conclusiones generales”, en AA.VV., *Les conflits d'intérêts*, ed. Bruylant, Bruxelles 1997, p. 304, define el conflicto de interés como “la divergencia u oposición que aparece en operaciones determinadas entre los intereses personales de una persona y otros intereses que ésta debe defender activamente”. En idéntico sentido señala SCHMIDT, D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, ed. Joly éditions, Paris, 2004, p. 22, que “un conflicto de intereses se origina cuando una misma persona persigue dos o más intereses, de forma que tales intereses sean contradictorios. Por su parte SHEPHERD, J., *The Law of...*, cit., p. 148, subraya que “existe conflicto de intereses cuando una persona se encuentra en una situación en la que debe elegir entre sus propios intereses y su deber hacia otra persona”. PUGLIATTI, S., “Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante”, en AA.VV., *Studi sulla rappresentanza*, ed. Guiufrè. Milano, 1965, p. 154 indica que “el conflicto de intereses se presenta como un peligro actual y real de daño para el representado, quien, al intervenir un elemento extraño, corre el riesgo de ver comprometido el fin que se había propuesto alcanzar cuando confirió el mandato”. La DGRN en Resolución de 20 de noviembre de 1.989 señala que “en un conflicto una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas”. En el marco de la teoría de la representación, sostiene MESSINEO, F., “Il contratto in genere” en CICU, A / MESSINEO, F (Dirs.), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXI.1. 1973, p. 259 que “Existe conflicto (u oposición) de intereses entre representante y representado cuando los intereses del representado y los intereses del representante son incompatibles... de forma que el cuidado de los intereses del representado no se concilia con el cuidado de aquellos del representante o del tercero”. Por su parte, DIEZ-PICAZO L., “La representación en el Derecho...”, 1979, cit., p. 212 señala que “existe conflicto cuando dos sujetos se encuentren en posiciones de contraste en el sentido de que la tutela del interés del representado no se concilie con la del representante, o viceversa”. De significativo interés es la SJMerc nº 3 de Madrid de 30.10.2013 cuyo FJ3º define el conflicto de interés como “una situación de presión motivacional o dilemática de un decisor respecto del seguimiento de conductas incompatibles, de modo que se dificulta un

concepto de conflicto de interés entre el administrador de sociedades y la sociedad hunde sus raíces en la relación fiduciaria que liga a aquél con ésta.

Cabe señalar que es común a toda relación representativa que el representante tenga sus intereses propios, al margen de los del principal. Pero el hecho de que existan intereses diversos no implica que automáticamente nos encontremos en una situación de conflicto de intereses pues los intereses concurrentes pueden ser coincidentes o comunes, e, incluso, siendo distintos, pueden ser compatibles.

Y para que exista conflicto entre los diversos intereses concurrentes es necesaria una confrontación, contradicción o pugna que se traduce en un riesgo real y actual de daño para los intereses del representado⁷⁸³. No es necesario, sin embargo, que exista un daño efectivo para apreciar la existencia de un conflicto de intereses. Tal aserto no es, sin embargo pacífico.

En efecto, existe un sector doctrinal⁷⁸⁴ que considera que el conflicto de interés sólo resulta relevante cuando contempla una concurrencia de intereses opuestos entre la sociedad y el administrador que, por su naturaleza y finalidad, resulta idónea para poner en riesgo los intereses de aquella y genera una clara lesión o perjuicio a la sociedad.

Por su parte, otro sector de la doctrina⁷⁸⁵ entiende absolutamente irrelevante la existencia de perjuicio pues lo que pretende la regulación no es más que la exigencia de los administradores a la hora de ejercer su cargo. Deberes que resultarán de aplicación aunque el interés del administrador no sea necesariamente contrario al interés de la sociedad o no implique un daño o perjuicio para la misma.

Desligar el perjuicio irrogado entre los presupuestos del conflicto de interés es también la posición a la que nos alineamos. Y ello se hace desde la consideración de que el conflicto de intereses, esto es, cuando a sabiendas del desvalor de la actuación y sin previo conocimiento ni autorización del principal, se preferencia el interés particular al social, constituye el ecosistema propio del deber de lealtad. En tal sentido, una actuación infractora a la lealtad no se atenúa -ni agrava- por la efectiva producción de la lesión al interés social o por la entidad del daño (otra cosa será su incidencia en el juicio de responsabilidad)⁷⁸⁶.

comportamiento adecuado a Derecho, pero que no elimina la capacidad de obrar de acuerdo al orden jurídico”.

⁷⁸³ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios en sociedades...”, cit., p. 157.

⁷⁸⁴ BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés...”, cit., p. 245.

⁷⁸⁵ FONT GALÁN, J. I., “*El derecho de información de los...*”, cit., p. 217, señala que “la mera conducta del administrador promotora y originante de situaciones de conflicto de intereses –llegue o no éste a aprovecharse de ellas- es sancionable por desleal”.

⁷⁸⁶ FONT GALÁN, J. I., “El derecho de información de los administradores...”, cit., p. 313, sostiene el autor que, en efecto, “el daño no es presupuesto de la deslealtad de conducta del administrador, sino de la responsabilidad”. Por su parte, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión...”, cit., p. 4, sostiene que “la concurrencia del conflicto de interés y su correspondiente regulación procederá cuando se produzca dicha contraposición y el posible perjuicio para la sociedad. Otros factores tales como la producción efectiva de un daño patrimonial a la sociedad o la supuesta intencionalidad con la que ha actuado a tal respecto el administrador inmerso en dicha situación de conflicto son elementos coyunturales en la existencia del conflicto de intereses pero que en modo alguno han de concurrir necesariamente para que se aplique la normativa correspondiente a este tipo de situaciones”. En idéntico sentido la STS de 4.10.2001 sostiene que el deber de lealtad exige “no observar

En efecto, el conflicto de intereses no tiene por qué representar la causación efectiva del daño a los intereses de la sociedad, ni siquiera su causación inminente, sino la situación preliminar o previa, que crea el peligro o riesgo razonable de que dicho daño se pueda producir en algún momento⁷⁸⁷. El conflicto de intereses surge en un estadio previo cuando, previsiblemente, la actuación del administrador afectado sea susceptible de producir un daño a los intereses del principal.

Dicha ubicación del conflicto en un estadio previo es compatible con la existencia de la contraposición de intereses y la previsibilidad del riesgo. Es decir, una colisión de intereses meramente potencial, alejada aún de un escenario idóneo para vislumbrar la concurrencia de la pugna o colisión y del riesgo previsible, no constituye un conflicto de intereses en sentido técnico porque no permite afirmar la potencial pugna o contraposición de intereses concurrentes incompatibles. Por consiguiente, la situación de alarma hay que situarla no en la causación sino en la potencialidad, esto es, en la idea de riesgo que crea un escenario de idoneidad para el daño a la sociedad, con independencia de que este se acabe, o no, produciendo.

Ahora bien, no todo interés del principal resulta protegido y, consecuentemente, forma parte del supuesto de hecho que conforma el conflicto de intereses. Es decir, la delimitación de intereses relevantes se acomoda a la finalidad gestora y al ámbito de poder del gestor, de tal forma que no existe conflicto si el gestor realiza actividades o conductas ajenas al objeto y finalidad de la relación a menos que use bienes o información propios del principal⁷⁸⁸.

Podemos, por ende, definir el conflicto de interés como como aquella situación en que concurre una colisión o pugna de intereses opuestos entre el gestor y el principal que se proyecta en un acto o negocio idóneo para que aquél -administrador-, ponga en riesgo los intereses de éste -sociedad-.

1.3. Elementos y clases.

Del concepto de conflicto de interés cabe inferir dos elementos configuradores, a saber:

a) La colisión, confrontación o pugna de los intereses particulares del administrador y del interés social que debe defender con lealtad y diligencia. En efecto, debe concurrir esa colisión⁷⁸⁹ o contradicción de modo que, en una situación de intereses concurrentes, la realización del interés de uno o de un tercero significa el sacrificio del interés del otro⁷⁹⁰, y,

comportamientos que causan o pueden causar daños a la sociedad administrada, con independencia de que, además exista o no una desviación de valor de la esfera social a la esfera personal del administrador”.

⁷⁸⁷ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios en sociedades...”, cit., p. 151-152 pone el énfasis en el riesgo como elemento definidor del conflicto, riesgo que por lo demás ha de ser real y actual.

⁷⁸⁸ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 378

⁷⁸⁹ ALCALÁ DÍAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad”, en ESTEBAN VELASCO, G (Coord.), *El gobierno de las sociedades...*, cit., p. 492., señala la necesidad de la existencia de dos intereses contrapuestos de forma que la consecución de uno de ellos implique la lesión del otro.

⁷⁹⁰ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 377, quien como ejemplo típico “el caso en que un administrador con poder de representación adquiere para la sociedad bienes que forman parte de su patrimonio personal. En este caso, el gestor debe comprar en las condiciones más favorables para la sociedad -por ejemplo, el precio más bajo posible- y al mismo tiempo vender en las mejores ventajas para sí -por ejemplo, al precio más alto posible-”.

b) El riesgo de lesión al interés social de modo que tal situación conflictual entre interés particular y social solo será jurídicamente relevante cuando la preferencia del interés particular al social genere un riesgo para la sociedad⁷⁹¹. Esto es, debe darse una situación en la que concurra un riesgo real y previsible de que se produzca un daño al interés social frente al cual, el administrador tiene un deber de comportamiento leal⁷⁹².

Al lado de la colisión y el riesgo que constituyen los elementos esenciales que configuran la noción del conflicto, gran parte de la doctrina⁷⁹³, señala otros de carácter eventual que sirven a la función de su delimitación: la lesión patrimonial y la intencionalidad del gestor⁷⁹⁴. No obstante, la lesión patrimonial y la acreditación de la negligencia o dolo en la conducta del administrador serán relevantes con el objeto de determinar la eventual responsabilidad de éste frente a la sociedad.

Desde una aproximación inicial a la acepción genérica del conflicto de interés se puede hacer una inicial clasificación atendiendo a la génesis o a la relación de la que nace la situación de conflicto. Cabe así distinguir entre: i) conflictos de origen contractual, como el derivado de la relación de mandato o de comisión. En estas situaciones, el comisionista debe obediencia al comitente, encontrándose vinculado por una obligación de tipo contractual; ii) conflictos de carácter extracontractual, a los cuales se enfrentan principalmente los analistas bursátiles, auditores y gestores de carteras, los cuales pueden incurrir en responsabilidad por daños a los inversores; y iii) conflictos de origen legal o estatutario: dentro de los cuales se incluirían los conflictos de interés de los miembros de los órganos de gestión de las sociedades, en el ejercicio de sus funciones de representación de la compañía⁷⁹⁵.

Y dentro de esta última situación conflictual, que es la propia de la relación de administración que analizamos, podemos hacer la siguiente clasificación:

⁷⁹¹ SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración...*, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 189, señala que “el conflicto de interés sólo tiene lugar si el contenido y la modalidad de la operación pueden perjudicar el interés común en beneficio de los administradores o de terceros. Conviene precisar que el perjuicio no ha de entenderse necesariamente como pérdida en el patrimonio social, sino también como ganancia que se deja de obtener por haber adoptado ese acuerdo”.

⁷⁹² GARRIDO GARCIA, J.M., “Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de sociedades”, *Revista Supersociedades*, núm. 10, 2.015, p. 9, donde señala el autor: “Así pues, la situación de conflicto viene determinada por los siguientes elementos:

-Un sujeto (A) que por una disposición legal o una previsión contractual está obligado a defender los intereses de otro (B).

-Al mismo tiempo, el sujeto A tiene intereses propios o está obligado a defender los intereses de un tercer sujeto (C).

-La actuación que el sujeto A está obligado a realizar en relación con B podría perjudicar los intereses de A o de C. El elemento fundamental del conflicto se encuentra en el tercer punto, y es el de la colisión o contraposición de intereses”.

⁷⁹³ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión...”, cit., p. 16; GUERRA MARTÍN, G., “La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital” en GUERRA MARTÍN, G (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 71.

⁷⁹⁴ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., pp. 381 y 382. Puesto que no son elementos de tipo esencial, la STS de 4.10.2011 -FJ4º- señala que el deber de lealtad exige “no observar comportamientos que causan o pueden causar daños a la sociedad administrada, con independencia de que, además exista o no una desviación de valor de la esfera social a la esfera personal del administrador”.

⁷⁹⁵ IBÁÑEZ JIMENEZ, J., “Banking Professional Conflicts of Interest in European Securities Markets”, *JIB&LR*, vol. 24, issue 9, Londres, 2009, p. 446.

1.3.1. Conflicto real y conflicto potencial.

El conflicto real es aquel en el que concurren todos los presupuestos apuntados y agota sus efectos en la situación conflictual infractora a la lealtad y generadora, en su caso, de responsabilidad. El conflicto potencial se sitúa en un estado de ideación incipiente que no permite hablar aún de conflicto en sentido técnico porque no permite afirmar que, en la situación en que se trate, los intereses concurrentes son incompatibles y, por eso, no necesariamente habrá un riesgo actual o real de que se produzca un daño. Se trata pues, de un daño para el interés social de carácter potencial⁷⁹⁶.

1.3.2. Conflictos no eficientes -convergencia de intereses- y conflictos lesivos o eficientes.

En la medida que el conflicto de intereses se fundamenta en un conflicto actual o de riesgo para los intereses del principal pueden diferenciarse dos subtipos de conflictos según el resultado final del mismo. En un extremo, aquellos conflictos que tengan como resultado una convergencia de intereses que se muestra indemne para el interés social a pesar de concurrir el riesgo de lesión inherente al conflicto. En el otro extremo aparece aquel conflicto en el que la conducta del gestor ha causado un daño efectivo al principal y, por consiguiente, el conflicto es lesivo o eficiente⁷⁹⁷.

1.3.3. Conflictos directos e indirectos.

El conflicto directo es aquel en el que el beneficio o ventaja lo obtiene el propio gestor mientras que en el indirecto, el beneficio o ventaja no lo obtiene el propio administrador sino otra persona a él vinculada por otro tipo de relación personal o jurídica⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés...”, cit., p. 247. Asimismo, SANCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad”, *RdS*, núm. 41. 2.013, p. 13, señala que una colisión de intereses potencial “no constituye un conflicto en sentido técnico, porque no permite afirmar, desde una apreciación objetiva y previa, que, en la situación de que se trate, los intereses concurrentes son a priori incompatibles y, por eso, no necesariamente habrá un riesgo actual y real de que se produzca un daño. Por tanto, una situación de «conflicto potencial» entre los intereses del administrador y los de la sociedad en relación con un caso concreto no sería suficiente para «activar» el deber legal de abstención del art. 229.1 LSC, cuyo presupuesto de hecho es un conflicto cierto, y no simplemente hipotético, posible o eventual. Es preciso que, en el momento de adopción del acuerdo o decisión de que se trate, pueda apreciarse que el contenido de este implica un riesgo cierto e inequívoco de que la sociedad pueda sufrir un perjuicio, debido a la presencia de un interés particular del administrador en el asunto (o el de un tercero relacionado con él)”.

⁷⁹⁷ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 382.

⁷⁹⁸ GARRIGUES, J / URÍA, R., *Comentario...*, cit., p. 380, en relación al interés directo o indirecto sostienen que “...el interés es directo cuando el administrador, o un testaferrero suyo, aparece como contratante en nombre propio en el mismo contrato en que intervenga él o el Consejo de Administración en nombre de la sociedad. El interés es indirecto cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre, sino que el contrato se cierra con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador, o se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses están estrechamente vinculados a los del administrador”. La distinción entre conflicto directo e indirecto deviene de significativa trascendencia cuando concurre una obligación de abstención, así la STS de 2.2.2017 sobre el deber de abstención en junta general de los socios que estén en conflicto de interés ha venido a clarificar el alcance del art 190 LSC, al precisar que el referido deber “solo aplica a los conflictos directos que afecten al propio socio, pero no a los conflictos indirectos en los que el interés afectado sea el de una persona relacionada con el socio”.

1.3.4. Conflictos en interés propio y en interés de tercero.

A diferencia del anterior, en esta clase de conflictos el beneficio o ventaja lo obtiene siempre en administrador. Así, el tipo normal de comportamiento interesado viene referido al conflicto individual o privado, según el cual el propio gestor actúa por su cuenta y en su propio interés. A su lado, el conflicto entre el principal y el gestor también se manifiesta cuando éste actúa en interés ajeno⁷⁹⁹.

1.3.5. Conflicto económico y conflicto posicional.

Los conflictos pueden caracterizarse según el interés que persigue el gestor sea de carácter económico o patrimonial, en cuyo caso la utilidad del beneficiario puede ser valorada como un bien o derecho que ingresa en el patrimonio del interesado⁸⁰⁰. Sin embargo, al lado de ese conflicto de carácter patrimonial, cabe añadir aquellas situaciones incompatibles cuya naturaleza no permite ser considerada un bien económico en sí mismo. En estas situaciones se dan conductas que la doctrina denomina posicionales, que tienen como finalidad la obtención de determinadas ventajas que le son de su interés, en la medida que pretendan mantener o mejorar una determinada ventaja, posición o cargo⁸⁰¹.

1.3.6. Conflicto permanente o estructural y ocasional o coyuntural.

En relación al elemento temporal de incidencia en el conflicto de interés cabe distinguir entre conflictos permanentes o estructurales y conflictos ocasionales o coyunturales. Los

⁷⁹⁹ Al lado de esta tipología de conflictos se refiere PAZ-ARES a los conflictos por cuenta propia y conflictos por cuenta ajena. Así, en remisión a los mismos, señala ALFARO AGUILA-REAL, J, en entrada de su blog “*Conflictos de interés del socio y personas vinculadas*”, de 22 de febrero de 2017, que “Hay un conflicto por cuenta ajena cuando el que tiene que decidir se enfrenta al cumplimiento de dos deberes que son incompatibles entre sí. Por ejemplo, cuando un administrador dominical de una sociedad ha de votar en relación con un acuerdo del Consejo referido a una transacción entre la sociedad y el socio que le ha designado administrador (como ocurría con los administradores designados por la cooperativa matriz en la filial del grupo Central Lechera Asturiana), ese administrador dominical tiene que optar por votar en interés del socio que le designó administrador o hacerlo en interés de la sociedad de la que es administrador”. [...] “A diferencia de los conflictos de interés por cuenta ajena, los conflictos de interés por cuenta propia o por cuenta de una persona vinculada al administrador suponen un conflicto entre un deber del administrador y un interés propio del administrador o de la persona vinculada al administrador”.

⁸⁰⁰ La doctrina española se ha centrado en la patrimonialidad del interés. Al respecto, DUQUE DOMINGUEZ, J.F., “La tutela de la minoría”, *RCSIC*. Valladolid, 1957, p. 132, entiende que “apenas si sería posible imaginar relaciones que carezcan de este requisito de la patrimonialidad, por lo menos indirectamente”.

⁸⁰¹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 392, sostiene que “El conflicto posicional ha encontrado reconocimiento en Informe Aldama (2003) sub. III.2.2, al comprender entre los deberes de lealtad de los administradores el de no valerse de su posición en la sociedad “para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial”. Una expresión semejante se utiliza en el art. 34.1 del Reglamento tipo CNMV (1998). Por su parte, EISENBERG, M.A., *The Structure of the Corporation Law*, ed. Beard Books, Boston, 2006, pp. 30 ss., sostiene que los conflictos posicionales son “mucho más importantes que los otros tipos de conflictos puesto que no son normalmente internalizados como puede suceder en la autoestima respecto del trabajo o la moral respecto de la deslealtad tradicional”. Incluso su naturaleza no patrimonial dificulta las posibilidad de control, así señala HOPT, K.J., “Self Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: regulating directors conflicts of interests” en HOPT, H.J., / TEUBNER, G., *Corporate governance and directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analysis on Corporate Social Responsibilities*, ed. de Gruyter, Berlin and New York, 1985, p. 315, que “en estos conflictos no se produce un flujo de recursos económicos, lo que por su carácter intangible incrementa las dificultades de su control”.

primeros se refieren a una situación permanente o continuada en el tiempo y deben ser graves, permanentes e irreversibles. Los coyunturales, por el contrario, son los que se refieren a un determinado acto u operación económica, esto es, a casos aislados o excepcionales de oposición de intereses⁸⁰².

2. Antecedentes.

A juego con el examen de los antecedentes en materia de deberes de los administradores, y bajo la premisa de que la labor hermenéutica descansa, entre otras fuentes, en “*los antecedentes históricos y legislativos*” -art. 3.1 CC-, vamos a realizar una somera relación de cómo ha sido tratado el conflicto de interés tanto en el desarrollo de nuestro derecho como en los instrumentos de buen gobierno bien, o mal, llamados *soft law* que, especialmente en las últimas décadas, han servido de estímulo uno a otro retroalimentándose en su voluntad de recomendación u ordenación.

2.1. El conflicto de interés en la legislación societaria española.

Debemos iniciar nuestro análisis con el Código de Comercio de 1829 del que poco cabe traer a colación a los efectos que se examinan. Mención merece el art. 265 que encargaba el manejo de las compañías mercantiles a “*mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios*” así como el art. 277, respecto de los administradores de las sociedades anónimas, preveía que “*no son responsables personalmente, sino del buen desempeño de las funciones que según (los reglamentos) estén a su cargo*”.

El Código de Comercio de 1885 no se separa de dicha consideración del administrador como mandatario -entre otros, en los arts. 122 y 156-. Por consiguiente, en ambos cuerpos legales, le resultaban al administrador societario aplicables las disposiciones del mandato en la legislación civil y en especial los arts. 1714, 1719 y 1459.2 CC. Estas normas, si bien no incorporan un detalle de los conflictos de intereses en la relación de administración societaria, sí dejan ya entrever que en medio subsiste la obligación genérica de anteponer siempre los intereses del representado o principal sobre los del representante.

Ahora bien, es en el campo de las sociedades colectivas donde se establecía un régimen jurídico ante situaciones de conflictos de intereses y, si bien tal régimen es aplicable a los socios, tiene también un indudable interés en el marco de la gestión o administración en la medida en que, bajo este tipo social, y de conformidad con lo prevenido en el art. 129 CdC, todos los socios tienen la administración de la sociedad, a menos que, por acto especial, se limite la administración a alguno de ellos.

En el escenario señalado, el art. 135 -aún vigente-, respecto del uso indebido de la condición de socio, dispone que éstos “*no podrán aplicar los fondos de la compañía ni usar la firma social para negocios por cuenta propia*”. Tal previsión pretende evitar que el socio-administrador incurra en el conflicto de intereses de abusar de los bienes sociales

⁸⁰² SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios...”, cit., pp. 145 ss., señalando que si bien los conflictos ocasionales o coyunturales “se suscitan entre los socios con ocasión del funcionamiento ordinario de la junta de socios, los conflictos permanentes suponen “una alteración de las bases en las que se asientan las relaciones internas en la sociedad de tal entidad que no es posible su reconstrucción”.

o de la compañía en beneficio propio, y en detrimento de los intereses sociales⁸⁰³ y es, en el marco de los deberes del administrador, fácilmente incardinable en las letras b y c del art. 229.1 LSC.

Por su parte, los arts. 136 y 137 se referían a la obligación general de los socios-administradores de “no competir con la sociedad” de idéntico perfil que la proscripción general de competencia que, en sede de deberes del administrador, prevé la letra f del art. 229.1 LSC. Con todo, y sin perjuicio de lo apuntado en sede de sociedades colectivas, las obligaciones aplicables a las situaciones de conflictos de intereses correspondían a las mismas del mandatario civil.

Con la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 se estableció un nuevo régimen jurídico con el fin de proporcionar una regulación más completa a esta forma de organización societaria. En cuanto al régimen de la administración se estableció, entre otros aspectos, un nuevo marco de deberes y responsabilidad dirigido a evitar que los administradores abusaran de sus funciones haciendo peligrar la buena marcha de la sociedad, y de esa manera, “garantizar la pureza administrativa”⁸⁰⁴.

Así, el art. 83 tipificaba y sancionaba con remoción del cargo dos conductas que hoy se reconocen plenamente como atentatorias al deber de lealtad, a saber: i) actuar en “conflicto de intereses” situación que era concebida como “cualquier forma de intereses opuestos a los de la sociedad”; y ii) el conflicto de “competencia con la sociedad”, que se configuraba cuando los administradores de una sociedad lo fueren a su vez de otra sociedad competidora.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -aprobada Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre- no muestra, en el marco del deber de lealtad y la infracción al mismo, cambios significativos. Destaca, eso sí, la introducción, en el apartado segundo del nuevo art. 127, del deber de secreto de los administradores al señalar que éstos “*deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones*”.

La Ley 2/1995 de Sociedades de responsabilidad limitada viene a trasladar el régimen de deberes, inicialmente diseñado para las Sociedades Anónimas, a las Sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, comprende ésta dos preceptos interesantes en materia de situaciones conflictuales.

Uno relativo a la prohibición de competencia prevenida en el art 65 a cuyo tenor, “*Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General*”. Otro relativo al control de las operaciones vinculadas prevenido en el art 67 que disponía “*El establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la Junta General*”.

⁸⁰³ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 2008, p. 115.

⁸⁰⁴ Exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, publicado en el BOE de 18 de julio de 1951, pp. 3355 y 3356.

La Ley 26/2003, de 17 de julio, la denominada Ley de transparencia, supone un importante avance en torno a la delimitación y precisión del deber de lealtad y los conflictos de intereses. El nuevo art. 127.ter contemplaba las prohibiciones de utilizar el nombre de la sociedad, de invocar la condición de administrador y de aprovechar las oportunidades de negocio, para luego enunciar la obligación general de comunicación en caso de conflictos de intereses, y finalmente, establecía el también deber de información en caso de participación con capital o trabajo en alguna sociedad competidora⁸⁰⁵.

Por último, la Ley de Sociedades de Capital -aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio-, aportó significativos avances en el ámbito del deber de lealtad y los conflictos de intereses. Con mejorada técnica legislativa traslada la estructura parca y compendiada de la tipología conflictual aglutinada en un solo artículo -antiguo art. 127 bis-, a una presentación separada de cada una de estas conductas que tienen por resultado la violación del deber de lealtad.

Así, se regulan las situaciones de conflicto provocadas por la utilización indebida del nombre de la sociedad o invocación de su condición de administrador -art. 227-, el aprovechamiento indebido de las oportunidades de negocio -art. 228-, se amplía al deber general de comunicación y abstención de los administradores en caso de un conflicto de intereses -art. 229-, se reconoce de forma más explícita la prohibición de competencia con la sociedad -art. 230-, dejándose para el art. 232 la obligación del administrador de guardar secreto.

2.2. El conflicto de interés en los instrumentos de soft law.

De ineludible mención son los informes o Modelos de Código de Buen Gobierno de incuestionable impacto por su significativa incidencia en el desarrollo legislativo de la cuestión. Entre éstos, el primero en profundizar sobre el alcance del deber de lealtad y la necesidad de ordenar los efectos conflictuales de su infracción es el Informe Olivencia de 1998 que parte de que la ordenación conflictual “ha sido unos de los temas más descuidados por la práctica societaria del país⁸⁰⁶”. En el ámbito señalado, el Informe propone la adopción de regímenes internos que:

⁸⁰⁵ Cabe señalar, asimismo, que la Ley 26/2003 modifica la LMV en la materia introduciendo un nuevo art. 114 que contemplaba, respecto de aquellos administradores que tengan derecho a voto en la junta general —por detentar la representación de acciones—, que no podían ejercer este derecho respecto de “*aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto de las siguientes decisiones: a) Su nombramiento o ratificación como administrador. b) Su destitución, separación o cese como administrador. c) El ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él. d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o las que represente o personas que actúen por su cuenta*”. En el numeral segundo de esta misma disposición se estableció, respecto de las operaciones entre los administradores y la sociedad (o con una sociedad del mismo grupo), la obligación de informar en la memoria de la sociedad de aquellas que fueren ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o no se realizaren en condiciones normales de mercado. Y en el numeral tercero, se estableció una prohibición de utilización indebida de información privilegiada o reservada sobre los valores de la sociedad (u otras sociedades vinculadas), que conlleve a realizar (o sugerir realizar a un tercero) una operación respecto de esos valores (a menos que la información se diera a conocer públicamente). Por último, la letra c) del art. 116 dispuso que dentro del informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas debería ofrecerse una explicación detallada de “*operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo*”.

⁸⁰⁶ Así, la Recomendación 16 del mismo prevé lo siguiente: “Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros,

- i) impongan una obligación de abstención al consejero de asistir e intervenir en las deliberaciones que afecten asuntos en los que se halle interesado;
- ii) limiten y establezcan garantías a las transacciones profesionales o comerciales entre el consejero y la compañía,
- iii) establezcan obligaciones de discreción y pasividad a los consejeros respecto de la información empresarial no pública,
- iv) regulen expresamente el tema de la utilización por los consejeros de los activos sociales con fines exclusivamente privados o el aprovechamiento de ventajas patrimoniales,
- v) impidan a los consejeros aprovechar en beneficio propio o de sus allegados de una oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad, y
- vi) impongan a los consejeros una obligación general de comunicación respecto de todas aquellos hechos, situaciones o vínculos personales -o de personas a ellos vinculados- que puedan afectar su leal actuación como administrador de la sociedad.

Ya en cuanto al Informe Aldama de 2.003, reiteraba que el tratamiento hasta entonces otorgado por el legislador español al deber de lealtad no había sido el más apropiado y, en su consecuencia, la legislación societaria se ha venido refiriendo al deber de lealtad con un contenido muy genérico o abstracto, que apenas ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido, se abogaba por reforzar la eficacia del deber de lealtad y en detallar las obligaciones básicas derivadas del principio general.

Entendiendo que la definición de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad de las conductas indebidas, facilita el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada, procede a enumerar toda una relación de prohibiciones que recomienda imponer al administrador de sociedades⁸⁰⁷.

contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de los activos sociales”.

⁸⁰⁷ Apartado III.2.2., donde relaciona las siguientes conductas proscritas: “i) Evitar los conflictos de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad, comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración, ii) No desempeñar cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo, iii) No utilizar, con fines privados, información no pública de la sociedad, iv) No hacer uso indebido de activos de la sociedad ni tampoco valerse de su posición en esta última para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial. En todo caso, de las relaciones económicas o comerciales entre el consejero y la sociedad deberá conocer el Consejo de Administración, v) No aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de consejero, vi) Mantener secretos, aun después de su cese, cuantos datos e informaciones reciba en el desempeño de su cargo, no pudiendo utilizarlos en beneficio propio, ni facilitarlos a terceros, sin perjuicio de las obligaciones de transparencia e información que impongan la legislación mercantil y de los mercados de valores. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto se extenderá a los administradores de ésta, vii) Abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecten, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular, viii) Notificar a la sociedad los cambios significativos en su situación profesional, los que afecten al carácter o

Nos referimos, por último, al Informe Conthe del año 2006 donde se publica, de un lado, el denominado Código Unificado de Buen Gobierno, y de otro, un conjunto de recomendaciones dirigidas al Gobierno, la CNMV e Instituciones Financieras. En ambos apartes del Informe es posible encontrar referencias al deber de lealtad y los conflictos de intereses, no obstante, no se producen avances significativos en la materia tal vez, como consecuencia de los incuestionables avances que la Ley de transparencia había aportado a la cuestión⁸⁰⁸.

3. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés⁸⁰⁹

3.1. Situaciones conflictuales.

A juego con el art. 228 LSC, el art. 229⁸¹⁰ ofrece a los administradores de sociedades una serie de modelos conductuales proscritos por el deber de lealtad. Por consiguiente, los

condición en cuya virtud hubiera sido designado como consejero, o los que puedan entrañar un conflicto de interés, ix) Informar a la sociedad de las acciones de la misma, opciones sobre acciones o derivados referidos al valor de la acción, de que sea titular, directamente o a través de sociedades en las que tenga una participación significativa, así como de las modificaciones que sobrevengan en dicha participación accionarial o derechos relacionados, con independencia del cumplimiento de la normativa del mercado de valores, x) Informar a la sociedad de todas las reclamaciones judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que por su importancia pudieran incidir gravemente en la reputación de la sociedad”.

⁸⁰⁸ Mención merece la Recomendación octava que profundiza sobre las operaciones donde media un interés personal del administrador recomendando que sea el Consejo de Administración el órgano que autorice las operaciones que la sociedad realice con los consejeros (o personas a ellos vinculados) exceptuando las operaciones que cumplan las siguientes condiciones: i) que se trate de contratos estandarizados y aplicados en masa con sus clientes, ii) que corresponda a los precios ordinarios y iii) que su cuantía no supere el 1% de los ingresos anuales de la compañía. Asimismo recomienda que, además de que en la deliberación y votación que autoriza la operación el consejero interesado no tenga voz ni voto, que la decisión se adopte “previo informe favorable del Comité de Auditoría, o en su caso, de aquel otro al que se hubiera encomendado esa función”.

⁸⁰⁹ La regulación del conflicto de interés que comporta la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo se inspira en la reforma de la *Companies Act* británica culminada en 2.006. Así, la rúbrica del art. 229 LSC, “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés” se corresponde con el título de la *Section 175* de la *Companies Act* (“*Duty to avoid conflicts of interest*”) aunque el art. 229 LSC también abarcaría lo previsto en las *Sections 176* (“*Duty not to accept benefits from third parties*”) y *177* (“*Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement*”) y, en parte, también lo que se prevé en el *Chapter 4* de la *Part 10* (*Section 188* y ss).

⁸¹⁰ La Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, antecedente directo de la Ley 31/2014, ya tenían declarado que era necesario “sistematiza[r] y tipifica[r] [...] las conductas desleales” y por ello “parece preciso, en primer lugar, ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del genérico deber de lealtad, completando el catálogo actual, -sobre todo en materia de conflicto de interés-, con base en la experiencia doctrinal y comparada”. Fruto de ese deseo el apartado primero del art. 229 LSC, bajo la rúbrica “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, dispone lo siguiente: “1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

arts. 228 y 229 LSC enumeran modelos paramétricos de actuaciones desleales y articulan las principales prohibiciones y obligaciones derivadas del mandato genérico del deber de lealtad.

La enumeración citada cumple una finalidad dual: por un lado, se pretende simplificar la actuación de los tribunales que no tendrán ya que acudir a construcciones doctrinales o jurisprudenciales para sancionar las conductas infractoras a la lealtad. En tal sentido, se ha señalado que si la configuración del deber de lealtad no ha desplegado, en nuestra práctica societaria, toda su virtualidad ha sido, en parte, por la pobre y muy defectuosa tipificación de sus manifestaciones conflictuales⁸¹¹.

Por otro lado, de la relación de conductas desleales, se infiere un modelo precautorio que, con ánimo preventivo -e inspirado por el principio de prohibición relativa-⁸¹², pretende advertir al administrador de sociedades cuáles son las conductas que imperativamente suponen una infracción al deber de lealtad⁸¹³. Se persigue, nuevamente, un escenario de

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

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”.

⁸¹¹ Atribuye PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., pp. 41 y ss., a la nueva regulación del régimen de las situaciones de conflicto de interés, una triple función, admonitoria, prohibitiva y garantista. Las dos primeras, de eficacia inmediata. La tercera, de eficacia diferida y meramente eventual. La función admonitoria parte de la selección de supuestos más significativos de conflicto como criterio rector. En éstos, la fórmula paramétrica de formulación de los deberes deja paso a una enumeración conductual. La función prohibitiva, que constituye la función nuclear, determina qué se prohíbe -ámbito objetivo- y a quién se prohíbe -ámbito subjetivo-. Por último, la función de garantía proyecta su eficacia en la admisible flexibilidad de la proscripción de suerte que, ante una situación de conflicto de interés, el administrador puede optar, bien por abstenerse de actuar (impidiendo el nacimiento del conflicto), o bien revela su interés en conflicto con el objetivo de obtener una dispensa, activándose, en este segundo caso, esa función de garantía que se bifurca en dos clases de garantías, a saber, una procedimental (declaración de existencia de un conflicto de interés y determinación del órgano competente para permitir realizar alguna de las actividades prohibidas por el art. 229.1 LSC), y otra material (la necesidad de que el acuerdo del órgano competente garantice la equidad de la dispensa, es decir, la inocuidad de las actividades para las que se ha concedido permiso).

⁸¹² Distingue RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad...*, cit., pp. 455 ss., atendiendo a sus elementos configuradores, una tipología de modelos de protección al principal que, en síntesis, podemos clasificar de la siguiente manera: i) Modelo no preventivo: que parte de la idea que el ordenamiento establece un régimen general que autoriza al gestor a actuar en una situación de conflicto. Este modelo no presenta carácter preventivo y defiende un régimen de protección de la sociedad basado en una acción indemnizatoria consecuencia de un comportamiento interesado que comporte un resultado dañoso para la sociedad, ii) Modelo preventivo absoluto: que construye el contenido de la lealtad a través de la prohibición al gestor de actuar en conflicto de intereses. En su extremo más riguroso, se postula la tesis preventiva de la prohibición absoluta que no tiene en cuenta la causación de un daño al principal, ni admite la autorización a su conducta, ni la subsanación de los actos o negocios derivados de la actuación desleal, iii) Modelos híbridos de los señalados, que pueden formularse desde una doble perspectiva: de un lado, el sistema de autorización general con prohibiciones particulares: de otro, el sistema de prohibición general con autorizaciones singulares, iv) Modelo de prohibición relativa, que es el que inspira el modelo español, así como a los demás de nuestro entorno. En virtud de este modelo el contenido de la relación gestora no autoriza al gestor a actuar en conflicto de intereses, hecho por el cual éste requiere de una autorización singular para llevar a término conductas interesadas, lo cual queda a su vez condicionado a que el gestor haya informado plenamente al principal de todos los datos relevantes relativos a su conducta interesada.

⁸¹³ URÍA MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, en URÍA, R y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho...*, cit., p. 979, señala que lo que hace la ley es “tipificar algunas de sus manifestaciones, con el fin de precisar su contenido y dotar de mayor visibilidad a las actuaciones que deben considerarse proscritas”.

seguridad jurídica separándose, en la medida de lo posible, de formulaciones paramétricas⁸¹⁴ tipificándose los supuestos más trascendentes de conflicto de interés y procurando, no una relación tasada de supuestos, sino un criterio rector destinado a orientar la conducta del administrador de sociedades y la labor de los tribunales.

La conducta de quien contravenga algunas de las tipificaciones enumeradas en el art. 229 LSC habrá de reputarse como dolosa -aunque el dolo no es requisito de la infracción del deber de lealtad- con la correspondiente consecuencia indemnizatoria, conforme a lo prevenido en el segundo inciso del art. 1.107 CC, sin perjuicio de la aplicación del resto de los remedios previstos en los arts. 227 y 232 LSC.

Estos supuestos no constituyen un catálogo cerrado de conductas contrarias al deber de lealtad sino, tan solo, una ejemplificación o aclaración que sirve de guía al intérprete, ofreciendo una mayor seguridad jurídica en la aplicación de ese deber⁸¹⁵. En efecto, el art. 229 viene a realizar un ejercicio de concreción del deber, referido en el art. 228.e), de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés enumerando una serie de situaciones, ante las cuales debe abstenerse, para dar cumplimiento a dicho deber.

Al decir que la enumeración no es cerrada se abre la posibilidad de que concurren otras conductas que puedan generar conflictos de intereses en el administrador y que, asimismo, está obligado a evitarlas⁸¹⁶. Por consiguiente, nada obsta a admitir otras situaciones igualmente prohibidas aunque no estén contempladas en la relación del art. 229.1 LSC, bien por ser de carácter análogo a los contemplados en dicha la norma, bien por haber sido previstas expresamente en los estatutos sociales o, incluso, en los reglamentos de junta o del consejo de administración de la sociedad. En tal caso, la diferencia será que, al no estar incardinadas en el listado del art. 229.1 LSC, la obligación de evitarlas tendrá su fundamento en la última de las obligaciones básicas del art. 228 LSC⁸¹⁷.

Examinamos, a continuación, la relación de conductas proscritas al administrador para dar cumplimiento al deber de “adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad⁸¹⁸”. Son las siguientes:

⁸¹⁴ Como señala PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 55., “En suma, se trata de compaginar la necesidad de preceptos de textura abierta, que dejen espacio para el desarrollo judicial del derecho, con la necesidad de proporcionar al aplicador del derecho un mapa que le permita orientarse dentro de este mundo proceloso e intrincado”.

⁸¹⁵ En efecto, señala EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, ed. Tecnos, 2009, p. 1435, que “...la lista de conflicto de intereses entre la sociedad es de carácter abierto y, únicamente, tiene un carácter ejemplificativo de posibles conductas de los administradores contrarias al deber de lealtad”.

⁸¹⁶ SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 179:, señala que “la enunciación de estos supuestos no ha de entenderse que tiene un carácter cerrado, ya que son la aplicación de los deberes genéricos de una administración diligente y leal (...) tiene la finalidad tanto de precisar unos supuestos concretos (...) como pueden servir al intérprete para una mejor comprensión de los mismos”.

⁸¹⁷ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 57.

⁸¹⁸ Art. 228.e) LSC.

3.1.1 Realización de transacciones con la sociedad.

A este tipo de conductas se refiere la letra a del art. 229.1 LSC⁸¹⁹. Sin perjuicio de los presupuestos de exclusión referidos en el mismo precepto, el administrador tiene vedado la realización de transacciones con la sociedad que representa y gestiona. La prohibición de realizar transacciones con la sociedad comprende tanto los supuestos de autocontratación⁸²⁰ en la medida en que el administrador será el encargado de emitir dos declaraciones de voluntad: una particular por cuenta propia y otra social, por cuenta ajena⁸²¹, como de los de “aplicación” que son aquellos en que el administrador representa también al tercero que contrata con la compañía⁸²².

La situación de conflicto de interés en la que se encuentra el administrador que autocontrata tenderá a hacer prevalecer el interés propio sobre el interés de la sociedad por cuya cuenta contrata obteniendo ventajas a costa del sacrificio de la sociedad. Con la norma se pretende evitar el enriquecimiento del administrador -o de las personas vinculadas conforme al art. 231 LSC- a costa de un correlativo empobrecimiento de la sociedad siempre que sea el propio administrador el titular de la transacción⁸²³. Y la mejor manera de producir ese enriquecimiento/empobrecimiento es mediante una transacción entre el administrador y la sociedad en que aquél salga beneficiado y ésta, perjudicada⁸²⁴.

⁸¹⁹ Art. 229.1. a LSC. “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 aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”.

⁸²⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia del autocontrato”, *ADC*, nº LXVI-III, 2013, p. 1, señala que “...se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro”.

⁸²¹ En nuestro Ordenamiento, se pueden encontrar diversos preceptos que contemplan prohibiciones de autocontratación. Así, el art. 1.459.2 CC dispone que “(...) no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, ni por sí ni por persona intermedia: (...) los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (...)”, y el párrafo primero del art. 267.1 CdC prohíbe al comisionista comprar para sí o para otro los bienes que se le encarga vender y vender los que se le haya encargado comprar. Asimismo, en el ámbito de la tutela, también encontramos prohibiciones a la autocontratación en el art. 221.3 CC y en el ámbito concursal, en el art. 151 LC en que se prohíbe a la administración concursal adquirir bienes y derechos de la masa activa.

⁸²² Ahora bien, los supuestos de “aplicación”, como señala DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflicto de...”, cit., p. 3, “seguramente puedan quedar cubiertos por el apartado (a) del artículo 228 de la LSC, que impide al administrador ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas”.

⁸²³ Es decir, la prohibición sólo tiene sentido en la medida en que el administrador es quien efectivamente lleve a cabo la transacción con la sociedad. En tal sentido, DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflicto de...”, cit., p. 3, sostiene que “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 con el que comparte intereses (por ejemplo, una compañía en cuyo capital participe mayoritariamente o una persona con la que mantenga determinadas relaciones de parentesco). 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 de la LSC. Cuestión distinta es que su deber de lealtad le impida participar en la deliberación y votación de los acuerdos o decisiones correspondientes a tal operación y que deba comunicar la existencia del conflicto de intereses (conflicto que no será propiamente de la persona vinculada —que no se encuentra obligada a salvaguardar el interés de la compañía— sino del mismo administrador en cuanto la Ley presume que hace suyos los intereses de la persona con la que le unen ciertos vínculos)”.

⁸²⁴ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 57.

El precepto no deja de ser una medida consecuente a la posición fiduciaria que ocupa el administrador -que le obliga a hacer prevalecer siempre los intereses de la sociedad sobre los suyos propios- así como al cumplimiento del deber de lealtad que impide al administrador obtener ventajas a costa de sacrificios de la sociedad. La tipificación de la conducta, como la de todo el marco conductual que impone la obligación de abstención, obedece a cánones de positivación arraigados al principio de seguridad jurídica⁸²⁵.

Pues bien, la prohibición que examinamos se refiere a las denominadas operaciones vinculadas, es decir, aquellas que se celebran entre la sociedad y personas -físicas o jurídicas- con capacidad de influencia en la toma de decisiones relativa a esa precisa operación o transacción⁸²⁶. Constituyen el prototipo de conflicto de interés de potencial extractivo, puesto que existe un elevado riesgo de extracción del conjunto de los socios en beneficio de un administrador (o persona relacionada con él) o de uno socios (los minoritarios) en beneficio de otros (sean de control o sencillamente, significativos).

En ambos casos, el beneficiario puede acometer el acto de expropiación mediante el uso *-rectius*, abuso- de su posición. Ahora bien, no toda operación vinculada quedará enmarcada dentro de la obligación de abstención impuesta al administrador sino, únicamente, aquellas que reúna los requisitos conflictuales señalados -colisión entre el interés particular y el social y riesgo de lesión-.

Más al contrario, el legislador es consciente de que la realización de la operación vinculada planteada por el administrador puede ser beneficiosa para el interés social y, por eso, permite su realización aunque con una serie de medidas preventivas (previa información a la sociedad de la existencia del conflicto *-disclosure-*, abstención del administrador afectado y, en su caso, dispensa por el órgano competente). Y es que, en efecto, puede haber una importante reducción de costes de transacción desde que a las

⁸²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, ed. Civitas, Madrid, 2.014, p. 14, señala que “Puede aseverarse que la seguridad jurídica es, ante todo, seguridad de las normas aplicables a determinados supuestos de hecho, de manera que referida a las normas existe una “seguridad normativa”, pero la seguridad comprende también [...] el poder de predecir o pronosticar, con algún fundamento, el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla sólo hipotéticamente en cuanto a su producción [...] Si se me permite el juego de palabras, podría decirse que un ordenamiento es seguro cuando el fundamento del pronóstico goza de la probabilidad de un cumplimiento elevado”

⁸²⁶ En el ámbito de las sociedades cotizadas es de gran trascendencia en la cuestión lo prevenido en el apartado h del apartado 1 del art. 529.ter LSC introducido por la Ley 31/2014 que eleva a rango legal sustantivo para cotizadas lo que ya constituía una recomendación de buen gobierno en el momento de promulgación de dicha ley -en concreto, la Recomendación 8ª del “Código Conthe”- y formaba parte de la obligación de reporte semanal a la CNMV de las operaciones vinculadas ya efectuadas -art. 118.3 LMV-. Conforme a ese art. 529.ter.1.h), “*El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes: [...] h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:*

- 1.º *Que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes,*
- 2.º *Que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y*
- 3.º *Que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad”.*

partes que protagonizan la relación no les es necesario acudir al concurrente a buscarse así como cuando éstos saben, con precisión, qué bien o servicio tienen o necesitan de todo lo cual pueden derivarse importantes beneficios⁸²⁷.

El término “transacción” debe ser entendido en sentido amplio, esto es, como todo contrato en virtud del cual se produzca la transmisión de la titularidad de un derecho de un sujeto a otro comprendiendo pues, toda transmisión, sea temporal o de duración indefinida, de derechos reales, personales o de propiedad intelectual o industrial⁸²⁸. El art. 229.1.a), contiene la prohibición general aplicable a cualquier administrador si bien, cabe señalar que admite excepciones siempre que concurran, cumulativamente, tres requisitos:

i) Que se trate de operaciones corrientes propias del desarrollo de la explotación ordinaria de la empresa en relación a su objeto social. Por consiguiente, aun reuniendo la operación los demás presupuestos de exención, si la misma tiene por objeto una transacción ajena a la actuación de la empresa en el tráfico habitual que le es propio a su objeto social, no parece que pueda entenderse beneficiosa para el interés social.

ii) Que la operación, de carácter ordinario, sea hecha en condiciones estándar para los clientes lo que significa que idéntica operación y en idénticos términos a la proyectada se habría realizado con cualquier otro sujeto de modo que no concurre trato preferencial alguno por el hecho de haberse celebrado la operación con un miembro del órgano de administración o con personas a éste vinculadas.

Por tanto, si la operación es ordinaria y se hace en condiciones estandarizadas, previstas para la generalidad de los casos, entonces 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 (el contenido contractual se encuentra perfectamente predeterminado).

iii) Las dos condiciones señaladas ya pueden reputarse suficientes para excluir el perjuicio al interés social que, en definitiva, es de lo que se trata con la proscripción de transacciones con la sociedad. No obstante, el precepto incorpora otro presupuesto que no parece aportar claridad para la comprensión del supuesto de hecho proscrito.

Y es que a la habitualidad de la operación y a la ausencia de trato de favor en su conclusión, se añade la necesidad de que la misma sea de “escasa relevancia”, entendiendo por tales -sigue diciendo el precepto- aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”⁸²⁹.

⁸²⁷ PORTELLANO, P / VIVES, F., “La estructura del órgano de administración y el estatuto del administrador en las sociedades cotizadas iberoamericanas”, en AA.VV., *El Gobierno corporativo en Iberoamérica*, ed. Fundación de Instituto Iberoamericano del Mercado de Valores, Madrid, 2015, p. 385.

⁸²⁸ En sentido similar se expresa PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*”, cit., p. 92 que sostiene que al hablar la ley de transacciones está haciendo referencia a “cualquier tipo de negocio jurídico, tenga por objeto la transferencia inmediata de una cantidad de dinero o cualquier negocio jurídico sobre un determinado activo. Incluye, por tanto, entre otros muchos, una compraventa, un arrendamiento, una licencia de derechos, asistencia financiera en general, (préstamos, garantías, etc.) o un arrendamiento de obras y servicios”.

⁸²⁹ En relación a la expresión “escasa relevancia” señala PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 54, que “El art. 229.1 a) LSC incurre en un error de bulto al definir la relevancia sirviéndose del concepto de materialidad contable. Una operación vinculada realizada con un consejero por importe de un millón de

Es decir, que la operación no tenga, apenas, incidencia o que sea inocua su afectación al interés social⁸³⁰. Por consiguiente, la operación debe revestir escasa entidad económica por lo que el eventual perjuicio para la sociedad debería ser ínfimo. La determinación del umbral de relevancia económica obviamente dependerá de la situación patrimonial y el tamaño de la sociedad de que se trate⁸³¹. Si existiere alguna duda al respecto, lo más oportuno, en nuestra opinión, será someterlo a la autorización del órgano de administración.

La valoración de la “escasa relevancia” de la operación consagra la comúnmente conocida como la “regla de *minimis*”. Así, diversos ordenamientos⁸³² reconocen una exención para las operaciones corrientes y las pequeñas operaciones, que funciona como una regla de *minimis* que excluye aquellos negocios que por su naturaleza económica de poca relevancia, su sanción crea más problemas de seguridad jurídica y de costes que su admisión o mera tolerancia.

Por consiguiente, y en la medida en que el objetivo es siempre procurar la indemnidad del interés social, no resulta necesario prohibir las operaciones de reducida importancia

euros no puede en absoluto calificarse de «escasa relevancia» aunque en las grandes empresas siempre queda por debajo del nivel de materialidad contable definido por el auditor (por ejemplo, en las sociedades más importantes del IBEX-35 ese umbral de materialidad anda en torno a 50 millones de euros). En ese aspecto, por tanto, la norma ha de ser corregida teleológicamente, entendiéndose —como indican las reglas contables sobre operaciones vinculadas— que siempre son materiales —es decir, relevantes a efectos de imagen fiel— las operaciones concertadas con consejeros (...), “(...) La tautología no debe llevar, sin embargo, a privar de valor el concepto de «escasa relevancia», que habrá de entenderse en el sentido del lenguaje natural”. Asimismo señala BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés...”, cit., p. 252 que “Si bien, de un lado, parece que las operaciones ordinarias deban entenderse como aquellas que comprenda “el giro o tráfico ordinario del empresario (cfr., arts. 286 y 293 del código de comercio, en relación con los arts. 6 y 44 LC), luego recurre a los principios contables para, a partir del corolario de la imagen fiel, delimitar la relevancia de la transacción sobre el conjunto del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (cfr., art. 34.2 del código de comercio, en relación con la letra c de la mención sexta del art. 260 LSC, que exige que en la memoria de las cuentas anuales consten las transacciones significativas entre la empresa y terceros vinculado con ella, con indicación de la naturaleza de la vinculación, el importe y cualquier otra información acerca de las transacciones, que sea necesaria para la determinación de la situación financiera de la empresa).

⁸³⁰ Así, señala PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 24, que “la prohibición de hacer uso de activos sociales tiene como límite el «criterio de adecuación social». Y en tal dirección, no habrá deslealtad cuando se trate de un uso inocuo para la sociedad (v.gr., emplear el teléfono para asuntos particulares, utilizar un botones de la sociedad para llevar un mensaje relativo a un asunto privado, etc.)”.

⁸³¹ Así, señala MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 60, a los efectos de la determinación del umbral de relevancia económica que “(...) No es aplicable, a estos efectos, el límite del 10 por 100 de los activos sociales a que se refiere el art. 230.2 LSC, por cuanto resulta excesivo. Si en el art. 230.2 LSC la ley reserva a la junta las transacciones por importe superior al 10 por 100 de los activos, ello supone que la autorización de operaciones por importe inferior a dicha cifra es competencia del órgano de administración, y no que si el importe es inferior a ese 10 por 100 no se necesite dispensa”.

⁸³² Así la *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.60 (1): id, 8396 a 397, sostiene que el interés del administrador debería considerarse en base de que el beneficio económico que recibiera debería ser de tal relevancia que «pudiera esperarse razonablemente que ejerciera una influencia en su decisión si [el administrador] fuera llamado a votar [en el consejo o comisión] sobre este asunto». Por su parte, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(2)(3) y (4), utilizan una formulación similar: sin embargo, exige analizar “si la relación económica del administrador con el contratante o actor de las conductas interesadas resulta ser de tal naturaleza que pueda «razonablemente esperarse que pueda afectar» la actuación (*judgment*) del administrador respecto de la operación de forma adversa para la sociedad”.

económica y ello porque la eventual supeditación de los intereses de la sociedad a los del administrador apenas tendrían, en tal caso, repercusión patrimonial real.

Con todo, la Ley no se contenta con esa escasa relevancia económica de la operación o con su carácter ordinario o con su realización en condiciones corrientes sino que exige la concurrencia de los tres requisitos mencionados para que la excepción entre en juego. Huelga decir, no obstante, que el controvertido presupuesto de la “escasa relevancia” podrá ser enmendado o ajustado hermenéuticamente por los tribunales dado que, siendo un criterio adaptativo al volumen de la sociedad, la escasa relevancia requerirá, con mejor criterio al contable en relación al volumen, de una medición sobre unos parámetros de “objetividad social” -que no societaria-.

3.1.2. Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para operaciones privadas.

El segundo de los supuestos prohibidos, en la letra b) del art. 229.1 LSC es utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. El carácter “indispensable” de la prohibición que examinamos -es la única de carácter absoluto- le aporta especificidad y exige cierta labor de singularización respecto a las restantes prohibiciones que sí han merecido ser tratadas por el legislador como prohibiciones susceptibles de ser dispensadas⁸³³.

Esta prohibición trae causa en lo que antes de la Ley 31/2014 constituía el art. 227 LSC, a cuyo tenor “Los administradores no podrán utilizar el nombre 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”. El precepto, de perfil amplio e idóneo para soportar una pluralidad de supuestos, fue objeto de crítica por la doctrina⁸³⁴ y utilizado, en ocasiones, por los tribunales como una suerte de cajón de sastre⁸³⁵.

⁸³³ En efecto, el apartado segundo del art. 230 LSC contempla, entre las conductas susceptibles de dispensa “la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero”, y el apartado tercero del mismo precepto prevé que “La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa”. Por consiguiente, todas menos una de las prohibiciones del art. 229 LSC admiten una condicionada dispensa legal de suerte que la única que ostenta un carácter absoluto es la de “utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas” prevista en la letra b) del art. 229.1 LSC.

⁸³⁴ Entre otros, PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 115-116 sostenía que la redacción del precepto era confusa y abrazaba supuestos de cuestionable reproche. Así, señala que la formulación genérica de la prohibición de “invocar la condición de administrador” era excesiva en la medida en que no merecía tamaña sanción la mera comunicación de la condición de administrador e incluso su invocación para lograr mayor credibilidad en determinadas transacciones privadas concluyendo que, lo que no era conforme al deber de lealtad era comprometer la garantía de la sociedad ni explotar su condición de administrador con fines privados obteniendo, por ejemplo, ventajas de terceros ligadas a transacciones de la sociedad”

⁸³⁵ Así, señala la SAP de Asturias de 24.7.2014 que “...el Sr. Carlos Miguel debió abstenerse de utilizar su condición de administrador solidario de la sociedad para aceptar una dación en pago llevada a cabo por otra sociedad que precisamente era de su propiedad, pues al haber intervenido en una operación vinculada que se manifiesta por el interés que representa el Sr. Carlos Miguel tanto por la parte acreedora como por la deudora, su actuación se traduce además en una vulneración del principio que proscribía la unilateralidad en los negocios jurídicos”.

Tras la Ley 31/2014, el precepto se impregna de un componente finalista consistente en el fraude a la sociedad de modo que, de la genérica proscripción de la utilización e invocación de la condición de administrador se pasa a un enunciado -algo- menos genérico entendiendo reprochable tal conducta cuando la misma se dirija a “influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”.

No obstante, a la luz de las restantes prohibiciones, podría parecer que la prohibición que examinamos puede colisionar o devenir reiterativa de otras comprendidas en el mismo precepto. En efecto, la utilización del nombre de la sociedad para influir indebidamente en operaciones privadas podría ser considerado como un supuesto de operación vinculada -art. 229.1.a) LSC- en la medida en que la sociedad actúe como garante de operaciones puramente privadas.

Por su parte, la prohibición de invocar la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas podría quedar cubierta en la letra d del art 229.1 LSC que prohíbe obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y de su grupo 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.

Ahora bien, si, en general, el solapamiento normativo (salvable, no obstante, con los adecuados instrumentos hermenéuticos) no es especialmente grave sí lo es cuando, como es el caso, las normas idóneas para acoger el mismo supuesto conductual resultan inidóneas en cuanto a sus efectos en la medida en que tienen anudadas efectos jurídicos no coincidentes. Y ello sucede, como se ha señalado, porque si la letra a y d del art. 229.1 LSC admiten, con las condiciones que se prevén, la dispensa, ello no sucede en la proscripción de la letra b del mismo precepto que tiene el carácter de prohibición absoluta⁸³⁶.

Por lo demás, las dos conductas referidas tienen en común dos elementos, a saber: su finalidad, es decir, “influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”, y su origen, en la obligación genérica derivada del deber de lealtad que previene el art. 228.a LSC, esto es, “no ejercitar sus facultades para fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas”. Las conductas referidas no pueden considerarse proscritas sino cuando traen consigo una infracción del deber de lealtad y, para que eso suceda, se requiere que el administrador obtenga ventaja a expensas de la sociedad lesionando así el interés social⁸³⁷ en beneficio del suyo privado⁸³⁸.

⁸³⁶ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., p. 107, ante tal solapamiento, sostiene el autor que “los supuestos del art. 229.1.b) LSC han de ser tan reprobables, han de chocar de manera tan intensa con la más básica noción de lealtad de los administradores, que ni siquiera sea concebible la posibilidad de dispensa. El empleo del adverbio “indebidamente” ayudará a la comprensión. 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 la expresión “*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”.

⁸³⁷ SJMerc núm. 3 de Madrid de 30.10.2013, “En todo caso, cuando de deberes de lealtad se trata, la definición legal del interés social, vinculante, es la de «interés de la sociedad» (art. 226 LSC) o, dicho de otro modo, debe guardarse fidelidad «a la sociedad» u obrar de buena fe «en el mejor interés de la sociedad»”.

⁸³⁸ En ese sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 23.

Por consiguiente la finalidad fraudulenta es inherente a la prohibición. Y es imperativo el concurso de tal finalidad pues sin ella carecería el supuesto de necesidad alguna de reproche en la medida en que informar a terceros de la condición de administrador puede ser considerada, incluso, una exigencia derivada de las reglas de transparencia.

Ninguna de las dos conductas señaladas implica la extracción material de rentas de la sociedad en favor del administrador. Lo que se pretende al prohibir tales conductas no extractivas es pues, evitar que puedan servir para que el administrador obtenga una ventaja en provecho propio con motivo de utilizar o invocar su condición al tiempo que tal actuación provoque afectación, de cualquier manera, sobre el nombre o prestigio de la sociedad⁸³⁹. Para una mayor especificidad en nuestro análisis, vamos a examinar separadamente ambas conductas:

3.1.2.1. Utilizar indebidamente el nombre de la sociedad.

Tal conducta se produce cuando el administrador, en sus negocios con terceros, utiliza el nombre de la sociedad para celebrar un contrato u obtener mejores condiciones en su negociación. Se trata de hacer creer al tercero que, o bien está contratando directamente con la sociedad, o que, aunque efectivamente crea estar contratado con el administrador, se le induzca a pensar que la sociedad, de uno u otro modo facilitará la eficacia del contrato o actuará, en su caso, como garante de la posición del administrador.

Tal conducta no es, en modo alguno, dispensable en la medida en que, no sólo el administrador incumple su obligación de evitar el conflicto de interés sino que, buscándolo y recurriendo al engaño, por acción u omisión, hace creer y convence al tercero de la concurrencia de un hecho falso que es que en el contrato está representando a la sociedad o que ésta, de alguna forma, se posiciona como quien responderá del buen fin del contrato⁸⁴⁰.

El supuesto no parece pensado para el caso de que el administrador coloque a la sociedad, en la transacción proyectada, como garante, en un sentido técnico-jurídico, de su cumplimiento. Si el administrador quisiera la concurrencia de la sociedad en la operación como garante de la misma le bastaría con solicitarlo -art. 230.2 LSC-. Más al contrario, la omisión deliberada a la sociedad forma parte del ardid.

En efecto, el administrador no desea que la sociedad intervenga ni conozca la operación sino hacer creer al tercero, a través de artificio o engaño, que la sociedad intervendrá respondiendo de cualquier contingencia garantizando su cumplimiento sin que medie relación formal al efecto. Se emplea una maquinación, ardid, engaño, dolo en consecuencia, que no encuentra amparo en nuestro ordenamiento (arts. 1.102 y 1.270 CC).

Ahora bien, ese tercero que contrata con la apariencia falseada de que lo hace con la sociedad o con la mediación o garantía de ésta cuando, en realidad, contrató individualmente con el administrador desleal, una vez descubre que fue engañado, ¿puede actuar contra la sociedad? La respuesta ha de ser afirmativa pues estando el cargo de

⁸³⁹ SERRANO CAÑAS, J.M., “El conflicto de intereses en la administración de...”, cit., pp. 345 y 346.

⁸⁴⁰ Conducta que encaja en la descripción del dolo que hace el art. 1.269 CC “*Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”.

administrador inscrito en el Registro Mercantil, cualquier acto o contrato que celebre en el ámbito del objeto social⁸⁴¹ delimitado en los estatutos estará protegido por el art. 234.2 LSC⁸⁴². Obviamente, solo permanecerá incólume la sociedad ante la reclamación del tercero si se puede acreditar que éste no ignora el proceder fraudulento del administrador⁸⁴³.

3.1.2.2. Invocar indebidamente su condición de administrador.

En tal conducta incurre el administrador que, a cambio de un beneficio, permite que un tercero contrate con la sociedad, bien cuando no debería hacerlo (porque sus condiciones son peores que las de otros competidores) bien cuando debería permitírsele en todo caso (porque, siendo sus condiciones las mejores, el administrador sólo le permitirá contratar con la sociedad si saca de ello alguna comisión o provecho).

Lo reprochable no es utilizar el nombre de la sociedad para la realización de operaciones por cuenta propia, sino “influir indebidamente” en las condiciones en las que dichas operaciones se realizan aprovechándose de la condición de administrador. Es lo que se ha venido llamando “omisión onerosa” -y que el Código penal denomina “corrupción en los negocios”- que se da cuando el administrador, a cambio de un beneficio, permite que un tercero contrate con la sociedad bien cuando no debería hacerlo (porque sus condiciones, frente a las de otros operadores, no son las mejores), bien cuando debería permitírsele en todo caso (porque sus condiciones son las mejores pero el administrador sólo le permitirá contratar con la sociedad si accede a pagar un ilícito peaje). En ambos casos, es claro el perjuicio para la sociedad⁸⁴⁴.

El reproche debe reservarse para el administrador que obtiene una ventaja particular en una transacción privada a costa de la sociedad. Por consiguiente, si las condiciones en las que se ha realizado la transacción son de mercado, con la consecuente irrelevancia de la innovación de su condición de administrador, el hecho de que se haya dado a conocer como administrador de la sociedad no supone infracción del deber de lealtad⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ El art. 234.1 LSC limita el poder de representación del administrador y, por consiguiente, su espectro competencial, a los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

⁸⁴² Art. 234.2 “*La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*”.

⁸⁴³ Esto es, que sabe, de forma perceptible y acreditable, que la sociedad que administra la persona con quien celebra un acto o negocio jurídico, no tiene conocimiento, incidencia ni intervendrá, en ningún modo, en la operación y, aun así, contrata con aquél al, previsible, objeto de proceder contra la sociedad en base al art. 234.2 LSC. Haciendo un paralelismo con el instituto civil de la posesión, cabe traer a colación lo prevenido en el art. 433 CC, a cuyo tenor, “*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario*”.

⁸⁴⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., p. 109. En el primer caso -porque las condiciones, frente a las de otros operadores, no son las mejores- el perjuicio es evidente pues las mejores condiciones de otros operadores no son, ni tan siquiera buscadas por la mediación fraudulenta del administrador desleal. En el segundo caso -porque sus condiciones son las mejores pero el administrador sólo le permitirá contratar con la sociedad si accede a pagar un ilícito peaje- señala el referido autor que “la experiencia acredita que quien paga o se ve obligado a pagar algo que debería poder conseguir sin tal pago, después buscará la fórmula para trasladar ese -sobrecoste-: bajará la calidad de sus productos o servicios o inventará desviaciones imprevistas en la propuesta originaria para girar una nueva factura”.

⁸⁴⁵ Como señala MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 62 “La conducta debe relacionarse con el delito del art. 286.1.bis CP que sanciona al “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por

Los dos supuestos integrados en la prohibición constituyen una de las manifestaciones más destacadas de actos de explotación de la posición del administrador con fines privados y se encuentra íntimamente unido a otras situaciones constitutivas de incumplimientos del deber de lealtad que seguidamente examinamos, tales como las relativas a la prohibición de utilizar activos sociales, información confidencial y obtener ventajas de terceros.

3.1.3. Hacer uso de los activos sociales con fines privados.

La letra c) del art. 229.1 LSC⁸⁴⁶ se refiere a esta prohibición cuya razón de ser descansa en la voluntad de asegurar que el administrador no decida, por su cuenta, si determinado aprovechamiento por su parte de un activo social -físico o inmaterial como es la información- es, o no, legítimo. Y ello es así porque, como no puede ser de otro modo, todos los beneficios o ganancias que surgen o se obtienen con ocasión de la ejecución o desarrollo de una relación fiduciaria pertenecen, a falta de pacto, al principal.

Y es que, si ya los propios socios, titulares o propietarios de la sociedad, no pueden, por lo general, disponer de los bienes sociales en su propio provecho -por carecer de la titularidad de los mismos que han transmitido a la persona jurídica dotada de personalidad jurídica autónoma e independiente-, con menor razón el administrador de la sociedad, si no dispone de dispensa o autorización, está facultado para hacer uso privativo de los activos sociales.

En efecto, es doctrina tradicional⁸⁴⁷ contemplar el acto de aportación a la sociedad como un negocio oneroso de enajenación que, como tal, opera la transmisión de la propiedad del objeto aportado a la sociedad. Con la aportación, el socio abandona la titularidad de la cosa aportada perdiendo, completa y definitivamente, sus derechos sobre ella pues pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad, que se convierte en propietaria exclusiva de la misma⁸⁴⁸. Por consiguiente, los bienes aportados a la sociedad o los que sucesivamente

sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. Evidentemente, -señala el autor- las condiciones para incurrir en ilícito penal son más estrictas que para incurrir en ilícito civil (o, en este caso, mercantil), de modo que podría darse el caso de que una conducta no reúna todos los componentes para incurrir en este delito sí que, sin embargo, incurra en otros tipos penales (estafa o administración desleal) o, al menos, constituya un ilícito mercantil por constituir claramente una conducta desleal”.

⁸⁴⁶ Art. 229.1.c “Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados”.

⁸⁴⁷ Entre muchos otros, GARRIGUES, J., *Tratado...*, cit., p. 442; GIRON, J., *Derecho de sociedades...*, cit., p. 187; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil”, *AAMN*, Tomo 30. 1991, p. 16; PAZ-ARES, C., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades mercantiles*, ed. Civitas, Madrid, 2.003, p. 1418.

⁸⁴⁸ Esta es la dirección, seguida asimismo, por la jurisprudencia -entre muchas otras se citan la STS de 13.12.1882 o la STS de 2.4.1990. La primera de ellas es especialmente ilustrativa al respecto al señalar que “...es conclusión común y generalizada la de que con la aportación del bien se transfiere a la sociedad la propiedad y así ya lo declaró la antigua jurisprudencia (STS de 12.6.1982 y de 23.4.1984) al establecer la presunción del paso de la propiedad de las cosas a favor de la Sociedad, doctrina que es reafirmada, si cabe, con más firmeza en la última jurisprudencia expresiva de que, si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, sí constituye un auténtico negocio jurídico transmisivo, esto es, un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo que, por semejanza, ha permitido la expresión tradicional -*apport en société vaut vente*- lo que explica la razón de la obligación de aportante sobre la

pasen a formar parte de su patrimonio están exclusivamente afectos al fin social y cualquier uso que no tenga por fin obtener un beneficio para la sociedad será contrario al contrato de sociedad.

Es esta una regla de sobras conocida y nada novedosa, tanto en el ámbito estrictamente mercantil -art. 135 CdC, para las sociedades colectivas y comanditarias-, como en el general o civil -arts. 1.685-2º y 1.695.2ª CC-. Tampoco resulta novedoso, como consecuencia de la transmisión de la titularidad de las aportaciones sociales al ente societario, que tal prohibición se extienda tanto a administradores como a socios. Se han de excepcionar los supuestos en los que el uso del activo es insignificante e incólume para el principal o en aquéllos supuestos de fuerza mayor o circunstancia excepcional que imponga la necesidad de un uso del bien para tratar de evitar un daño mayor.

No obstante, es bien cierto que, en relación a la facultad dispositiva de los activos sociales, el administrador se sitúa en una posición de “ventaja” respecto a los propios socios pues, a diferencia de éstos, y al ostentar el poder de representación de la sociedad, puede disponer válidamente de los activos sociales en favor de terceros, los cuales resultarán protegidos en su adquisición -*ex*, art. 234 LSC-.

En efecto, tal posición le proporciona acceso al conjunto de bienes que constituyen activos sociales y también a la información confidencial relativa a la sociedad. Está facultado, por lo tanto, para hacer uso de los elementos a los que, como consecuencia de su posición, tiene acceso para la consecución del fin social. Está, por tanto, adscrita funcionalmente a la gestión societaria el ostentar la disponibilidad de los activos así como de la información societaria incrementando con ello el riesgo de aprovechamiento de oportunidades⁸⁴⁹.

Ahora bien, el uso responde a un fin único, exclusivo y excluyente, que no puede ser otro que la satisfacción del interés social, de suerte que todo acto de explotación de la posición del administrador -o de cualquiera de los elementos a los que la misma da acceso- realizado con fines privados, debe considerarse prohibido cuando se realice para satisfacer cualquier interés que no sea el interés social constituyendo un incumplimiento del deber de lealtad⁸⁵⁰.

La norma incluye entre los activos sociales la información confidencial de la compañía, -esto es, el denominado *know how*-, si bien exige además que el administrador utilice la información para fines privados. Se considera, no obstante, materia dispositiva -art. 230.2-1º LSC- si bien limitándose la dispensa al uso de información secreta que, por poseer valor comercial, sería posible licenciarla o cederla a un tercero completamente ajeno a la sociedad que integraría esa información en su proceso productivo habitual y no puramente especulativo.

entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos en el Código civil para el contrato de compraventa rigiendo, en cuanto a la transmisión de riegos, el Código de Comercio”.

⁸⁴⁹ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad...*, cit., p. 578, señala el autor que “Las especialidades propias de la posición gestora societaria contribuyen a explicar el hecho de que, dentro del grupo de las relaciones gestoras, la de administración de sociedades se encuentre en una posición con mayores oportunidades para defraudar que otras relaciones. Si la gestión voluntaria sometida a control del principal comporta riesgos de conflicto, las oportunidades de aprovechar los recursos ajenos se incrementan cuando el gestor participa en el proceso de decisión, de control y de ejecución de la actividad gestora”

⁸⁵⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 35.

La inclusión de la información de la compañía obedece a la intención del legislador de incluir en la interdicción del uso de los activos sociales tanto a los activos materiales como a los inmateriales. Si se limitase a divulgarla o comunicarla sin cumplir con ello una finalidad personal (pensemos, por ejemplo, en la mera intención de dañar a la sociedad por despecho), no se estaría incurriendo en la conducta tipificada en el artículo 229.1.c) LSC, sin perjuicio de estar quebrantando la obligación general de secreto del artículo 228.b) LSC⁸⁵¹.

No obstante, si bien la función de representación que el administrador tiene asignada parece limitar la conducta proscrita a la exposición de información confidencial frente a terceros, también se ha de considerar la utilización particular de información -en conflicto con el interés social-, que constituya secreto empresarial y a la que le debe secreto, en el seno de la propia sociedad⁸⁵². Habrá secreto empresarial siempre que la información sea secreta, haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla como tal y, además, tenga valor comercial⁸⁵³.

La conducta tipificada en el artículo 229.1.c) LSC impone la utilización de la información confidencial para fines privados, distintos del fin social, bien sea divulgando la información o comunicándola a alguien en concreto. Esta conducta podría englobarse en la regla general del artículo 228.a) LSC, y se diferencia de las operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 229.1.a) LSC en que aquí no existe transmisión de la titularidad de derechos, aunque no sean derechos reales, sino tan sólo un “uso” de los mismos.

La letra a del art. 229.1 LSC -esto es, la referida proscripción de la realización de transacciones con la sociedad- dará pie a un enriquecimiento indebido provocado por el cambio de titularidad de un derecho, el cual a su vez origina un empobrecimiento de la sociedad. A diferencia de ello, la conducta que ahora nos ocupa no implica un cambio de titularidad, sino tan sólo la utilización de activos sociales que siguen siendo titularidad de la sociedad⁸⁵⁴. Señalar, por último, que al igual que en la obligación del guardar secreto referida en el art. 228.b) LSC, la obligación de no aprovechar información confidencial de la empresa se prolonga más allá del momento del cese del administrador como tal.

⁸⁵¹ En efecto, como señala BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., p. 254, la utilización de información confidencial con fines privativos, encuentra reflejo “en línea descendente de lo general a lo particular, en la obligación básica del deber de lealtad, de guardar secreto sobre las informaciones a las que tenga acceso con motivo de su cargo”

⁸⁵² PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 48.

⁸⁵³ El TS ha venido defendiendo un concepto de secretos empresariales, entre otras, en STS de 12.5.2008 como “aquellos que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva”. Dicho concepto amplio de información confidencial abarcaría no sólo lo relativo a procesos concretos de producción, información del producto o derechos de propiedad industrial, sino también información de naturaleza exclusivamente comercial, como pueden ser datos privados de mercados o, sobre todo, clientes.

⁸⁵⁴ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 63, señala el autor que ese uso, sin dispensa ni autorización de la sociedad, “podría decirse que es a título de precario, o sea, sin título alguno. Pensemos, por ejemplo, en la utilización indebida de medios de transporte de titularidad de la sociedad para fines privados del administrador, o el aprovechamiento de instalaciones o medios de la sociedad perjudicada para fines privados del administrador o sus personas vinculadas”.

3.1.4. Aprovechamiento de las oportunidades de negocio⁸⁵⁵.

La letra d) del art. 229.1 LSC prohíbe al administrador aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. Nos encontramos ante una oportunidad de negocio cuando concurre un conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad caracterizado por la realización de actos y negocios entre el administrador y tercero, usando información obtenida en el ejercicio del cargo, con el fin de conseguir beneficios o ventajas que pertenecen a la sociedad⁸⁵⁶.

Cabe señalar, que la proscripción del aprovechamiento de las oportunidades de negocio está íntimamente relacionada, o es modular, de la prohibición prevista en la letra anterior -art. 229.1.c. LSC- relativa al uso de información confidencial de la compañía con fines privados de modo que de lo que el administrador se aprovecha es de la información, que como administrador de la sociedad posee, de la oportunidad de la consecución de un negocio.

La doctrina de las oportunidades de negocio (*corporate opportunities*) se formula diciendo que el administrador de una sociedad infringe su deber de lealtad si aprovecha, para sí o para una parte a él allegada, una oportunidad de negocio de la sociedad⁸⁵⁷. Tal

⁸⁵⁵ La prohibición de los administradores de aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad es consecuencia directa de la inclusión de los principios de gobierno corporativo en el Ordenamiento español. La regulación de esta prohibición se contempla expresamente en nuestro ordenamiento desde la Ley 26/2003, de 17 de julio, promulgada a raíz de los Informes Olivencia y Aldama. Su desarrollo, hasta alcanzar la redacción por la LSC, no ha estado exento de crítica en cuanto a la formulación elegida. Así, el Informe Olivencia definía la oportunidad de negocio -II.8.4-, de una forma amplia, en exceso, pero bien delimitada como “*cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero*”. El problema es que la redacción, en instrumentos posteriores, del aprovechamiento de las oportunidades de negocio ha sido confusa, parca en claridad y, seguramente, imbuida en exceso por el *Common Law*. Así, el “Reglamento tipo del Consejo de administración” aprobado por la CNMV el 19 de mayo de 1998 utilizaba tres criterios alternativos para determinar qué oportunidades de negocio correspondían a la sociedad y estaban, por tanto, vedadas al administrador para sí o para un tercero. El primer criterio era coincidente con el expresado en el Informe Olivencia, esto es, “*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*”. Y el último criterio era el de “*cuando sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero, en realidad, estaba dirigido a la compañía*”. El Informe Aldama encaraba la cuestión de una forma más prudente y postulaba como manifestación del deber de lealtad la obligación de “*No aprovecharse de las oportunidades de negocio que conozca por su condición de consejero*”. Por último, la Ley 26/2003, de 17 de julio, Ley de Transparencia, introdujo en la LSA, el art 127. ter cuyo párrafo segundo señalaba que “*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*”. Enunciado que fue acogido por la doctrina con críticas por su confusa redacción, así ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad configuración e incidencia de su infracción en la calificación del concurso y en la responsabilidad concursal”, *RdS*, nº 43, 2.014, p. 181.

⁸⁵⁶ RIBAS FERRER, V., “Art. 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio”, en ROJO, A / BELTRÁN E.M (Coords)., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 1631

⁸⁵⁷ También se ha definido o delimitado a la oportunidad de negocio, siguiendo a BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., p. 256 como “aquella en que, tanto el administrador como la sociedad, desean explotar de suerte que su aprovechamiento por el administrador tiene como reverso que la sociedad se ve impedida, total o parcialmente, de tomar parte en ella”.

aserto es, no obstante, modulable. Lo difícil es saber, en el caso concreto, si se trataba de una oportunidad de negocio de la sociedad o no.

Es decir, si bien cabe señalar que, con carácter general, un administrador trabaja “en exclusiva” para la sociedad y, por tanto, todas las oportunidades de negocio de las que tenga conocimiento en el ejercicio de su cargo pertenecen a la sociedad y él no puede aprovecharlas sin consentimiento de esta, no es menos cierto que hay que situar la noción de negocio susceptible de aprovechamiento -incurriendo en ello en infracción del deber de lealtad-, fuera de las situaciones de competencia, esto es, fuera del ámbito de actuación, directo o indirecto, delimitado bien por el objeto social, bien por actividades complementarias a éste.

Por consiguiente, bajo la premisa apuntada, el administrador no tiene vetado aprovecharse de toda oportunidad de negocio sino sólo de aquellas que el negocio entre, directa o indirectamente, en la esfera de actuación societaria. Así, en principio, una constructora no puede impedir que un administrador adquiera instrumentos musicales aunque se dedique a venderlos y ganar dinero con tal operación ya que, ni el deber de dedicación -art. 225.2 LSC- ni el deber de lealtad comportan, *per se*, una dedicación exclusiva⁸⁵⁸.

Su deslealtad pues, trae causa de que la oportunidad de negocio de que el administrador se beneficia sea de la sociedad, esto es, pertenezca a la misma. La doctrina de las oportunidades de negocio se construye sobre la teoría de los property rights⁸⁵⁹ que son reglas, no necesariamente identificadas con el derecho de propiedad en sentido tradicional, que nos indican qué conductas puede realizar su titular, y no -o no solo- por ostentar una titularidad formal, sino como tenedor de un mejor derecho.

El problema radica en determinar qué oportunidades de negocio hay que considerar que pertenecen a la sociedad y cuáles no. La cuestión no es baladí por cuanto tal determinación puede tener consecuencias decisivas para el tráfico económico, no sólo para el administrador en particular. Una respuesta exageradamente obstruccionista a todo aprovechamiento de negocio por parte del administrador podría restringir o disuadirle en el desempeño del cargo o de otros análogos en otros nichos de mercado distintos ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad.

Lo prudente sería optar por una postura flexible, aunque respetuosa, del principio de no competencia. En ese sentido se ha señalado que si el administrador conoce oportunidades de negocio al margen del ejercicio del cargo, estará justificado que las ejecute, salvo que tales comportamientos puedan encuadrarse dentro de las conductas competitivas⁸⁶⁰.

Pues bien, al objeto de determinar las actividades que son, o no, susceptibles de ser encuadradas dentro de la acepción de oportunidad de negocio cuyo aprovechamiento

⁸⁵⁸ GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 75 y ss.

⁸⁵⁹ DAVIES, P / HOPT, K / NOWAK, R / VAN SOLINGE, G., *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, ed. OSO, Oxford. 2014, p. 749, donde se señala que “*the company has a legitimate prior claim on the opportunity*”.

⁸⁶⁰ RIBAS FERRER, V., “Art. 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de...”, cit., p. 1631.

puede ser susceptible de calificarse como infractor al deber de lealtad, se han distinguido diversos supuestos⁸⁶¹:

a) Actividades en competencia directa: esto es, las que están comprendidas en el mercado relevante en el que se enmarca la actividad de la sociedad que, o bien son coincidentes con su objeto social o bien, sin serlo, intervienen de forma lateral en el mismo constituyendo actividades complementarias habituales y ordinarias, o bien son convenientes para la consecución del fin social y, por su carácter instrumental, resultan adecuadas para la realización o desarrollo de la actividad habitual de la sociedad o de las actividades complementarias.

En tal sentido, el art. 117.2 RRM impide incluir en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o para el desarrollo de las actividades indicadas en él, de modo que si en lugar de realizar para la sociedad aquellos actos que son necesarios o convenientes para el desarrollo del objeto social, el administrador los lleva a cabo para sí o para un tercero, está reduciendo la riqueza de los socios o impidiendo su incremento.

Ahora bien, para valorar si un acto resulta conveniente o necesario para la realización o desarrollo del objeto social se ha de adoptar un criterio *ex ante*. Si, de acuerdo con el conocimiento que el administrador tiene, o debería tener, de las necesidades presentes y futuras de la sociedad, un negocio resulta necesario o conveniente para el desarrollo de las actividades sociales, la oportunidad de negocio es de la sociedad. Si *ex ante* no presenta ese carácter, la oportunidad de negocio no es de la sociedad⁸⁶².

Por consiguiente, si el administrador, en el desempeño de su cargo, descubre que, de acuerdo con el conocimiento que él tiene en el momento presente, convendría al interés de la sociedad un determinado negocio o acuerdo, debe entenderse que éste pertenece a la sociedad, lo que impide su explotación por el propio administrador o por personas a él vinculadas⁸⁶³.

⁸⁶¹ Sostiene EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores...”, cit., p. 15, que “Para discernir si efectivamente se trata de un aprovechamiento de oportunidades de negocio es conveniente tener en cuenta varios factores que ayudan a precisar si se está realmente ante una auténtica oportunidad de negocio: a) Así, en primer lugar, cuando se utiliza el término operación e inversión debe entenderse en un sentido amplio en el que no sólo se inscriben las relaciones de carácter negocial, sino también cualquier otro tipo de relación contraída por los administradores en perjuicio de la sociedad aunque no tenga carácter contractual. De esta forma debe entenderse que cualquier situación que genere la posibilidad de que se establezca por vía contractual o extracontractual consecuencias patrimoniales favorables para el administrador puede inscribirse dentro del supuesto de oportunidad de negocio. b) Como segundo requisito, se exige que para que, a estos efectos, la operación o la inversión pueda catalogarse como auténtica oportunidad de negocio para la sociedad, el administrador ha de haber tenido conocimiento de ella como consecuencia del ejercicio del cargo, siendo irrelevante a estos efectos de donde proceda la información acerca de la oportunidad de negocio, y si ha sido en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o por otro conducto. c) En tercer lugar, para que concurra una oportunidad de negocio se considera que la sociedad ha de tener interés en ella o, por lo menos, le ha debido ser ofrecida estimándose que es suficiente con que esté presente alguna de ellas para que concurra el supuesto objeto de aplicación. En este sentido se debe entender en un sentido amplio el «interés» considerando que la sociedad lo puede tener con independencia de las razones financieras que impidan el disfrute de dicha oportunidad porque de no entenderse así ello podría estimular que no se aprovecharan para la sociedad operaciones interesantes con el consiguiente perjuicio social que ello conllevaría”.

⁸⁶² PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., p. 138.

⁸⁶³ BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., p. 257, señala respecto a las actividades en competencia, directa o indirecta, que “se ha puesto de manifiesto que la ubicación sistemática de las prohibiciones de aprovechar oportunidades de negocio y de competencia

Cabe señalar, en relación a las actividades desarrolladas por el administrador que constituyan competencia directa o indirecta con la sociedad, que la expresa proscripción al desarrollo de actividades que entrañen competencia con la sociedad ya viene recogida en la letra f) del precepto que examinamos. No obstante, ambas prohibiciones se sitúan en estadios diferentes, pero eventualmente concurrentes, que permitirían un reproche conjunto a través de un concurso de infracciones.

Si la prohibición de competencia que analizamos implica, como presupuesto previo, aprovechar la posición de administrador para tomar conocimiento de la oportunidad de negocio en competencia con el principal, la prohibición de competencia de la letra f), sanciona la propia ejecución de la conducta de competencia. Por consiguiente la prohibición que examinamos implica aprovechamiento de la condición de administrador, mientras que la prohibición de competencia castiga la ejecución de actividades que, sin requerir actuaciones fraudulentas de aprovechamiento, entran en conflicto con los intereses de la sociedad que administra.

b) Actividades respecto de las cuales la sociedad haya mostrado su interés, esto es, cuando la Junta general haya dado instrucciones al órgano de administración o éste haya acordado o está estudiando ampliar la actividad habitual de la empresa, de manera continuada o no, a dichas actuaciones.

La prohibición al administrador de intervenir en actividades sobre las que la sociedad ha mostrado interés se explica desde el propio contexto contractual de la relación de administración. Si bien, de tal relación, se desprende que el administrador no está sujeto a una prohibición de realizar cualquier actividad externa a la sociedad -máxime en supuestos de cargos no retribuidos-, sí que debe renunciar, en favor de la sociedad, a realizar todas aquellas actividades que, en opinión de los órganos sociales, maximicen o puedan maximizar, el interés social.

La manifestación de interés sobre ciertas actividades podrá proceder, bien de la Junta General, bien del órgano de administración. Resultando de este último, no pierde congruencia la tesis según la cual la administración de la sociedad consiste en la realización de todas las actividades precisas para conseguir el fin social, si bien se ha de tener presente que la Junta podrá impartir instrucciones al órgano de administración para aprovechar una determinada oportunidad de negocio de conformidad con lo prevenido en el art. 161 LSC.

No es necesario que se haya adoptado algún acuerdo al respecto bastando con que haya procedido a su estudio o análisis como paso previo a su celebración. Estará prohibido, por tanto, aprovechar ese negocio en particular en tanto la sociedad no se pronuncie al respecto. Si la sociedad, tras analizarlo, opta oficialmente por no cerrar dicho acuerdo, entonces no hay obstáculo para que el administrador lo explote para sí. Pero en tanto dicho acuerdo no recaiga existe una obligación de abstención que tiene su origen en la regla general de evitar los posibles conflictos de interés del art. 228.e) LSC.

en la Ley de Sociedades de Capital no resulta adecuada, ya que se trata de una mera especificación de la prohibición más general de aprovechamiento de las oportunidades de negocio. Por ello, aunque es conveniente mantener la diferenciación de ambas prohibiciones con fines preventivos, se ha propuesto que la prohibición de competencia debería regularse en un apartado correlativo al que establece la prohibición”.

Íntimamente relacionado con la obligación de guardar secreto -prevénida en la letra b) del art. 228 LSC- que ampara las informaciones, datos, informes o antecedentes, a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo e incluso cuando haya cesado en él, la proscripción de aprovechamiento del negocio trasciende, asimismo, a la vigencia del cargo de administrador.

Y es que, como no cabría concluir de otro modo, conocida la información de la oportunidad del negocio, como titular del órgano de representación de la sociedad, no puede ser el final de la vigencia del cargo el límite temporal de tal prohibición. Y así, en estrictos términos de cumplimiento del principio general de la buena fe, la vigencia de la prohibición alcanza a los actos del administrador cesado o dimitido⁸⁶⁴ sin que, la terminación de la relación de administración pueda justificar el aprovechamiento de la oportunidad⁸⁶⁵.

3.1.5. Obtención de ventajas o remuneraciones.

La letra e) del art. 229 LSC prohíbe al administrador “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”. Con ello el legislador ha optado por prohibir que el administrador perciba cualquier remuneración o ventaja distinta a la devengada como retribución social asociada al ejercicio del cargo.

La remuneración que una sociedad paga a sus administradores tiene como principal función alinear los intereses del administrador con la sociedad. Así las cosas, si consideramos la remuneración como un incentivo, la existencia de otra retribución pagada por un tercero que no es la sociedad puede incentivarlo para, en el ejercicio de su cargo, perseguir los intereses del tercero que le retribuye en lugar del interés social.

⁸⁶⁴ Interpretación que es coherente con la preocupación que en supuestos de “separación amistosa” entre la sociedad y alguno de sus ex administradores, revelan las cláusulas de no competencia y, por supuesto, las indemnizaciones que se establezcan por la abstención del antiguo gestor durante un tiempo de actividades concurrentes con las de la que fue su sociedad.

⁸⁶⁵ El ámbito temporal de aplicación de la prohibición fue examinado en la STS de 3.9.2012 donde se ejercía, entre otras, la acción social de responsabilidad contra un antiguo administrador al que se reprochaba haber utilizado, el tiempo en que permaneció en el cargo, para conocer y preparar determinados negocios que celebró y concluyó con terceros una vez que había abandonado su posición como administrador de la sociedad demandante. Inicialmente, el Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda, si bien la Sentencia fue revocada en la Sentencia de Apelación dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y lo hace en relación con la interpretación de cuál es el alcance de la prohibición respecto a la posición del administrador que ha abandonado su cargo. Así, señala -FJ3º- que “*el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad -en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación- determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe*”. Entiende, por consiguiente, que la prohibición se mantiene, incluso terminada la relación de administración, para las oportunidades de negocio de las que haya tenido conocimiento el administrador durante la vigencia de su cargo y que pueda considerarse que ya “perteneían” a la sociedad. La sentencia citada distingue dos grupos de casos: i) “*la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido*” y ii) “*la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya perteneían prácticamente al activo de la sociedad*”.

La percepción por los administradores de cualquier tipo de retribución por parte de terceros puede provocar una evidente situación de conflicto de intereses en la medida en que tales percepciones de terceros sean idóneas para distorsionar el interés a que se debe -el social- sustituyéndolo por el interés de aquellos respecto de los cuales tenga un incentivo retributivo. Ahora bien, cabe señalar que la sociedad puede autorizar la percepción de retribuciones externas por parte del administrador⁸⁶⁶.

Esta prohibición tiene naturaleza abstracta en el sentido en que, al contrario que otras como las de las letras b) y c) del art 229.1 LSC, no requiere que el administrador efectivamente altere su conducta o manipule a la sociedad en uno u otro sentido para entender quebrantado su deber de lealtad. Basta con que, efectivamente, el administrador perciba retribuciones externas para entender que ha actuado con deslealtad, puesto que al aceptarlas ha incumplido su deber general de evitar situaciones de conflicto de interés⁸⁶⁷ referido en la letra e) del art. 228 LSC.

Ciertamente, el cargo de administrador no es exclusivo, ni siquiera es, en principio, retribuido⁸⁶⁸ lo cual permite la posibilidad -o necesidad- de la concurrencia de otros medios de sustento. Y, si bien la no retribución del cargo puede intensificar el riesgo de atender intereses ajenos al interés social, no puede constituir, *per se*, un argumento idóneo para sostener un juicio indiciario hacia la promoción de actuaciones en su propio interés personal y no en interés social.

Y es que, por imperativo legal, -letra d) art. 228 LSC-, la relación de administración impone al administrador que este se encuentre en una posición que le permita adoptar decisiones con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. De ahí que el administrador que realmente quiera evitar verse incurso en una situación de conflicto de interés no debe aceptar ningún beneficio de terceros asociado -directa o indirectamente- al cumplimiento de su cargo.

La regla no se circunscribe a las ventajas patrimoniales ilícitas -sobornos o dádivas vinculados a la producción de un resultado, beneficio o ventaja-, que están asimismo tipificadas como delito⁸⁶⁹, sino que se extienden a cualquier retribución aun cuando no obedezca a un “motivo corrupto”.

⁸⁶⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir)., *Los intentos de reforzamiento del poder de la Junta y de los socios en los grupos de sociedades*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 279, donde señala que “...se entiende que la retribución del administrador al margen de la sociedad constituye un cauce de retribución inapropiado que, de producirse, debe reputarse como una conducta abiertamente desleal, porque constituye un ejemplo manifiesto de que el administrador está anteponiendo sus propios intereses a los de la sociedad”, “(...) Sin embargo, dicho régimen tan aparentemente prohibitivo puede ser excepcionado si la sociedad autoriza expresamente a los administradores la percepción de dichas retribuciones al margen del cauce societario previsto”.

⁸⁶⁷ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 66

⁸⁶⁸ Art. 217.1 LSC “El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración”.

⁸⁶⁹ Así, el art. 286 bis Cp bajo la rúbrica de “Delitos de corrupción entre particulares” castiga, en su apartado primero, a la conducta activa del “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”: Y en su apartado segundo castiga, con idénticas penas, la conducta pasiva de “quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores,

La situación de doble retribución -interna y externa- parece dar lugar a una situación semejante a la que produce la “doble representación”. Tal retribución externa crea un riesgo incrementado de generar o reforzar una nueva lealtad -al que satisface la retribución-, susceptible de colisionar con la lealtad debida a la sociedad. De hecho, desde un punto de vista empírico, uno tenderá a ver la retribución externa como un mecanismo de *enforcement* indirecto de la sumisión del consejero a las indicaciones y preferencias del accionista⁸⁷⁰.

La posibilidad pues, de aceptar el administrador una retribución externa contradice su deber de evitar situaciones conflictuales -*no-conflict rule*- y, en la medida en que supondría también un beneficio en favor del administrador, más allá de la mera remuneración que recibe de la sociedad, supondría una infracción de la regla ningún beneficio -*no-profit rule*-.

Ello no implica la proscripción automática de toda retribución externa, máxime en casos de administradores no retribuidos, de modo que no se puede vedar absolutamente la posibilidad de que exista vinculación entre el tercero que retribuye externamente y el administrador -vinculación, como se ha dicho, peligrosa por cuanto es susceptible de confundir el interés rector que ha de guiar la relación de administración-.

Lo que realmente queda vedado no es su existencia, sino su incidencia, de suerte que tal retribución no pueda configurarse como una suerte de “dependencia económica”⁸⁷¹ que sirva para influir indebidamente sobre las decisiones que haya de adoptar. De ahí que se excluyan de esa acepción de retribución las atenciones o detalles que respondan a la mera cortesía o a un determinado protocolo en las relaciones del tráfico concurrenciales.

La retribución externa ha sido analizada desde diversos puntos de vista⁸⁷²:

i) En primer lugar, se ha puesto de manifiesto su incompatibilidad con las exigencias del deber de lealtad. Así, la concurrencia de la retribución privada es susceptible de provocar ese efecto de “doble lealtad”, esto es, lealtad al que retribuye oficialmente -la sociedad- y lealtad al que retribuye oficiosamente -tercero-. Más peligroso aún es que esa retribución externa puede distorsionar el juicio independiente del administrador aunque intente actuar honrada y fielmente, esto es, de forma inconsciente.

ii) Asimismo, se ha señalado su inconsistencia con el régimen de competencias legalmente previsto para diseñar y fijar la remuneración de los administradores, que en última instancia ponen de relieve la producción de externalidades no contratadas y la infracción del principio de relatividad de los contratos -art. 1257 Cc-.

En efecto, la competencia para determinar qué retribución deben percibir los administradores debe ser de la Junta atendiendo, en su fijación, a lo que prevenido el art. 217 LSC. Si la retribución se da por adecuarse a instrucciones externas, bien sean de otras sociedades o de grupos de presión formados por *insiders* parecerá que el administrador

empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

⁸⁷⁰ PAZ-ARES, C., “La Anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 7.

⁸⁷¹ BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., p. 259.

⁸⁷² Siguiendo el trabajo del Profesor PAZ-ARES, C., “La Anomalía de la retribución externa...”, cit.

estará usando sus facultades para fines distintos de aquellos para los que se le concedieron y el conflicto de intereses será efectivo y real. La adecuación de la conducta del administrador al interés social se verá adulterada y despreciada en la medida en que el interés del pagador a quien es leal contradiga el interés social.

iii) Por último, la retribución externa genera un serio riesgo de balcanización que introducen o pueden introducir en el funcionamiento del consejo como órgano colegiado. Ese efecto se produce en la medida en que la retribución, al dirigirse, normalmente, tan sólo a una parte de sus miembros, dualiza el Consejo creando una subclase de consejeros que obtienen un incentivo especial, y esto puede sin duda envenenar las relaciones y desestabilizar el órgano creando tensión, sospechas y resentimiento⁸⁷³.

El precepto proscribire toda remuneración externa alineada al cumplimiento de sus funciones. En tal sentido, aunque teóricamente podría argumentarse que la retribución para mejor administrar no solo es inocua para el interés social, sino que puede suponer una motivación extra o acicate para la dedicación al encargo, la LSC se inclina por eliminar, de raíz, el potencial conflicto que puede plantearse cuando el interés del pagador no coincida plenamente con el interés social.

A mayor abundamiento, el conflicto se plantea, no sólo cuando la retribución se percibe de un tercero ajeno a la sociedad, quién no tiene por qué perseguir el interés social, sino precisamente en el caso de que quién retribuya u otorgue una ventaja comparta, en una u otra medida, el interés social. Es el caso del socio. Así, cuando el interés común de los socios entre en conflicto con el de uno de ellos, la existencia de una retribución especial a cargo de éste, previsiblemente inclinará al beneficiario a anteponer sus intereses a los de la sociedad.

Señalar, por último, que en caso de existir una posible retribución externa y de haberse informado por el administrador afectado de su existencia solicitando dispensa para percibirla, el órgano competente para ello es exclusivamente la Junta de socios como prevé el párrafo segundo del art 230.2 LSC, lo que resulta coherente con la competencia que le reserva a tal fin el art. 217 LSC.

3.1.6. El desarrollo de actividades competitivas.

El último de los supuestos específicamente proscritos por el art. 229.1 LSC es el primero, y durante mucho tiempo, el único de los supuestos de conflictos de interés regulados por nuestra legislación histórica de las sociedades de capital. Así, se recogía ya en el art. 83.II de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 -como causa de cese del administrador- y en el art. 12 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 1953 manteniéndose hasta la Ley de Transparencia y en la aprobación del texto Refundido de la Ley de

⁸⁷³ PAZ-ARES, C., “La Anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 38. Así, señala el autor que la retribución externa, en el caso de que fueran receptores de la misma unos consejeros, y no otros, crearía una fractura en el seno del Consejo “cuyo funcionamiento colegial y horizontal requiere que se mantenga, en el ámbito de la función deliberativa, un principio de igualdad de trato”. En sentido similar se pronuncia MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 67 que “No tiene sentido esclerotizar y fiscalizar, cómo se está haciendo, la retribución que los administradores cobran de la propia sociedad a través de la Junta, para luego a continuación abrir la mano en lo concerniente a pagos externos a los administradores con el consiguiente riesgo de perjuicio para la sociedad”.

Sociedades de capital -si bien, en tal desarrollo se han ido produciendo alteraciones en la redacción de la prohibición-.

En efecto, la letra f) del art. 229.1 LSC sanciona al administrador que “desarrolle, por cuenta propia o ajena, actividades que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”. Es regla general, aceptada desde antiguo, que los administradores de las sociedades de capital no pueden desarrollar actividades que entrañen competencia efectiva, real o potencial, con la sociedad o que, de algún otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con sus intereses⁸⁷⁴.

La *ratio* de la prohibición descansa, no en la protección de la sociedad frente a su incorporación al tráfico concurrencial en un escenario de libre competencia lo cual conculcaría, de plano, el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado -art. 38 CE-. La razón de ser de la conducta proscrita se sitúa en el escenario conflictual que concurriría en el supuesto de competir, en régimen de competencia, el administrador -por cuenta propia o ajena-, además de por cuenta de la sociedad a la que gestiona y representa.

Y se trata de un escenario de conflicto porque, nuevamente, retoma protagonismo la distorsión del interés al que, primaria y con exclusión de otro, debe atender el administrador en un caso de desarrollo de actividades en régimen de competencia. Es por ello, que la prohibición existe, tanto si la actividad concurrencial se realiza por cuenta propia como por cuenta ajena⁸⁷⁵.

Por otra parte, competir con la sociedad que administra y, por consecuencia de ello, haciéndolo teniendo acceso a toda la información en posesión de ésta, invita a pensar que dicha información será utilizada en su beneficio -especialmente en casos de actividad concurrente por cuenta propia- pudiendo, con ello, colocar a la sociedad, injustamente, basándose en los conocimientos adquiridos como tal administrador, en una situación de indefensión y vulnerabilidad.

La prohibición admite una pluralidad de escenarios que deberán ser examinados caso por caso a los efectos de determinar cuándo una actividad queda incursa en el marco de aplicación de este precepto. Y ello es así, porque el hecho de que dos sociedades tengan el mismo, análogo o complementario género de actividad contemplada en los estatutos no implica que sean competidoras en el sentido económico⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Un cierto paralelismo a tal situación la constituye el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que, bajo la rúbrica “Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”, prohíbe a los trabajadores la competencia con su empleador, una vez extinguida la relación laboral, estableciendo un plazo de dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de trabajadores.

⁸⁷⁵ Los casos paradigmáticos son, si la actividad se realiza por cuenta propia, la del administrador que, a su vez, fuera empresario individual. En el desarrollo de la actividad por cuenta ajena, caben diversas opciones, así el administrador que realiza, al mismo tiempo, funciones de apoderado general de una empresa individual o que es administrador en otra sociedad con la misma, análoga o complementaria actividad, ya sea administrador de hecho o de derecho.

⁸⁷⁶ Ya la STS de 28.6.1982, en un supuesto de presencia, en los consejos de administración de dos sociedades anónimas cuyo objeto social era coincidente, afirmó que “*esa mera coincidencia no era suficiente para considerar al administrador incurso en la prohibición de competencia*”. La SAP de Barcelona de 27.4.2006 aclaró que “*la referencia al objeto social ha de entenderse hecha al íntegro objeto estatutario aunque alguna o algunas de las actividades no se desarrollen momentáneamente*”. Y, por su

Dos sociedades son competidoras cuando actúan sobre un mismo *target* potencial, esto es, sobre un mismo perfil concurrencial o sector de clientela, lo que hace perfectamente posible que dos sociedades, teniendo incluso el mismo objeto social, puedan convivir en el mercado sin incidir el desarrollo de una actividad en el desarrollo de la otra o sin perjudicarse mutuamente.

Y ahí radica la esencia de la admisibilidad de la actividad concurrencial: en la incidencia que una tenga sobre otra, de suerte que si ningún efecto, -directo, indirecto, colateral, etc...- es predicable de una actividad sobre la otra, la proscripción es perniciosa para la actividad del tráfico pues sugiere una proposición de exclusividad funcional y de corte obstruccionista en la generación de riqueza. El límite de la interdicción se ubica, pues, en la efectiva incidencia mutua o contraposición de intereses⁸⁷⁷.

Son dos los presupuestos para que la actividad competitiva se estime incluida en el ámbito de aplicación de este precepto, a saber;

i) que sea efectiva, real -o potencial si razonablemente se prevé que las dos sociedades, la original y la nueva, compitan en un futuro próximo- la situación de competencia directa de la actividad desarrollada de suerte que estemos en presencia de actividades coincidentes dentro del espectro admitido en el objeto social, tanto funcional como territorialmente.

En el aspecto funcional, será necesario que de algún modo la actividad desarrollada por la sociedad de la que se era originariamente administrador sea, de alguna forma, susceptible de ser sustituida por la nueva actividad competitiva desarrollada por el administrador -por sí o por cuenta ajena-. En el territorial, ni siquiera es suficiente que ambas empresas compartan objeto social o actividad productiva si no están en situación de efectiva competencia en un mismo mercado de referencia.

ii) que se genere una situación de conflicto permanente y no meramente ocasional. Se pretende, con la norma, resolver un problema estructural y no coyuntural. Por ello, la realización por el administrador por cuenta propia o ajena de actos aislados u ocasionales, aunque supongan competencia con la sociedad, no vulnerará la prohibición de competencia del artículo 229.1.f) LSC sin perjuicio, en su caso, de que al operar esté

parte, la SAP de Barcelona de 23.6.2009, declaraba que “*para que la prohibición [...] despliegue sus efectos debe de analizarse el ámbito material de la misma al tenerse este que circunscribir a las actividades efectivamente desarrolladas por la sociedad*”.

⁸⁷⁷ El TS, de manera relativamente reciente -especialmente si se contempla en relación a la antigüedad de la interdicción-, ha marcado las pautas interpretativas sobre el alcance de la prohibición. Así, primero fue la STS de 12.6.2008 que declaraba que “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, posteriormente, la STS de 5.12.2008 señaló que “procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el art. 65 LSRL -equivalente al actual art. 229.1.f) LSC- se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses”, así como que “*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 pueda ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas*”.

infringiendo alguna otra prohibición -por ejemplo, la de uso de información confidencial de la empresa-⁸⁷⁸.

No es necesario que la competencia desarrollada por el administrador causa daños efectivos a la sociedad para que se aplique la prohibición legal pues se parte de la idea de que la competencia, ya sea real o potencial, o ya cause daños efectivos o no a la sociedad, debe quedar, en principio prohibida⁸⁷⁹.

Ahora bien, la concurrencia de un daño causado a la sociedad por la actividad del administrador en competencia cierra la puerta a un posible acuerdo y autorización de la sociedad. De suerte que no cabe dispensa, admisible en supuestos inocuos, en caso de daño -real o potencial- para la sociedad, con excepción de que el daño irrogado quede compensado por el beneficio que se prevén obtener de la dispensa -art. 230.3 LSC-.

La prohibición tiene como destinatarios a los administradores, no a los socios, que en principio no se ven afectados por ella. No obstante, cabe estatutariamente establecer una prohibición de que los socios desempeñen actividades competitivas en otras sociedades del sector. En cualquier caso, toda participación del administrador en una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituye su objeto social debe ser comunicada al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta general -art. 229.3 LSC-.

3.2. El beneficiario de las conductas desleales.

El destinatario de las prohibiciones enumeradas en el art. 229.1 LSC es el administrador, de hecho o de derecho, la persona física representante del administrador persona jurídica, y la persona que ejerza las funciones de más alta dirección en sociedades gobernadas por un consejo de administración que no haya delegado sus facultades en consejero delegado⁸⁸⁰.

Ahora bien, la ley no puede obviar la posibilidad de que el administrador trate de burlar sus obligaciones trasladando las actividades que tiene prohibidas a terceros con él vinculados. Ello explica que el art. 229.2 LSC declara que las obligaciones de abstención de los administradores serán igualmente aplicables cuando “el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador”.

⁸⁷⁸ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 70, señala, asimismo, el autor que “El conflicto permanente de intereses se plantea de modo muy directo cuando al producirse en la Junta de una sociedad el nombramiento de los miembros de su órgano de administración, un socio resulta ser una sociedad competidora. En ejercicio del derecho que le reconoce el art. 93 LSC dicho socio competidor asiste y vota en la Junta general en que se deciden las personas (o entidades) que van a integrar el órgano de administración. Como se trata de un socio competidor, el acceso del designado por éste a la información sensible que maneja el órgano de administración generaría un conflicto irresoluble y permanente”.

⁸⁷⁹ En tal sentido se expresa la STS de 1.10.1986 que señala que “Para tener por incumplida la aludida prohibición de competencia y que tal contravención produzca los efectos rescisorios que la propia ley previene, basta probar la existencia de esa actividad comercial “concurrente”, o lo que es igual, perteneciente a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de la que es socio, sin necesidad de acreditar si tal concurrencia ha provocado, o no, un resultado competencial en el más riguroso sentido económico de menoscabo en los beneficios, dato que fácilmente podría resultar variable y oscilante en el tiempo”.

⁸⁸⁰ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229: Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, cit., p. 410.

El precepto no supone alteración del círculo de obligados referido sino que, únicamente, precisa que si el beneficiario del acto o conducta no es el propio administrador, sino una de las personas vinculadas al mismo, referidas en el art. 231 LSC, no altera el reproche debido a la conducta de aquel. El precepto, bien pudiera parecer una innecesaria reiteración de la obligación prevenida en la letra c) del art. 228 LSC que impide al administrador beneficiar, en el ejercicio de su cargo, a personas vinculadas, no obstante en el contexto del art. 229 LSC, tal previsión tiene una finalidad dual.

Por un lado, acoge en su seno prácticas distractoras, reiteradas en la práctica, consistentes en la interposición de personas para ocultar la comisión de un acto desleal dando amparo, en contextos conflictuales infractores al deber de lealtad, a actos ya sancionables por las normas generales de Derecho privado.

Por otro lado, establece una presunción de que, cuando una persona vinculada al administrador se beneficia personalmente de los actos enumerados, sin que tal beneficio revierta en el administrador, lo hace como consecuencia de la actuación del administrador desleal, aunque no conste la decisión de éste en el desempeño de sus funciones. No obstante hay que acoger tal presunción con la debida cautela pues dada la amplitud de la relación de personas vinculadas que enumera el art. 231 LSC, resulta posible que en la relación del beneficiario con la sociedad no se haya producido intervención del administrador⁸⁸¹.

3.3. La obligación de informar del conflicto a la sociedad y a terceros

3.3.1. La obligación de comunicar el conflicto a la sociedad

Como garantía y complemento de evitar las situaciones de conflicto de interés, el apartado tercero del art. 229 LSC impone a los administradores la obligación de “comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad”. Esto es, la condición que se impone al gestor para que la autorización derive plenos efectos reside en el cumplimiento del deber de *disclosure*⁸⁸².

Siendo la comunicación a la sociedad el recurso del administrador para poder evitar los efectos, más o menos significativos, de la concurrencia de una situación conflictual, se infiere la enorme trascendencia de tal obligación de comunicación que se inscribe dentro

⁸⁸¹ Así, la SAP de Madrid, de 12.11.2010, niega que exista vulneración de la prohibición de competencia cuando la pareja sentimental del administrador constituye una sociedad competidora, acreditando que no actuó como persona interpuesta y que contaba con la capacidad económica y profesional para ello. Por consiguiente, no puede tal presunción, constituirse en un obstáculo para que las personas incluidas en el elenco de personas vinculadas al administrador del art. 231 LSC, ejerciten actuaciones profesionales similares o idénticas a éste, salvo que se trate de personas interpuestas por el propio administrador.

⁸⁸² IBÁÑEZ JIMENEZ, J., “Banking Professional Conflicts of Interest in European...”, cit., p. 25, señala que “la regla del *disclose or abstain* ha sido la opción legislativa tradicional para solucionar los conflictos de interés existentes, de modo que el titular del conflicto podía optar por abstenerse de participar en la operación (abstención) o explicar claramente que a la hora de ejecutar la operación él o sujetos vinculados a su persona podrían verse beneficiados a costa de la otra parte (transparencia) [...] Actualmente, la regla del *disclose or abstain* ha evolucionado a la del *disclose and abstain*. De este modo, cuando el consejero de una compañía debe comunicar la existencia de un conflicto de interés, así como su extensión y estructura, el Derecho Mercantil de los Ordenamientos Jurídicos comunitarios combina dicha obligación con la de abstención en la operación”

de nuestro modelo preventivo de conflictos, procurando evitarlos *ex ante* mediante la información de su existencia a la sociedad, a fin de que se pueda neutralizar dicho riesgo⁸⁸³.

Es más, dado el carácter nuclear de la obligación de comunicación, de directo entronque con la lealtad para con la sociedad y, en cuyas entrañas late el principio de buena fe, su ubicación sistemática puede desvirtuar su enorme trascendencia ya que ésta merecería elevar su consideración legal concurriendo relacionada entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad en el art. 228 LSC y no como apéndice del deber de evitar situaciones de conflicto de interés en el art. 229.3 LSC.

La *ratio* de la obligación reside en la contención de la privilegiada posición del administrador. En efecto, dada la información y conocimiento de la empresa que maneja el administrador, las posibilidades de que pueda hacer uso de tales conocimientos, provocando graves consecuencias para la sociedad, bien merece un despliegue de medidas -o contramedidas- de carácter preventivo. En tal sentido, el deber de comunicación, como el de abstención, son buenos ejemplos.

La obligación de información alcanza a todos los administradores, de hecho y de derecho, que se vean inmersos, directa o indirectamente, en una situación de conflicto de interés. Por tanto, si otro administrador no afectado, tuviera conocimiento de que un compañero suyo sí lo está por un conflicto de intereses, quebrantaría él mismo su deber de lealtad para con la sociedad, si no pusiere en conocimiento de ésta la existencia de dicho conflicto.

En cuanto a las relaciones de conflicto sobre las que versa la obligación, el precepto se refiere a “cualquier situación de conflicto, directo o indirecto” por lo que la comunicación es precisa en toda situación conflictual imaginable en el sentido más amplio posible⁸⁸⁴. El destinatario de la comunicación variará en función de la estructura del órgano de administración. En las sociedades con administrador único, la información irá destinada a la Junta general. En sociedades administradas por un consejo de administración, este será el destinatario.

En los demás casos, se deberá informar a los demás administradores⁸⁸⁵ debiendo, el acto de comunicación, quedar sometido a los siguientes presupuestos:

a) Imperatividad de la comunicación. El deber del administrador de comunicar a la sociedad la situación de conflicto no puede omitirse en ningún caso, ni siquiera en aquellos casos en los que se entienda que el conflicto, pese a existir, es de tal naturaleza

⁸⁸³ En tal sentido se expresa JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229: Deber de evitar situaciones de...”, cit., p. 411.

⁸⁸⁴ En relación a la tipología de conflicto que debe concurrir para que sea efectiva la obligación de comunicación señala EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores...”, cit., p. 18, que “Dicha obligación de comunicación, a la vista de la difícil delimitación de los supuestos comprendidos bajo la noción de conflicto de interés, se ha articulado a través de una cláusula general que consagra tal obligación para todo tipo de situaciones potenciales de conflicto de interés, sin definir ni concretarlas, pero que permite inferir que se incluyen todas, esto es, las previstas en los arts. 226 al 229 LSC, y cualesquiera otras que puedan tener lugar en el ámbito societario”.

⁸⁸⁵ La STS de 7.4.2016, afirma que la comunicación hecha a un miembro del Consejo de administración se entiende suficiente no obstante no haberse remitido la información al Consejo de administración como tal órgano de la sociedad.

que no va a perjudicar a la sociedad por inocua o porque se va a realizar en condiciones de mercado⁸⁸⁶. Por tanto, no admite excepción, so pena del correspondiente reproche legal, al deber de comunicar la situación de conflicto.

El administrador no puede dar por hecho que la sociedad ya se encuentra en posesión de la información necesaria. En efecto, si bien faltaría a sus deberes de lealtad para con la sociedad el socio o el administrador que, conociendo la existencia del conflicto, no lo comunicara, no serán ellos sino el administrador en conflicto el sujeto pasivo de la obligación que impone el art. 229.3 LSC⁸⁸⁷.

La naturaleza imperativa del deber de lealtad supone también que el incumplimiento de este deber de comunicar, por sí mismo, ya supone el nacimiento de responsabilidad del administrador por infracción del deber de lealtad. Y es que hay que partir de que tal comportamiento infringe la lealtad debida en la medida en que la falta de información a la sociedad deja a esta indefensa. Además, si, por ello, desconoce el riesgo de conflicto, tampoco podrá adoptar ninguna medida para paliarlo con independencia de que llegue a materializarse el perjuicio patrimonial derivado de la actuación conflictual.

Por consiguiente, si el administrador incumple su deber de comunicar el conflicto deviene inaplicable toda la regulación preventiva que hay en la ley, correspondiendo a los mecanismos *ex post* determinar la procedencia de si conviene exigir la responsabilidad civil, social, o incluso penal del administrador incumplidor, sin perjuicio del posible acuerdo de cese del administrador afectado adoptado por la Junta si se considera pertinente.

b) Forma y contenido de la comunicación. Desde una perspectiva material, en relación a la forma de la comunicación, al no existir una previsión normativa de la misma, salvo que se encuentre recogida en el Reglamento del Consejo de Administración, se puede optar por multitud de posibilidades si bien, como hemos comentado, el destinatario de la comunicación variará en función de la estructura del órgano de administración.

En cuanto a su contenido, la finalidad de la información es que lleguen a la sociedad los datos que sean suficientes para que ésta, bien sea a través de su órgano de administración, -absteniéndose el administrador afectado-, bien sea a través de la Junta general, si procede, pueda adoptar las medidas de protección que considere convenientes más allá de las imperativas que impone la ley.

⁸⁸⁶ En efecto, el último inciso del art. 230.2 LSC dispone que “<Además>, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso”. Por consiguiente, se ha de presuponer que, de entrada y como requisito previo, la operación es transparente.

⁸⁸⁷ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 93, señala que “Del mismo modo que no cabe que el administrador presuponga que el conflicto es conocido por otros administradores o socios, tampoco es suficiente para entender cumplimentado el artículo 229.3 LSC que el administrador conflictuado cumpla otras obligaciones también derivadas del deber de lealtad. Del mismo modo que el hecho de comunicar eficazmente la existencia del conflicto no exime al afectado de su obligación de abstenerse en la deliberación y votación de que se trate, tampoco puede obviarse la comunicación refugándose a tal fin en tal abstención. Se trata de obligaciones complementarias, pero independientes la una de la otra, de modo que la una no quita la otra, y viceversa. Una excepción admisible a esta obligación sería en aquellos casos en que la abstención del conflictuado se entienda puesta en conocimiento de los socios a través de los administradores presentes en la adopción del acuerdo de que se trate”. Este último supuesto es el que se da en la SJMerc núm. 3 de Madrid de 30.10.2013.

Sobre esa premisa, es obvio que la comunicación no puede limitarse a la existencia de un eventual conflicto de intereses, sino que se ha de hacer constar, de forma fiel y detallada, la naturaleza, el alcance y significado del conflicto que afecta al administrador para que se pueda proceder a una adecuada valoración del supuesto conflictual⁸⁸⁸. Un suministro insuficiente de información podría suponer nuevamente un acto desleal para con la sociedad a la que, de esa manera, se está intoxicando a la hora de tomar decisiones que afectan directa o indirectamente al propio administrador⁸⁸⁹.

c) Momento de la comunicación. El art. 229 LSC no especifica cuál debe ser el momento temporal en el que hay que realizar el aviso, si dicho aviso debe ser previo al conflicto o inmediatamente posterior al mismo y en qué plazos hay para realizar dicha comunicación. De la literalidad de la ley, que usa la expresión “pudieran tener”, así como del enunciado del propio precepto “deber de evitar” -y por inferencia lógico conductual-, se infiere que la finalidad de la información es, más bien, preventiva del conflicto.

Desde luego, la enorme trascendencia que juega el acto de comunicación del conflictuado impone que deba realizarse con la mayor antelación a los efectos de permitir a la sociedad articular la respuesta profiláctica correspondiente y, en la medida de lo posible, antes de que se produzca la situación de conflicto. No puede decirse que una comunicación tardía no surta ningún efecto pero, ciertamente, si dicha información llega con posterioridad al hecho en cuestión, no desplegará los efectos informativos y precautorios perseguidos porque no permitirá a la sociedad articular aquellos mecanismos necesarios para evitar o, cuando menos, minimizar sus posibles efectos negativos⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ La doctrina ha puesto de manifiesto, -entre otros SERRANO CAÑAS, J.M., “El conflicto de intereses en la administración de...”, cit., pp. 372 y 373 o BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., pp. 266 ss., la posibilidad de que el deber de comunicación entre en colisión con otro, objeto de especial protección, como es el deber de confidencialidad contenido entre las obligaciones básicas del deber de lealtad en la letra b) del art. 228 LSC. Señala el primero de los autores citado que “En los casos en los que ambos deberes entren en conflicto y la información a comunicar se encuentre protegida por el deber de secreto, se produce una tensión entre ambos deberes, pues el cumplimiento de uno de ellos conllevaría, irremediablemente, el incumplimiento del otro”. La solución al problema, -señala el segundo de los autores citados- “conlleva una ponderación por parte del administrador destinatario de las obligaciones entre el deber de información y el deber de confidencialidad”. “[...] Sin embargo, parece adecuado que se deba comunicar, tanto la existencia del conflicto como la sujeción a confidencialidad de la información relativa al mismo”:

⁸⁸⁹ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 94 señala que “El deber de información no es, sin embargo, absoluto, sino que tiene sus límites. En el caso de contratación con personas vinculadas es evidente que el administrador no está obligado a precisar información que pueda comprometer la capacidad negociadora de la contraparte. En esos casos su lealtad está dividida, de modo que su obligación de información y posteriormente la de abstenerse no suponen obligarle a trabajar como un *insider* para la sociedad de la que es administrador, sino que una vez informada la sociedad de que es administrador se encuentra afectado por un conflicto de intereses y de la extensión del mismo su postura debe ser neutral, dejando que sean los demás no conflictuados los que adopten las decisiones que con arreglo a la información prestada consideren suficientes. El deber de lealtad no puede paradójicamente conducir al administrador afectado a desvelar elementos esenciales para una negociación de la contraparte”.

⁸⁹⁰ La STS de 7.4.2016 ha tratado este asunto del momento de la comunicación. El supuesto que es objeto de enjuiciamiento es el siguiente: un administrador de una sociedad interpone demanda contra la misma (de la que es socio, miembro del Consejo de administración y consejero delegado) en ejercicio de una acción de reembolso por las cantidades que hubo de pagar al haber garantizado personalmente diversas pólizas bancarias impagadas de las que era titular la sociedad. El demandante comunica a uno de los consejeros de la sociedad la demanda inmediatamente después de interpuesta ésta. Se alega por la sociedad la deslealtad del demandante al no haber informado oficialmente (sí se declara probado un aviso informal a uno de los consejeros) a la sociedad antes de la interposición de la demanda. Para el Tribunal Supremo la comunicación previa no siempre es exigible, pudiéndose realizar con posterioridad a la interposición de la

3.3.2. La obligación de comunicar el conflicto a terceros.

Por último, el apartado tercero del art. 229 LSC finaliza indicando que “Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259”. El contenido de la Memoria viene referido en el art. 260 LSC que impone que, además de las indicaciones específicamente previstas por el Código de Comercio, por la LSC y por los correspondientes desarrollos reglamentarios, la misma contenga, al menos, veintiuna menciones que son de variada naturaleza⁸⁹¹.

No puede negarse que este deber tiene unos efectos positivos para la sociedad y, sobre todo, para los socios porque de esta forma estos van a tener conocimiento de las situaciones de conflicto en las que se pudieren hallar los administradores de la sociedad, y facilitar de este modo el control que los socios puedan ejercitar sobre ellos.

Las cuentas anuales, entre las que figura la memoria -art. 254 LSC-, se presentarán, para su depósito, en el Registro Mercantil, -art. 279 LSC-. A través del depósito de las cuentas anuales, se está habilitando a que cualquier persona pueda obtener información de todos los documentos depositados -art. 281 LSC-, de tal forma que los datos relativos a los conflictos de interés de los administradores, en principio de interés exclusivo de la sociedad y sus socios, van a poder ser conocidos por terceros gracias a la posibilidad de su consulta en el Registro Mercantil⁸⁹².

4. Imperatividad del deber de lealtad y régimen de dispensa.

4.1. Introducción.

El art. 230 LSC presenta novedades relevantes de distinta naturaleza, así: i) establece, de forma expresa, el carácter imperativo del régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción, ii) impone ciertos requisitos materiales para la dispensa de los actos prohibidos en virtud del deber de lealtad a los que se refiere el art 229, iii) realiza una distribución de facultades de dispensa entre el consejo de administración y la

demanda (y por tanto a la cristalización del conflicto de intereses) siempre que se realice en un momento tal que posibilite la defensa de los intereses de la sociedad, sin que, por tanto, quepa perjuicio alguno para la sociedad por razón del momento elegido para realizar la comunicación. El TS se atiene pues a las circunstancias concretas del caso y utiliza como criterio para determinar la existencia o inexistencia de deslealtad si se generó o no una indefensión a la sociedad

⁸⁹¹ Cabe la posibilidad, por otra parte, de que la Memoria sea abreviada en el caso de que nos encontremos ante sociedades que puedan formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto, abreviados. Estas sociedades podrán omitir en la Memoria las indicaciones que reglamentariamente se determinen -art. 261 LSC-.

⁸⁹² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores...”, cit., p. 21 ha señalado que “El problema que esta publicidad plantea es que no se ven claramente las razones que la justifican. Si bien en el ámbito de las sociedades cotizadas esta exigencia es normal y coherente con la necesidad de que el mercado esté al corriente de todas aquellas situaciones que puedan afectar a la gestión de la sociedad, como son los conflictos de interés en los que puedan encontrarse los administradores al llevar a cabo su gestión, no se entiende que en sociedades obligadas a depositar sus cuentas, y que no tienen por qué tener un carácter abierto, se posibilite que datos que incumben exclusivamente al interés de los socios y de la sociedad puedan ser conocidos por terceros. Además esta información puede entrañar en la práctica una colisión con el deber de secreto de los administradores (art. 232 LSC) que corresponde cumplir de forma escrupulosa a estos gestores en el devenir de su actividad”.

junta general y, iv) determina el procedimiento para el cese del administrador en determinados casos.

En efecto, una de las novedades más significativas de la reforma del deber de lealtad operada por la Ley 31/2014 viene constituida por la proclamación expresa, que se realiza en el apartado primero del art. 230 LSC, del carácter imperativo del régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción. Se excluye, con ello, por disposición expresa del propio precepto, toda posibilidad de limitar o eliminar, por vía estatutaria, la regulación legal imperativa del deber de lealtad.

Junto a esa proclamación se incluye un sistema de dispensas o de autorizaciones singulares que permite dispensar al administrador de las obligaciones básicas del deber de lealtad siempre que concurren los requisitos establecidos en el propio precepto. La dispensa será para casos singulares, descartándose la posibilidad de dispensas genéricas⁸⁹³ a favor de un determinado administrador, o sobre una determinada categoría de actos u operaciones.

El órgano titular de la competencia para dispensar se hace depender de la entidad e incidencia de la conducta. Lógicamente, el órgano de administración quedará relegado a los supuestos de menor incidencia en la vida societaria siendo la Junta general, como órgano soberano, quien la otorgará en la generalidad de los casos. Se prevén, asimismo, supuestos de competencia exclusiva de la Junta, en que también será competente para dispensar el órgano de administración, concurriendo determinados presupuestos.

Se refiere el precepto, por último, a los supuestos conflictuales de competencia del administrador con la sociedad a los que se otorga cierta autonomía y especificidad procedimental y, asimismo, se prevé el efecto del cese del administrador por la Junta, a instancia de cualquier socio, cuando la actividad dispensada haya devenido, por su desarrollo y características en relación con la actividad desarrollada por la sociedad, de significativo riesgo para ésta.

4.2. La imperatividad del régimen relativo al deber de lealtad.

El apartado primero del art. 230 LSC dispone que “El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo”. El precepto es de nuevo cuño ya que, hasta diciembre de 2014 -a través de la Ley 31/2014-, la ley no se había preocupado expresamente de señalar el carácter imperativo o dispositivo de las normas reguladoras de los deberes de los administradores y de las relativas a su responsabilidad civil.

No obstante la ausencia de precedente en el Derecho previgente, el precepto ha supuesto la consagración legal de lo que era ya unánime en doctrina y jurisprudencia, esto es, el carácter imperativo del deber de lealtad y, en tal sentido, no introduce ninguna

⁸⁹³ Si bien la Resolución de la DGRN de 28.4.2015, señaló que “el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la Junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa”, dicha afirmación es, con base en el nuevo régimen legal que trae a colación, absolutamente errónea pues, debido al carácter imperativo del deber de lealtad, hoy en día no caben las dispensas generales, ya las conceda el órgano de administración o la propia Junta de socios.

novedad⁸⁹⁴. Lo que sí hace la consagración legal de la imperatividad del régimen es zanjar definitivamente todo debate sobre el rango normativo de aquel deber.

En efecto, el régimen legal del deber de lealtad, aunque no se indicaba expresamente, revestía un carácter marcadamente imperativo y de los preceptos reguladores de dicho deber se infería, claramente, que las obligaciones derivadas del deber de lealtad habían de ser cumplidas indefectiblemente no pudiendo ser desvirtuadas o moduladas, de ninguna forma, por vía estatutaria. La naturaleza coercitiva del régimen quedaba fuera de toda duda.

Y es que atendiendo a la entidad del bien jurídico que se protege con el deber de lealtad, no parece que merezca mucha discusión. Cualquier precisión contraria a la imperatividad de tal deber sería atentatoria contra el propio contrato de sociedad, contra la naturaleza propia del cargo de administrador, contra el carácter fiduciario de la relación y haría tambalear el propio resorte estructural del vínculo interpersonal de naturaleza representativa. El deber de lealtad es un elemento consustancial a la condición de administrador y se constituye en un reflejo inmediato de la naturaleza del cargo.

Eso sí, el carácter imperativo del deber de lealtad no debe confundirse con el tratamiento legal que, a tal efecto, recibe el deber de diligencia, pues su configuración y caracterización resulta distinta de la del deber de lealtad⁸⁹⁵. Es más, la configuración imperativa del deber entronca con una visión institucional del derecho de sociedades en el que hay un espacio, dentro de un marco general regido por la autonomía de la voluntad, para que concurren elementos de orden público en la medida en que se conciben a las

⁸⁹⁴ La doctrina ha señalado que no es paradójico que el legislador haya optado por la positivación del carácter imperativo al régimen del deber de lealtad pero no del deber de diligencia entendiendo tal omisión como voluntaria y de la que inferir que, en una suerte de interpretación *a contrario sensu*, el deber de diligencia es dispositivo. Así OTERO MOYANO, A., “Imperatividad del deber de lealtad de los administradores y posibilidad de dispensa”, en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa...*, cit., p. 96, señala que “Tiene más interés que el expreso establecimiento en la LSC del carácter imperativo (es decir, indisponible en los supuestos y en sus efectos) del deber de lealtad, no venga acompañado de una previsión análoga respecto del deber de diligencia. Este hecho podría llevar a interpretar que no se trata de un *lapsus* del legislador, sino que éste ha querido establecer una clara distinción entre el deber de lealtad (imperativo) y el deber de diligencia, cuya regulación quedará al albur del acuerdo de las partes (en este caso, de los socios) tal y como ha propuesto algún sector de la doctrina en una posición, que encontré acogida en el Informe Aldama”, que en sub. VI.2, señala que algunas de sus recomendaciones, entre las que figura el deber de lealtad, “tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada”. En sentido similar JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...”, cit., p. 416, sostiene que “La imperatividad de la responsabilidad de los administradores, derivada del incumplimiento del deber de lealtad, impiden que los estatutos la limiten o moderen. Este es el aspecto principal del inciso que comentamos, no tanto porque se haya discutido en la doctrina o en la práctica, la posibilidad de su limitación, sino porque habilita la interpretación *a contrario* respecto de la responsabilidad generada por el incumplimiento de los deberes de diligencia. Siguiendo una línea doctrinal aparecida con ocasión del Informe Aldama, la ley parece abrir la puerta a una posible política de moderación de la responsabilidad respecto de errores de gestión, al amparo de la doctrina general sobre la aplicación de la autonomía de la voluntad de las normas sobre responsabilidad contractual”.

⁸⁹⁵ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, cit., p. 57, que, refiriéndose al régimen de imperatividad del art. 230.1 LSC señala que “La declaración es más importante por lo que no dice (el silencio del precepto sobre el deber de diligencia deja en evidencia su carácter dispositivo) que por lo que dice. Nadie ha puesto ni pondría seriamente en duda la indisponibilidad del deber de lealtad”.

sociedades de capital como formas organizativas donde hay elementos estructurales que no pueden dejarse al arbitrio de la autonomía privada⁸⁹⁶.

De lo señalado cabe concluir en que la lealtad, y la buena fe en la que esta descansa, no es negociable. Admitir la disponibilidad del deber sería tanto como dejar el cumplimiento de la obligación, derivada del contrato de administración, al albur del administrador⁸⁹⁷ y dar carta de naturaleza a la voluntad de asumir y ejercer el cargo con un ánimo fraudulento y procurando su propio interés y no al que se debe, el interés social⁸⁹⁸.

El referido carácter imperativo inadmite, pues, todo pacto exonerador o reductor de la responsabilidad por la infracción de las obligaciones del deber de lealtad⁸⁹⁹. Y ello sin

⁸⁹⁶ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al deber de lealtad...*, cit., p. 451, que señala que “Este planteamiento general que pone de manifiesto el carácter imperativo del deber de lealtad, encuentra su encaje en el debate más general relativo a la naturaleza de la sociedad. De un lado, esta visión va en consonancia con la naturaleza institucional del Derecho de sociedades, que al establecer la sociedad como forma de organización, ordena su estructura y funcionamiento esencial a través de normas imperativas y deja a la autonomía privada la regulación de otros aspectos. El Derecho de sociedades tiene como funciones básicas regular la forma de constitución de la sociedad, definir los derechos y deberes de los participantes en la institución y delimitar los poderes de la sociedad en relación al mundo externo. En este sentido, los deberes de lealtad conforman una parte estructural de la organización societaria. Sin embargo, desde la visión contractual existe una reflexión constante dirigida a poner de manifiesto la ineficiencia de la regulación imperativa, al señalar que los costes de regulación y ejecución que comportan las normas imperativas pueden ser más elevados que los derivados de los mecanismos contractuales. Los motivos que se alegan para combatir la regulación imperativa [...] son diversos: Primero, los altos costes en capital humano para la sociedad por la sustitución de los administradores y de estos para incorporarse a otras empresas. Segundo, el menor incentivo de los administradores para el riesgo empresarial si pueden ser objeto de responsabilidad. Tercero, la información insuficiente del juez para resolver sobre decisiones empresariales que han dado un resultado negativo. Cuarto, los altos costes de litigar tanto para el demandante como para la defensa, así como la interferencia que ello significa en las relaciones entre los gestores y la sociedad y las posibilidades de usar las acciones de forma interesada”. Por su parte, señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los costes de transacción” en IGLESIAS PRADA, J. L. (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje...*, cit., p. 158, que “los costes de las normas imperativas son muy elevados. En primer lugar, son costes de cualquier regulación los errores del legislador en la identificación del problema: errores en la identificación de la solución y los costes de administración de las normas, es decir, de garantizar su aplicación por órganos administrativos o judiciales. Además, cualquier regulación imperativa, en conjunto, reduce la innovación contractual, esto es, los incentivos para innovar”.

⁸⁹⁷ Art. 1256 CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁸⁹⁸ JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...”, cit., p. 415, sostiene el autor que “La imperatividad del deber de lealtad se justifica fácilmente cuando se repara en que, de permitirse que el gestor persiga sus propios intereses cuando ha sido contratado para perseguir los del principal, la finalidad del contrato quedaría frustrada o, a lo sumo, transformada en otro tipo contractual, que tuviera como base una comunidad de intereses que, en la relación de administración, o bien no existe o bien queda convertida en irrelevante por ministerio de la ley (supuesto de socio que ostenta, a la vez, el cargo de administrador)”.

⁸⁹⁹ En efecto, como señala PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 57, “[...] Ha de impedirse, en efecto, que la regulación legal sustantiva pueda ser derogada o modificada en los estatutos de la sociedad o trivializada de cualquier otra forma, y ello por dos razones fundamentales (que eventualmente juegan en escenarios alternativos). La primera se sitúa en el ámbito interno. Si los socios acuerdan eximir al administrador de sus deberes de lealtad, en la realidad —o al menos en la normalidad de los casos— le están exonerando de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento, lo cual pugna con la idea misma de compromiso o vinculación inherente a la noción de contrato. Esta es la justificación que subyace al art. 1102 CC y, en última instancia también, al art. 1256 CC. La segunda razón se proyecta sobre el ámbito externo. La renuncia a la protección de la lealtad equivale —o podría equivaler bajo determinadas combinaciones— a configurar atípicamente la propiedad sobre los activos cuya gestión se confía al administrador, lo que destruye la llamada función de categorización, que busca establecer líneas de demarcación típicas —de ahí el principio de *numerus clausus* de derechos reales— para minimizar los costes de transacción de los terceros que se relacionan con la sociedad.

perjuicio de que la sociedad, en determinadas ocasiones, puede exonerar al administrador de algunas de las obligaciones en que se concreta el deber de lealtad, por medio de la dispensa, lo cual aporta una suerte de “relajación” a la rigurosa⁹⁰⁰ imperatividad del régimen enunciado en el 230.1 LSC permitiendo salvar, concurriendo taxativas condiciones y presupuestos, esa imperatividad.

4.3. Régimen de autorización expresa. Dispensa vs Imperatividad.

El deber de lealtad se establece como un poderoso medio de protección del interés social frente a los posibles intereses del propio administrador o de las personas con él vinculadas. Por ello no puede dejarse en manos del administrador en conflicto determinar si el régimen del deber de lealtad le es, o no, aplicable. No obstante, la LSC articula un mecanismo hábil para autorizar a los administradores a llevar a cabo actuaciones contrarias al interés social, esto es, la dispensa⁹⁰¹.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo⁹⁰², los actos contrarios a una norma prohibitiva son nulos de pleno derecho -art. 6.3 CC- y no pueden ser sanados por el transcurso del tiempo, pero si el interés protegido es particular -como en el caso del art. 1459.2 CC o en el de los arts 227 y ss. LSC-, la sanción, pese a ser la nulidad, puede ser autorizada *ex post* por el mandante. Dicho razonamiento, -predicable de la autocontratación en relación con la representación voluntaria del art. 1459.2 CC- es, con salvedades, el que permite salvar asimismo la autocontratación en la representación orgánica.

No obstante, no cabe obviar que la posibilidad de dispensar al administrador en el ejercicio de actividades conflictuales merece cumplida explicación so pena de cuestionar la racionalidad propia del carácter imperativo del régimen del deber de lealtad. La dispensa no puede ser entendida más que como un medio para que la sociedad otorgue su plácet para que el administrador realice alguna actividad que puede entrar en conflicto con la que ella realiza, una vez verificado que no se pone en riesgo el interés social. De ahí que el otorgamiento de la dispensa en supuestos en los que existe evidente riesgo de conflicto esté vedada.

Ahora bien, ciertamente puede resultar paradójico que el legislador tenga a bien consagrar normativamente el carácter imperativo del régimen en el apartado primero del art. 230 LSC para, sucesivamente en su apartado segundo, diseñar un régimen de excepción o dispensa que permita a la sociedad, cuando ésta así lo estime conveniente, decidir qué supuestos de actuación en conflicto con el administrador tolera, verificada la inocuidad para el interés social.

⁹⁰⁰ A ese rigor en la imperatividad del régimen se refiere PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pp. 15 y 16, señalando “la necesidad de que dicho régimen tuviera un rigor incuestionable para evitar comportamientos de los administradores que pudieran ser perjudiciales para los intereses de la sociedad”

⁹⁰¹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La dispensa del deber de lealtad como instrumento...”, cit., p. 285., que concibe la dispensa como “una excepción al régimen general que obliga al administrador a evitar situaciones de conflicto de interés con la sociedad, por entender que existen razones específicas que justifican el incumplimiento de sus deberes de lealtad y que le permiten actuar en su propio interés, sin que, por ello, perjudique los intereses de la sociedad”.

⁹⁰² STS 562/2012, de 8 de octubre.

El régimen imperativo pues, se dulcifica y desmerece el título de riguroso para acoger el de moderado y de expresión casuística. Se trata de permitir que la sociedad pueda beneficiarse de conductas o actuaciones que sean también de interés para el administrador. Eso sí, la imperatividad del régimen queda en manos de la sociedad⁹⁰³ de suerte que es ella, y únicamente ella, la que puede hacer que ese régimen imperativo sea absoluto o relativo.

Se pretende instaurar un marco dispositivo para aquél sobre quien se construye la protección que el deber de lealtad dispensa⁹⁰⁴. Es decir, si el régimen del deber de lealtad pretende la protección de los intereses del principal -la sociedad-, la imperatividad no debe llegar al extremo de imponerse sobre la voluntad de aquel al que la norma pretende proteger⁹⁰⁵.

Contrariamente, pues, a la consagrada imperatividad del régimen del deber de lealtad, la sociedad va a tener siempre la posibilidad de excepcionar tales deberes de los administradores al reconocérsele la facultad de autorizar la conducta del administrador en conflicto condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos formales como lo es el de la supuesta independencia de los miembros que la conceden, al que se suma el de que de la dispensa no quepa esperar daño para la sociedad.

De cuanto antecede se desprende que el régimen de dispensa, en su configuración por el art. 230 LSC, permite dulcificar, suavizar, flexibilizar o rebajar el alcance de los deberes de lealtad de los administradores atribuyendo a la sociedad una facultad dispositiva idónea para reducir las exigencias inicialmente atribuidas a los gestores societarios. La posibilidad de dispensa impide concebir la imperatividad del régimen en términos absolutos -más allá de los supuestos conflictuales prevenidos en la letra b del art. 229 LSC que no se incluyen entre los supuestos dispensables del art. 230 LSC- y, en tal sentido, desvirtúa la obligatoriedad del régimen en la medida en que imperatividad y dispensa interactúan como términos antagónicos.

El adjetivo imperativo asociado al régimen de lealtad deber ser contemplado desde la perspectiva de la naturaleza garantista y desde la exigencia de seguridad jurídica⁹⁰⁶. No

⁹⁰³ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015, p. 294.

⁹⁰⁴ RIBAS FERRER, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad...”, cit., pp. 463 y 464, sostiene que “El enfoque preventivo que prohíbe la actuación interesada y establece un mecanismo de aprobación por el principal, previa exigencia de una información plena sobre la situación conflictual, armoniza con la naturaleza gestora de la obligación y, en particular, concuerda con la razón práctica protectora de los intereses del principal a través de un medio flexible que permite la autorización de las conductas conflictuales por medio de la intervención del principal. En efecto, el sentido propio de la autorización se explica como facultad de la sociedad respecto de algo que está prohibido: de otro modo, el acuerdo de autorización sería irrelevante pues el interesado estaría ejercitando una conducta comprendida en su ámbito de poder”.

⁹⁰⁵ JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...”, cit., p. 417, señala que “En el Derecho común aplicable a otros supuestos de gestión de intereses ajenos, la posibilidad de dispensa se encuentra extendida (entre otros, arts. 267 y 288 CdC, 1459 CC). La aplicación de esta regla general al Derecho privado encuentra dificultades adicionales en nuestro caso, por el hecho de que el principal es una sociedad en la que, como es sabido, confluyen intereses distintos. Además, en circunstancias normales, la voluntad del administrador forma parte de la que se imputará a la sociedad misma”.

⁹⁰⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., p. 564, sostiene el autor que “Sólo desde un planteamiento desregulador intenso del Derecho de sociedades, que conduciría

es imperativo el régimen, si es disponible autorizar supuestos conflictuales. La pretendida imperatividad que estipula el art. 230.1 LSC hay que enmarcarla en la indisponibilidad de la producción normativa societaria de modo que la imperatividad bloquee cualquier intento de los socios de flexibilizar, dulcificar o suavizar estatutariamente las disposiciones legales, relajando así la observación rigurosa del deber de lealtad.

A los efectos del art. 28 LSC, el régimen legal del deber de lealtad es un límite mínimo a la autonomía de la voluntad de los fundadores y socios de cualquier sociedad de capital. Esa imperatividad actúa, pues, como un límite de mínimos⁹⁰⁷ de modo que la ley no prohíbe a los estatutos reforzar el régimen legal dificultando la concesión de dispensas pero sí prohíbe articular una regulación societaria que admita, genéricamente, conductas desleales⁹⁰⁸. Y ese desarrollo conductual de mínimos del deber de lealtad es indisponible e indispensable⁹⁰⁹. Lo que sí que se puede dispensar, dentro de los límites que permitan la ley y los estatutos, son las conductas concretas afectadas por un conflicto de intereses.

Por tanto, con excepción del conflicto permanente de prohibición de competencia que merece tratamiento especial en el art. 230.3 LSC, la dispensa debe enmarcarse en un escenario de excepción, sintomático, inocuo para la sociedad y como una respuesta extraordinaria -dentro de un régimen ordinario de imperatividad- a una situación extraordinaria que la sociedad conoce, tolera, dispensa o autoriza⁹¹⁰ en la medida y hasta que⁹¹¹ sea inofensiva a sus intereses y al desarrollo de la actividad que constituye su objeto.

a un principio de derogabilidad casi absoluta de las normas, cabría asignar una naturaleza contractual al propio deber y, en consecuencia, admitir modificaciones convencionales en su alcance o contenido”.

⁹⁰⁷ FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A “Deber de lealtad del administrador cesado. (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)”, *RGD*, nº 655, 1999, p. 3998, sostiene que “En cualquier caso, la modulación negocial de los deberes de lealtad no puede suponer una derogación de los deberes orgánicos mínimos”.

⁹⁰⁸ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 108, señala el autor que “La razón por la que el legislador recela de las modificaciones estatutarias del régimen legal es el miedo a que por esa vía quede en nada el esfuerzo acometido para cortar el paso a las conductas contrarias a la lealtad y a la buena fe para con la sociedad. La práctica siempre ha demostrado que la tendencia de los mercados y del tráfico es siempre a ir erosionando los pilares de la ley con el objeto de lograr una mayor agilidad. Con el carácter indisponible de la normativa, el legislador demuestra no estar dispuesto a que con esa excusa se abriese el debate sobre los límites de lo que debe ser una conducta leal”.

⁹⁰⁹ ALCALA DIAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de...”, cit., p. 485, “la fuente de las obligaciones inherentes al cargo de administrador se deriva del conjunto de normas legales de naturaleza imperativa prevista en la Ley”.

⁹¹⁰ PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 77, distingue entre dispensa y autorización. Por dispensa entiende “el consentimiento previo al administrador para que tome parte en una o varias actividades de antemano especificadas –que además han de subsumirse en uno o varios grupos de casos igualmente previamente determinados- dentro de un plazo de tiempo más o menos concreto y relativamente corto”. La dispensa se justifica gracias a su “carácter concreto y determinado”. A su lado, por autorización entiende, -p. 78-, “la liberación previa al administrador para que explote oportunidades de negocio que de antemano no están especificadas: o estándolo, no se determina el grupo de casos en el que se inserta: o que, a pesar de estar especificadas e insertas en un grupo de casos no se concreta su duración en el tiempo o su duración es, en función de las circunstancias, relativamente larga. Desde esta perspectiva bien puede decirse que, a diferencia de la dispensa, la autorización supone que la sociedad tolera o soporta muy en abstracto el peligro que pueda derivarse de la explotación por el administrador de las oportunidades de negocio y de manera absolutamente indeterminada el conflicto de interés que pueda surgir con ocasión de esa desviación de la oportunidad”.

⁹¹¹ Así, sostiene QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación, los suplentes”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la Ley 2/1995*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 666, que “nada impide que la autorización

Del tenor literal del art. 230.1 LSC que señala que “No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo” se desprende, *a contrario sensu*, que sí cabrán aquellas disposiciones estatutarias que refuercen el carácter imperativo del régimen o sean favorables al mismo. Así podría admitirse cualquier modificación estatutaria tendente a dificultar la concesión de dispensas⁹¹².

4.4. Actos susceptibles de dispensa.

Las actuaciones que son susceptibles de ser dispensadas son, únicamente, las enumeradas en el art. 229 LSC -con la única excepción de la letra b del mismo “*utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas*” que no se prevé entre los supuestos del número 2 y 3 del art. 230 probablemente por considerar que éste es un conflicto que, en ningún caso, puede representar un beneficio para el interés social-, pero nunca las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad comprendidas en el art. 228 LSC -con la excepción, si se quiere, de la cláusula general comprendida en la letra e) de la que el art. 229 LSC, es desarrollo-.

Por lo demás, el art. 230.2 LSC enumera, como dispensables, el resto de conductas del art. 229.1 LSC, salvo una, a la que reserva un tratamiento especial en el art. 230.3 LSC, esto es, la dispensa de la obligación de no competir. Dada la naturaleza permanente del conflicto, para conceder esta última dispensa se exigen requisitos adicionales, a saber: que no quepa esperar de dicha conducta competitiva perjuicio alguno para la sociedad, o que dicho perjuicio se vea superado por el beneficio que ello pueda reportar a la propia sociedad.

Se mencionan, además, otros dos requisitos que, como seguidamente veremos, son comunes a las demás dispensas, como son: que se concedan con carácter expreso -nunca de modo tácito- y en acuerdo separado de la Junta General -en coherencia con el espíritu del art. 197 bis LSC, lo que exigirá también un punto separado del orden del día en la convocatoria-. No cabe, pues, en ningún caso y bajo ninguna forma de conflicto, una concesión de dispensa genérica en los estatutos.

concedida sea revocada si varían las circunstancias o si aparecen nuevos datos no conocidos al momento de concederla”.

⁹¹² Ello implica la posibilidad de que la sociedad prevea un marco regulatorio propio, de mayor rigor -nunca de menor- pero no la contemplación por vía estatutaria de los efectos jurídicos del incumplimiento del deber de lealtad. Así lo ha señalado la Resolución de la DGRN de 3.9.1999 que rechazó la inscripción de la disposición estatutaria siguiente: “El incumplimiento del deber de lealtad y fidelidad recogido en el presente artículo, en perjuicio de la sociedad o especialmente en beneficio de cualquier otra empresa o sociedad, nacional o internacional, dedicada a la misma o complementaria actividad empresarial, será sancionado con la imposición de una multa equivalente al 50 por 100 del valor contable -valor nominal + reservas- de las participaciones sociales del socio desleal según lo que resulte del último balance aprobado por la Junta general. El acuerdo de sanción deberá ser adoptado en Junta general”, motivando la denegación de la inscripción en que el deber de lealtad “es materia cuya valoración corresponde a los Tribunales de Justicia, quienes tienen encomendada la función de juzgar, no siendo posible su solapamiento por la Junta general”.

4.5. Órgano competente para la concesión de la dispensa.⁹¹³

Para determinar el órgano encargado de conceder la dispensa, el legislador ha tomado en consideración el mayor o menor riesgo de los intereses sociales, combinado con la necesaria agilidad para adoptar el acuerdo o decisión. La determinación del órgano competente para conceder la dispensa se hace en los párrafos segundo y tercero del art. 230.2 LSC. Del tenor literal del precepto se desprende que la competencia para la dispensa la ostenta, en todo caso, la Junta general⁹¹⁴ admitiéndose en determinados supuestos que resulte competente -también- el órgano de administración.

La Junta general será competente, en los supuestos de incidencia societaria más graves⁹¹⁵ y, así, decidirá, con carácter exclusivo, en los siguientes casos: a) cuando la

⁹¹³ El art. 229 de la LSC en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 diferenciaba entre las distintas formas del órgano de administración para determinar a quién había de comunicar el administrador afectado la operación y quién tenía que autorizar la situación de conflicto de intereses. Así, en principio, si se trataba de un administrador único, debía comunicarlo a la junta general y ser autorizado por ella: si eran varios los administradores y no estaban organizados en consejo de administración, la comunicación tenían que realizarla a los otros administradores, que eran los habilitados para autorizarlo: si la forma era el consejo de administración, la comunicación debía hacerse al consejo de administración y se le consideraba competente para autorizarlo. El Anteproyecto de Código Mercantil seguía el art. 229, párrafo 3º del Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y señala en su art. 215.11.3, al regular el conflicto de intereses, que cada administrador debe comunicarlo a los otros administradores: si hay consejo de administración, a él y en el caso de ser administrador único a la junta general: abarcando situaciones de conflicto de intereses directo e indirecto y a las situaciones de conflicto de intereses por la participación de personas vinculadas. Tras la Ley 31/2014, cambia la situación, cerrando la polémica de la atribución a la junta general o al órgano de administración de la competencia para autorizar, ya que la asignación a la junta general o al órgano de administración va a depender de la trascendencia o de las materias objeto de autorización.

⁹¹⁴ Así, señala PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 81 que “Si se permitiera que el resto de los componentes del órgano de administración pudiera proceder a la dispensa, se correría el riesgo de que no se emitiese un juicio imparcial. Quienes postulan la competencia de los administradores, no tienen en cuenta adecuadamente la presión –manifiesta o encubierta- que el administrador interesado puede ejercer sobre sus compañeros”. Por su parte, MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 109, señala que “Históricamente se había defendido por un sector mayoritario de la doctrina y por el Tribunal Supremo y la DGRN -así se hace en su Resolución de 12.2.2012-, que la competencia para salvar el conflicto de intereses era siempre de la Junta de socios, como origen primario de la voluntad social. Frente a ello, un sector minoritario pero cada vez mayor, consideraba, por razones de agilidad fundamentalmente, que debía ser el órgano de administración quien pudiera conceder dicha dispensa, del mismo modo que los restantes miembros podían celebrar el contrato aun con la abstención del afectado”. La atribución de competencias al órgano de administración se entiende, pues, como una solución para facilitar la agilidad del funcionamiento social, sin que ello suponga sustraer la competencia de la Junta.

⁹¹⁵ El procedimiento se articula pues sobre una competencia genérica de la Junta General, en la medida que éstos son los titulares últimos del interés social y son quienes mejor pueden decidir sobre su propio interés, que, ante determinados supuestos, admite el traslado de tal competencia al órgano de administración. Ello se infiere del tenor literal del último párrafo del art. 230.2 LSC que señala “En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada...” de la que cabe inferir una suerte de delegación de la Junta atendiendo a la entidad y especificidad del conflicto. Es más, en determinados casos -que responderán a un determinado perfil del conjunto de los socios a diferencia del perfil del órgano de administración, generalmente más técnico-, la atribución a la Junta de tal competencia puede acarrear dificultades al socio, particularmente cuando las operaciones están sujetas a complejidad o simplemente cuando, para tomar una decisión racional, sea necesario disponer de un nivel de información y experiencia que no está al alcance del común de los accionistas. A ello, cabe añadir que en las sociedades con un elevado número de socios, la convocatoria y celebración de juntas generales reviste de cierta complejidad y comporta determinados costes tanto para su organización por la sociedad, como para los socios que, eventualmente, quieran asistir. Así, por motivos funcionales se ha señalado, -así lo hace RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad...*, cit., p. 465, que “Por razones de orden práctico y siempre que la ley o los estatutos

administración de la sociedad corresponda a un administrador único; b) cuando se trate de obtener una ventaja o remuneración de terceros, y c) en transacciones con la sociedad cuyo valor sea superior al 10 por 100 de los activos sociales.

En las sociedades de responsabilidad limitada la competencia exclusiva de la Junta se extiende a dos casos adicionales: a) la prestación de cualquier asistencia financiera a favor del administrador -el propio precepto hace referencia a la prestación de garantías personales por la sociedad o a la constitución de garantías reales sobre bienes sociales-, y b) el establecimiento de una relación de servicios o de obra entre el administrador y la sociedad.

En los asuntos que no sean competencia exclusiva de la Junta también será competente el órgano de administración, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que quede garantizada la independencia de los miembros que conceden la dispensa respecto del administrador dispensado -esto excluye la posibilidad de que participen en la autorización aquellos miembros del órgano de administración que tengan la consideración de persona vinculada, directa o indirectamente, al administrador dispensado⁹¹⁶, y b) que se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social, esto es, que la operación carezca de efectos lesivos. Como exigencia alternativa, la operación podrá ser autorizada, aun no siendo inocua, cuando el proceso sea transparente y la operación se realice en condiciones de mercado⁹¹⁷.

De dicha atribución competencial hay que destacar que corresponde, en exclusiva, a la Junta tanto específicamente la dispensa de la prohibición de competir con la sociedad como, con carácter general, toda dispensa de transacciones económicas de significativa relevancia⁹¹⁸. El límite marcado es el diez por ciento de los activos sociales -se presume que el legislador está haciendo referencia al último balance aprobado como sí lo hace expresamente en la letra f del art. 160 y en el art. 511.2 bis LSC al describir el carácter esencial de un activo-. Las restantes competencias se atribuyen al órgano de administración.

En cualquier caso, deberá respetarse la decisión de la Junta de modo que, si inicialmente, el órgano de administración concede la dispensa para la celebración de un negocio y posteriormente la Junta lo somete a votación en su seno y se adopta una decisión contraria, ello supondrá que quedará sin efecto la dispensa concedida⁹¹⁹ por la voluntad -y *auctoritas*- del órgano soberano.

no hayan establecido una reserva en favor de la Junta general, el órgano de administración resulta adecuado para realizar la valoración de riesgos relacionada con la situación de conflictos”.

⁹¹⁶ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, cit., p. 58, señala que, la condición de independencia de los administradores que concedan la dispensa “...no significa que sean «independientes» en el sentido de las normas sobre *reporting* de gobierno corporativo (v. art. 529 *duodecies*.4 LSC), sino que no estén ligados o contaminados con los administradores afectados por lazos o vínculos especiales, más allá de los naturales que deriven de las relaciones de trato y colegialidad propios de la pertenencia al mismo órgano”.

⁹¹⁷ VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de administración II. Deberes y responsabilidad...”, cit., p. 309, señala que “La realización de la operación en condiciones de mercado implica que el administrador o las personas vinculadas con él están sometidas, para la operación autorizada, a las mismas condiciones que presiden la celebración por la sociedad de esa clase de operaciones frente a terceros”.

⁹¹⁸ En esta dirección, el Informe Aldama, sub.III.2.2, establecía que la dispensa debería otorgarse por “el Consejo de Administración, o incluso la Junta General, según la trascendencia de la decisión”.

⁹¹⁹ Interesante al respecto es la Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015 que, a propósito de un supuesto de otorgamiento de poder general por dos administradores solidarios de una sociedad colectiva, bajo el cual se pretendía autorizar al apoderado a ejercitar sus facultades aún bajo la presencia de conflicto

También cabe que sea el propio órgano de administración el que decida abstenerse al completo para que sea la Junta la que se pronuncie sobre la concesión o no de la dispensa en un caso concreto. Ello no supone una alteración de la distribución de competencias hecha por el legislador, por cuanto la Junta, dada su posición orgánica, siempre es competente⁹²⁰.

Cabe señalar que el acuerdo de dispensa no ha sido incluido entre los que requieren normas especiales de *quorum* y mayorías, enumerados para la sociedad anónima en el art. 195 LSC, y para la sociedad de responsabilidad limitada, en el art. 199 LSC si bien, éste último, en su letra b), sí impone una mayoría legal reforzada para autorizar a los administradores “para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social”.

Podría haberse incluido la concesión de dispensa entre las mayorías reforzadas exigidas en Junta por los arts. 199 y 201.2 LSC, pero no se hizo así, quizás porque si partimos de que el administrador o socio debe abstenerse y a ello le añadimos una mayoría reforzada, lo que nos encontraremos será prácticamente la exigencia de unanimidad, lo que dificultaría la concesión de dispensas.

En relación al régimen de mayorías, hay que advertir que el deber de abstención se extiende no sólo al administrador conflictuado, sino también a todos aquellos cuya independencia respecto de ese administrador en particular pudiera estar de una u otra forma comprometida a la hora de adoptar la decisión -art. 230.2-3º LSC-⁹²¹.

Por último, cabe señalar que la dispensa del deber de lealtad constituye uno de los supuestos específicos -art. 190.1.e) LSC incorporado por la Ley 31/2014- que impide al socio ejercitar su derecho de voto en la junta cuando, al mismo tiempo, actúe como administrador y la junta tenga que adoptar dicha dispensa. Por lo tanto, el socio que, a su vez, sea administrador no podrá participar en la votación del acuerdo de la junta que tenga por objeto otorgarle la dispensa que le permita excepcionar la prohibición de competencia, la obtención de una ventaja o remuneración de terceros, o se trate de una transacción con la sociedad cuyo valor sea superior al 10% de los activos sociales⁹²².

de intereses señala que “El administrador que actúa en nombre de la sociedad no lo hace en nombre propio sino por cuenta e interés de la sociedad (arts. 209 y 233.1 LSC), de modo que al igual que se encuentra vedado para actuar cuando se encuentra en conflicto de intereses, no puede atribuir a otro la posibilidad genérica de hacerlo, pues sólo el principal, la sociedad cuya voluntad expresa la junta de socios, puede hacerlo (...) El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal”, señalando asimismo que “(...) de la norma resulta con absoluta claridad que la dispensa debe ser singular, para casos concretos y adoptando las medidas que permitan salvaguardar los intereses de la sociedad”.

⁹²⁰ Entre las competencias que imperativamente el Consejo de administración no puede delegar en ningún caso se encuentra [art. 249.bis.c) LSC] “la autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230”.

⁹²¹ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 112.

⁹²² POLO SANCHEZ, E., “La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada”, en PRÍES Y PICARDO, A / BALDO NIETO, C / ALMOGUERA GÓMEZ, A (Coord)., *La sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 729, señala el autor que “el conflicto de intereses en el que puede encontrarse el socio administrador constituye no sólo uno de los temas más espinosos del Derecho de sociedades, sino asimismo una de las asignaturas pendientes de nuestro ordenamiento societario”.

Ahora bien, solo en los casos referidos en los que concurra la condición de socio y administrador se incluyen entre los supuestos de abstención del art. 190.1.e) LSC. En el resto de situaciones de conflicto de interés en las que pudiera incurrir en administrador-socio, corresponde al resto de administradores o del órgano de administración la decisión sobre la supuesta dispensa del cumplimiento del deber de lealtad⁹²³.

4.6. Presupuestos de concesión de la dispensa.

Junto con las normas procedimentales para la concesión de la dispensa, que responden al objetivo de garantizar la independencia del órgano que la otorgue, se articulan una serie de requisitos. Estos pretenden reforzar el régimen de concesión dotándolo de un mayor rigor al objeto de sustraer al proceso toda arbitrariedad exigiendo que la decisión sea motivada e incólume para los intereses de la sociedad⁹²⁴. Señalado cuanto antecede vamos a relacionar los requisitos que son necesarios para la concesión de la dispensa⁹²⁵:

4.6.1. La dispensa ha de constar como punto separado del orden del día y su tratamiento debe ser autónomo entre los asuntos a tratar.

La adopción del acuerdo de concesión de dispensa ha de ser separada. Los socios han de dirigir su consentimiento sobre la autorización, o no autorización, de la dispensa. En efecto, si el órgano que ha de decidir acerca de la concesión de la dispensa es un órgano colegiado, bien sea el Consejo de administración o la Junta general, será exigible que la concesión de la dispensa figure como un punto separado del orden del día en la convocatoria y también como un asunto separado a los efectos de deliberación y votación sobre el mismo (art. 197.bis LSC, y en concreto para la dispensa de la prohibición de competir, art. 230.3 LSC, que habla de “acuerdo expreso y separado de la Junta general”).

La autorización no puede ser discrecional o arbitraria sino que deber ser guiada por el interés social. En este sentido, toda autorización que no haya sido aprobada unánimemente por todos los socios y se acuerde de forma mayoritaria por alguno de los

⁹²³ Sin embargo, como señala EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber...”, cit., p. 299, “Esta restricción del art. 190 LSC no impedirá que el socio mayoritario siga teniendo la posibilidad de excepcionar el cumplimiento del deber de lealtad del administrador, siempre que actúe como administrador otra persona de su confianza que no sea dicho socio mayoritario. El propio rigor del art. 190 LSC explica que la obligación de abstención del socio mayoritario no pueda tener lugar por incumplir el deber de lealtad de un administrador que no es él. De esta forma, cualquier vulneración de dicho deber podrá quedar siempre autorizada cuando el administrador no sea socio, porque a pesar de que el negocio en cuestión beneficie al socio, esto es, en la terminología del art. 230.2 LSC “a una persona vinculada, la dispensa podrá otorgarse porque el socio mayoritario directamente concernido en dicha operación por ser “persona vinculada” al administrador no deberá abstenerse de votar en la junta al no ser administrador y no haber vulnerado ningún deber de lealtad”.

⁹²⁴ El Informe Aldama, en sub.III.2.2, indicaba que el principio de obligatoriedad que preside la regulación del deber “no es forzosamente incompatible... con un principio de dispensabilidad *ad hoc*, en cuya virtud pudieran ser autorizadas, caso por caso, ciertas operaciones”, señalando, asimismo, que “la dispensa debería ser a la vez relativamente fácil de administrar y difícil de eludir, mediante un procedimiento que asegure la independencia del órgano que la otorga... respecto del Administrador afectado y que la operación sea equitativa y en condiciones de mercado: junto a una regla de transparencia, en términos similares a lo que ha anticipado la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero”.

⁹²⁵ PAZ-ARES, C., “El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades: libro homenaje...*, cit., p. 1818., señala que las operaciones interesadas “deberían someterse a controles procedimentales (obligación de abstención, votaciones separadas, informes de órganos independientes, etc.) y dotarlas de transparencia, al objeto de que también puedan ser evaluadas por los mercados y, en su caso, por los jueces y tribunales”.

órganos sociales debe estar justificada o motivada⁹²⁶. Por el contrario, la negativa a la autorización no precisa justificación, en la medida que exista un conflicto de intereses y por tanto un riesgo de lesión del interés social⁹²⁷.

Sólo el tratamiento separado de la cuestión permitirá la correcta abstención de las personas obligadas -el administrador conflictuado en el Consejo de administración o los socios afectados en su caso, ex art. 190.1.e) LSC-. Así, no basta con que los socios se manifiesten sobre la dispensa, aun expresamente advertida, con ocasión de otra decisión societaria⁹²⁸.

4.6.2. Mayorías necesarias para la adopción del acuerdo de dispensa.

Obviamente, y sin perjuicio de que no se imponen mayorías reforzadas para la aprobación de la dispensa, el acuerdo de dispensa requiere de un apoyo mayoritario. Si bien dependerá del órgano competente para la concesión de la dispensa, ésta se concederá si se obtienen las mayorías ordinarias recogidas en la ley y en los estatutos (arts. 200 y 201.3 LSC) o, tratándose de las mayorías en el Consejo de administración, a lo que disponga asimismo el reglamento interno del mismo que puede intensificar el rigor en la concesión -pero no flexibilizarlo-.

4.6.3. La dispensa debe ser expresa.

No caben las autorizaciones tácitas⁹²⁹, implícitas o aún autorizaciones explícitas pero de carácter genérico o anticipado, ya sea a través de reglas estatutarias, ya sea mediante acuerdos sociales⁹³⁰. El hecho de que se exija que la dispensa se conceda expresamente

⁹²⁶ EMBID IRUJO, J.M., “Art. 65. Prohibición de competencia” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada.*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 691 y 694, defiende, de *lege ferenda*, que la autorización de competir con la sociedad deba estar motivada como manera de “atenuar la excesiva discrecionalidad de que disfruta la Junta general”.

⁹²⁷ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad.*, cit., p. 467, sostiene que constituyen requisitos de la autorización o dispensa, sintéticamente, los siguientes: i) La exigencia de transparencia plena con *disclosure* del interesado al órgano autorizante, ii) Cuando la autorización se produzca en el órgano de administración, éste deberá examinar su propia competencia con el fin de resolver el conflicto dentro de las actividades propias del objeto social, iii) Las autorizaciones deben ir acompañadas de un debate previo y requieren de un acuerdo mayoritario, iv) La autorización no puede ser discrecional sino que deber ser guiada por el interés social, v) La mayoría autorizante debe estar compuesta por personas con independencia de criterio, lo que comporta un deber de abstención de los interesados, vi) Cuando el conflicto sea autorizado por el órgano de administración, los administradores darán conocimiento del conflicto y de su autorización a los socios, y vii) Las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado y expreso, referidas a supuestos concretos y determinados.

⁹²⁸ JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...” cit., p. 423, señala “Así, no cumpliría con la norma la única votación dirigida, al mismo tiempo, al nombramiento de un administrador y a la concesión de la dispensa para competir. De esta manera, la ley viene a considerar que la autorización siempre constituye un asunto “sustancialmente independiente” de cualquier otro, que exige una votación *ad hoc* para garantizar que la voluntad de los socios se dirige, exclusivamente, hacia ese extremo”.

⁹²⁹ Así la STS de 26.12.2012, señalaba que “la autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la Junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses”.

⁹³⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores...”, cit., p. 666. En relación a la prohibición de dispensa tácita se ha venido pronunciando la generalidad de la doctrina, así -entre muchos otros- se citan a EMBID IRUJO, J.M., “Art. 65. Prohibición de...”, cit., pp. 691 y 692; ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada”, en PAZ-ARES, C (Coord.), *Tratado de la Sociedad...*, cit., p. 743; RIBAS FERRER, V., *Aproximación del deber de...*, cit., p. 467 y ss.

se contrapone a la concesión tácita, pero no obsta a que se autorice la conducta de que se trate aunque no se utilice el término “dispensa” u otro similar si queda clara la voluntad del órgano (bien sea la Junta o el órgano de administración) de permitir la conducta al administrador en conflicto.

4.6.4. El acuerdo de dispensa debe adoptarse de forma autónoma y específica, para cada caso concreto sin que resulte admisible la dispensa genérica.

El art. 230.2 LSC parte de que la dispensa será “en casos singulares”, para “una determinada transacción”, el uso “de ciertos activos” o el aprovechamiento de “una concreta oportunidad de negocio”. Por consiguiente, la dispensa debe abarcar supuestos concretos y determinados y debe tener carácter individualizado y expreso. La sociedad debe poder decidir sobre la pertinencia de autorizar o no cada operación afectada por un conflicto, dado el carácter mutable de las circunstancias.

Es más, incluso aunque se haya obtenido la dispensa debidamente, dicha concesión puede anularse posteriormente, si se considera conveniente. La dispensa concedida no es perpetua ni otorga la seguridad de que dicha actividad siempre estará permitida. En sentido similar, el conocimiento de los socios de la realización por el administrador conflictuado de una actividad que entra en conflicto con la que constituye el objeto social no puede ser asimilado, en la medida en que no reviste el carácter de acto expreso, a un acuerdo de dispensa⁹³¹.

Por consiguiente, quien desempeña actividades conflictuales desprovistas de autorización expresa no puede ampararse en que ha procedido a la realización de aquellas a la vista y con el conocimiento del principal, sin perjuicio de que tal circunstancia, debidamente probada, pueda tener consecuencias en el plano de la responsabilidad, derivadas del ejercicio abusivo del derecho de reclamar por parte de la sociedad.

4.6.5. Inocuidad de la operación para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

Se trata de una garantía de que la sociedad no permitirá o concederá dispensa para negocios que resulten ruinosos para la sociedad, perjudicando su patrimonio social o que, al menos, aunque supongan un perjuicio, se realicen en condiciones de mercado y en condiciones de transparencia. La dispensa debe darse adoptando las medidas necesarias para poder salvaguardar los intereses de la sociedad.

Este requisito, también denominado “requisito de la equidad” o *fairness*, impone que la transacción para cuya realización se dispensa al administrador conflictuado, no debe ser lesiva para el patrimonio ni para los intereses de la sociedad. Y la mejor forma de garantizar su carácter inocuo es que el importe del negocio sea equitativo y se concierte

⁹³¹ En tal supuesto se pronuncia la STS de 5.12.2008 señalando que “...la sentencia de esta Sala que hoy esgrime la recurrente sienta la doctrina sobre la exigencia de la condición formal del acuerdo expreso como medio legal para la exención de la prohibición, señalando que la Junta general de la sociedad, conociendo las actividades competitivas del administrador ha de autorizar expresamente a ejercerlas. En el caso que nos ocupa, tal autorización no existe, y el conocimiento de la actividad que alega el recurrente no sustituye al acuerdo que ha de ser, no solo expreso, sino concreto...”

en condiciones de mercado, esto es, en las mismas condiciones en que se hubiera realizado con un tercero que no fuera el administrador⁹³².

4.7. Efectos de la dispensa: revocabilidad y ratificación de actos desleales.

Los requisitos enumerados para la adopción del acuerdo de dispensa por el órgano correspondiente son de obligada concurrencia. La adopción de un acuerdo sin revestir las formalidades y presupuestos materiales señalados permitirían la incoación de acciones encaminadas a destruir la virtualidad del mismo.

Ahora bien, se ha señalado⁹³³ la posibilidad de que, a través de reglamentos internos, códigos de conducta o acuerdos de carácter general, se puedan realizar dispensas no singulares sino que abarquen determinadas categorías de negocios, siempre que la ley no indique otra cosa y la autorización se condicione al cumplimiento del contenido esencial de los deberes de los administradores.

No obstante la aparente contrariedad, no puede decirse que la práctica señalada constituya una excepción a la regla de que la dispensa sea específica, para cada caso concreto, y de que con ello se admita, a través de instrumentos intra societarios, una dispensa genérica. La razón de admitir que la dispensa acoja tal supuesto descansa, de nuevo, en planteamientos operacionales y en el ánimo de no obstaculizar el funcionamiento societario regular. De ahí que tales prácticas se muevan en el marco de sociedades con grandes volúmenes o de admisión de supuestos conflictuales en actividades residuales que, aun coincidentes con su objeto social, han perdido interés para la sociedad.

El acuerdo favorable a la dispensa debe ser adoptado con la abstención del administrador, si es socio⁹³⁴. Ahora bien, el acuerdo adoptado sin observar los presupuestos señalados, como cualquier otro acuerdo, puede ser impugnado por los sujetos y causas mencionadas en el art. 204 LSC, bien por el carácter relevante del acuerdo, o bien por tratarse de un acuerdo que, por incumplir los presupuestos exigidos, lesiona el interés social.

En efecto, la falta de cumplimiento de los requisitos procedimentales especialmente previstos para el caso (acuerdo expreso y separado) han de tener carácter relevante a los efectos del art. 204.3.a) LSC, dada la importancia que les atribuye el legislador a la vista de cuál es la finalidad pretendida, esto es, la preservación del interés social y el cumplimiento del deber de lealtad por los administradores. Pero también cabe un juicio sobre el fondo y someter al juez la posible incompatibilidad del acuerdo mayoritario de

⁹³² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230”, cit., p. 296.

⁹³³ RIBAS FERRER, V., *Aproximación del deber de...*, cit., p. 468.

⁹³⁴ JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...”, cit., p. 424., señala el autor que “Puede surgir la duda acerca de si el administrador afectado debe abstenerse en este supuesto, a la luz del art. 190 LSC. El precepto establece que no existe conflicto de intereses ni, por tanto, deber de abstención en “los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad”. Esta última mención debería llevar a entender que rige aquí, sin embargo, el deber de abstención, porque la propuesta de cese está motivada por la actividad competitiva del administrador en relación con el cumplimiento de sus deberes de lealtad, lo que trasciende la mera “posición que ostenta el socio en la sociedad”. Con todo han de mantenerse las cautelas sobre la legitimación para apreciar la situación de conflicto, con el efecto de privación del voto.

dispensa con el interés social según el régimen legal atendidas todas las circunstancias que concurran en el caso⁹³⁵.

La autorización del administrador para realizar una conducta o un acto o negocio jurídico en conflicto de intereses legitima al administrador para su ejecución en los estrictos términos, expresos y singulares, de la autorización creando una legitimación *ad hoc* que priva a la conducta de toda presunción de antijuricidad. Consiguientemente, el administrador interesado puede alegar el acuerdo de autorización como excepción frente a acciones interpuestas por la sociedad, sean de nulidad o de responsabilidad, basadas en la infracción del deber de lealtad.

Ahora bien, lo señalado en el párrafo anterior entra en aparente contradicción con lo prevenido en el art. 236.2 LSC que proclama la responsabilidad de los administradores aun en el caso de que el acto lesivo para la sociedad haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta. Del precepto parece inferirse que la presunción que la dispensa otorga al acto autorizado por el administrador no purga, purifica o sana la actuación conflictuada dispensada, y ello con independencia de que la dispensa se haya concedido cumpliendo todas las formalidades formales y materiales exigidas.

De este modo, de una lectura autónoma e individualizada del art. 236.2 LSC -y, por tanto y a los efectos que ahora tratamos, desconectada y descontextualizada del art 230 LSC- cabe sentar que si la junta otorga una dispensa permitiendo que el administrador pueda realizar un acto o conducta que se considera lesiva para la sociedad, dicha autorización, por mucho que haya cumplido las exigencias legales previstas en el art. 230 LSC, no eximirá al administrador de su responsabilidad ni evitará, por tanto, que pueda ser objeto de la correspondiente acción de responsabilidad.

Decimos “descontextualizada” porque de la lectura del referido art. 236.2 LSC puesta en conexión con el art. 230 LSC -e incluso con el art. 161 LSC⁹³⁶- no puede inferirse tal

⁹³⁵ Si se tratan de una serie sucesiva de operaciones que se realizan dentro del curso ordinario de los negocios y son operaciones que requieren autorización no es necesario aprobar individualmente cada operación, es suficiente que los administradores desinteresados autoricen los aspectos o términos relevantes del negocio. En este sentido, *ALI, Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.09(a), señala los siguientes ejemplos: “Ejemplo 1: La Sociedad X vende normalmente inmuebles excedentes a sus empleados. El consejo de administración adopta un criterio que incorpora a una reglamentación interna según la cual cualquier ejecutivo puede adquirir propiedades que la sociedad haya acordado que es excedente para sus necesidades a su coste original (de producción o coste histórico)”, “Ejemplo 2: La Sociedad X, que desarrolla la actividad de transporte aéreo de pasajeros, adquiere el combustible necesario en los aeropuertos de destino liquidando mensualmente el importe del carburante adquirido. El consejo de administración adopta una regla según la cual los empleados y ejecutivos pueden tener intereses en los proveedores de carburantes a la sociedad, siempre y cuando existan otros dos vendedores que sirvan de comparación en cada aeropuerto y que vendan el carburante al mismo precio”.

⁹³⁶ Así señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J, en entrada blog *Almacén de Derecho* rubricada “La relación entre la responsabilidad de los administradores y las instrucciones de la junta” comentando el trabajo de JUSTE MENCÍA, J., “Algunas reflexiones sobre las instrucciones de la Junta en materia de gestión y la responsabilidad de los administradores”, en JUSTE MENCÍA, J / ESPÍN GUTIÉRREZ, C (Coord.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum en honor a Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 395 ss., que “De acuerdo con el art. 236 LSC, la autorización o aprobación de la junta no exime de responsabilidad a los administradores. De acuerdo con el art. 161 LSC, la junta puede dar instrucciones a los administradores. El problema es, pues, cómo cohonestar ambos preceptos porque parecen colocar a los administradores sociales en un *catch-22*: incurren en responsabilidad tanto si atienden a las instrucciones de los socios – y de su cumplimiento

interpretación en referencia a la exigencia de responsabilidad por actos en conflicto que han sido autorizados, dispensados o ratificados por la Junta siempre que esta haya contado con toda la información al respecto y, cumplidos, los presupuestos señalados para la concesión.

El argumento contrario, es decir, si la dispensa no sana la exigencia de antijuridicidad de la conducta, permite preguntarnos ¿de qué sirve conceder una dispensa para el ejercicio de una actividad si, posteriormente a su concesión, la sociedad puede exigir la responsabilidad al administrador por la conducta a cuya realización le ha autorizado? A mayor abundamiento, debiendo ser la concesión de la dispensa expresa, exigir posteriormente responsabilidad por una actuación conocida, tolerada y autorizada por el órgano que acuerda y otorga la dispensa, conculca la propia doctrina de los actos propios “*venire contra factum proprium non valet*”⁹³⁷.

El administrador dispensado puede dedicar esfuerzo y tiempo en planificar, elaborar y ejecutar la actividad que está autorizado a realizar. Ello le ha generado una racional expectativa legítima en relación a dicha actividad. Hacerle responder posteriormente por ello hace presumir un comportamiento contrario a la buena fe⁹³⁸ de la sociedad siempre que el administrador haya dado cumplimiento a su deber de *disclosure*, de abstención, en su caso, *fairness* y los restantes presupuestos formales y materiales⁹³⁹.

Pero es que, además, la efectividad del art. 236.2 LSC -en relación con la responsabilidad del administrador dispensado- pondría en tela de juicio la propia naturaleza y validez de la declaración de voluntad en el marco de las relaciones jurídicas privadas y se estaría admitiendo que una manifestación de voluntad exteriorizada por sujetos capaces, no viciada y concordante con la voluntad interna, pudiera perder sus efectos admitiéndose que, el emisor de la declaración, sin motivación y posteriormente a emitir su voluntad favorable, impugne su validez separándose de aquella manifestación de voluntad. Y ello aunque haya habido lesión siempre que, la posibilidad de lesión se conociera al tiempo de la dispensa.

resulta un daño para la sociedad – como si no atienden a las instrucciones de los socios y se les demanda por haber desobedecido a los socios”.

⁹³⁷ Así, señala la STC 21.4.1988 que “La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”.

⁹³⁸ BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos aires. 1986, p. 57 ss., sostiene que “...Una construcción derivada del principio general de la buena fe es la teoría de los propios actos, que se enmarca en los límites que la buena fe impone y que refuerza la seguridad negocial: por lo demás la contradicción con una conducta anterior constituye -en gran número de casos- una infracción al principio general de la buena fe”.

⁹³⁹ En tal sentido, la STS de 30.10.1995 sostiene que “es reiterada doctrina de esta Sala la de que el principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarescer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior”.

Tales argumentos permiten advertir que el régimen de dispensa merece un tratamiento específico⁹⁴⁰ en cuya virtud, al administrador dispensado por la Junta⁹⁴¹ -en la forma y con los requisitos señalados- no le puede ser exigida responsabilidad cuando, con conocimiento de todos los extremos de la actividad en conflicto, se le autorizó o dispensó expresamente y este desarrolló aquella actividad bajo el amparo de tal dispensa. Por consiguiente, la dispensa regulada en el art. 230.2 LSC constituiría un acto especial de autorización, al que no cabría aplicar el art 236.2 LSC⁹⁴².

Por lo demás, no parece razonable jurídicamente -amén de terrible para la seguridad del tráfico- sostener que el art. 236.2 LSC permite hacer responder a los administradores por actos realizados en conflicto con la sociedad, aun habiendo provocado lesión a la misma, cuando la realización de tales actos -con conocimiento de todos los extremos, incluido el riesgo de que se produjera tal lesión- hubiera sido expresamente autorizada por el órgano soberano y titular de la sociedad⁹⁴³. Mas al contrario, la dispensa admite presumir un

⁹⁴⁰ La doctrina se muestra dividida en esta cuestión, así EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad...”, cit., p. 297, sostiene “Ahora bien, ello no puede hacer olvidar que el art. 236.2 LSC proclama la responsabilidad de los administradores aun en el caso de que el acto lesivo para la sociedad haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta. De este modo, si la junta otorga una dispensa permitiendo que el administrador pueda realizar un acto o conducta que se considera lesiva para la sociedad, dicha autorización, por mucho que haya cumplido las exigencia legales previstas en el art. 230 LSC, ello no eximirá al administrador de su responsabilidad ni evitará, en suma, que pueda ser objeto de la correspondiente acción de responsabilidad. Además, tampoco impedirá que si la dispensa no fue acordada válidamente por no ser respetado el procedimiento previsto para ello, el acuerdo en el que se adoptó sea objeto de impugnación”.

⁹⁴¹ El art. 236.2 LSC se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que el acto lesivo haya sido “adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general” y no, por tanto, cuando el acuerdo de dispensa provenga, en los supuestos en los que el art. 230 LSC admite su competencia, del órgano de administración.

⁹⁴² DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflicto de...”, cit., p. 6, señala que “De acuerdo con la regla general, la autorización o ratificación por la junta de un acto lesivo no exonerará de responsabilidad a los administradores (artículo 236.2 de la LSC). Si esta regla fuera de aplicación en nuestro caso habría que concluir que la dispensa concedida al administrador para realizar transacciones con la sociedad no le exoneraría de la responsabilidad por los daños causados, ni siquiera cuando proviniera de la junta. Ahora bien, la específica y detallada regulación legal de la dispensa de las prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 de la LSC apuntaría en una dirección diferente. En efecto, la autorización prevista en el artículo 230.2 de la LSC se acompaña de un conjunto de garantías y condiciones que la hacen probablemente merecedora de una especial consideración desde el punto de vista de sus efectos exoneratorios. En este sentido podría argumentarse que si el administrador comunicó la situación de conflicto en la que podría encontrarse si llegara a realizar determinada transacción, proporcionó la información precisa y solicitó la correspondiente autorización de la compañía, habría cumplido con las obligaciones derivadas de su deber de lealtad. De modo que no podría exigírsele responsabilidad por infracción de este deber una vez dispensada la prohibición mediante un válido acuerdo social (de junta o de consejo, según sea el caso

⁹⁴³ MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 106, sostiene, con gran criterio, el autor que “En relación con los efectos de la dispensa hay que partir de la regla general del artículo 236.2 LSC, en virtud de la cual el administrador queda eximido de su responsabilidad por el hecho de que su conducta haya sido aprobada o ratificada por la Junta. Sin embargo, las garantías que tiene que seguir el administrador conflictuado son tan exhaustivas que podría defenderse que cuando un administrador único o solidario que celebra el contrato por sí solo obtiene la dispensa para la celebración de un negocio o la práctica de una conducta no está en realidad «tomando una decisión», sino más bien está actuando como un mero *nuntius*, en ejecución de un acuerdo adoptado por el órgano soberano de la sociedad. Esta tesis, no aplicable si el órgano que concede la dispensa es el órgano de administración, permitiría eximir al administrador de la regla general del artículo 236.2 LSC. Pensemos a tal efecto en que esa dispensa, concedida por el órgano competente, previa la información necesaria, debe ser expresa, para un acto concreto, adoptada por las mayorías necesarias... la libertad del administrador para contratar, y en consecuencia su responsabilidad por dicho contrato desaparece en el momento en que tiene que sujetarse a la dispensa”.

efecto de renuncia a toda acción que proponga la exacción de responsabilidades por actos o conductas conocidas, toleradas y autorizadas.

Otra cosa sería ubicar la finalidad del precepto -art. 236.2 LSC- en la prohibición de que el consejo de administración traslade a la Junta la decisión que a él corresponde, de acuerdo con la distribución ordinaria de competencias, con el ánimo de exonerarse de responsabilidad acudiendo a la Junta para que sea ésta la que, con menor conocimiento y seguimiento del asunto -pues corresponde su tratamiento y decisión al Consejo-, autorice, adopte o ratifique la decisión⁹⁴⁴.

La finalidad del art. 236.2 LSC no es la de permitir exigir responsabilidad sobre actos a cuya realización ha sido autorizado o dispensado el administrador, sino la de prohibir las dispensas de actos abiertamente lesivos para la sociedad poniendo el énfasis en la inhabilidad de la sociedad para autorizar actos o conductas autolesivas⁹⁴⁵. Responde dicha norma, por tanto, a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos (contrarios a la ley, a los estatutos o a sus deberes generales) que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique⁹⁴⁶.

Cabe, por último hacer referencia a la dispensa específica de prohibición de competir que ha merecido de un tratamiento autónomo. A la dispensa de tal conflicto permanente se refiere el art. 230.3 LSC que, en todo caso y, de nuevo por su significativa trascendencia, deberá realizar, exclusivamente, la Junta general. El precepto prohíbe la dispensa si de la actividad competitiva puede resultar daño salvo que éste se vea compensado por el beneficio que la actividad competitiva reporte.

El referido apartado hace referencia, asimismo, al carácter revocable de la dispensa⁹⁴⁷ de la prohibición de competir y consagra el carácter permanentemente subordinado de la dispensa al mantenimiento de las condiciones que permiten augurar la falta de daño para el patrimonio social. La norma distingue la prohibición de competencia de otras dispensas

⁹⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, en entrada de su blog *Almacén de Derecho* rubricada “La relación entre la responsabilidad de los administradores y las instrucciones de la junta”, cit., señala que “¿Cuál es el sentido del art.236.2 LSC? Evitar que los administradores puedan librarse de su responsabilidad con el expediente de “endosar” a los socios las decisiones que deben tomar ellos de acuerdo con la distribución de competencias. Esta conducta de los administradores es desleal por un lado, porque los socios no estarán normalmente en condiciones de información e incentivos para adoptar la mejor decisión posible y, por otro, porque se les atribuyeron esas competencias a los administradores (separación entre propiedad y control) por una buena razón y es ésta el carácter de especialistas en gestión de los administradores. Por tanto, “no existe dificultad alguna para que el art. 236.2 LSC se aplique... (cuando)... la competencia sea exclusiva de los administradores, que no podrán exonerarse declinando su responsabilidad en otro órgano”.

⁹⁴⁵ Así, sostiene la SJMerc nº 2 de Palma de Mallorca de 30.5.2016 que “...si bien la aprobación de la gestión del órgano de administración por la Junta General no impide que se le pueda exigir responsabilidad a los administradores de acuerdo a lo dispuesto en el art. 236.2 LSC, sin embargo, ... no tendría sentido que quien ha autorizado el acto votando a su favor en la Junta General exija después responsabilidad por ese acto a quien lo ha ejecutado (al administrador), y en particular cuando ese socio tiene conocimiento, a la fecha de aprobación de la gestión, de los hechos sobre los que posteriormente reclama”. En sentido similar, tampoco puede la Junta general ratificar una conducta del administrador consistente en invocar el nombre de la sociedad para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, puesto que dicha conducta es indispensable, si bien por omisión, conforme a lo prevenido en el art. 230 LSC.

⁹⁴⁶ STS de 20.7.2010.

⁹⁴⁷ Art. 230.3-2º “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”.

por ser la única que no se refiere a un caso singular sino a una actividad que se mantiene en el tiempo.

Un cambio de circunstancias, o incluso la comprobación de que el presupuesto de la dispensa varía respecto del tenido en cuenta inicialmente por los socios, permite que cualquier de ellos pueda plantear en la Junta el cese del administrador competidor⁹⁴⁸. Basta con que “el riesgo de perjuicio haya devenido relevante”. Y si el administrador compitiera sin previa dispensa de la Junta la norma sería asimismo aplicable, además de recaer sobre él las demás consecuencias de su actuación desleal.

En este último caso en el que el administrador ha realizado actividades competitivas sin haber sido dispensado sino que esta se solicita *a posteriori* plantea algunos problemas en relación a la calificación de los actos ya ejecutados y a la dispensa sanatoria de los mismo, esto es, la ratificación. La ratificación consiste en el acto jurídico que regulariza un comportamiento interesado del administrador que no había sido previamente autorizado⁹⁴⁹.

Cabe señalar, *obiter dicta*, que en situación de conflicto de intereses no existe poder de representación. Y no lo hay porque la concurrencia del conflicto quiebra la naturaleza propia de la relación representativa⁹⁵⁰. Por lo demás, resulta lógico y congruente con la responsabilidad que se confía al administrador, que la sociedad requiera cumplida explicación de por qué el administrador en conflicto no solicitó la aprobación oportuna y si la actitud de colaboración momentánea no responde a que ya no puede seguir ocultando su comportamiento desleal y ahora con la notificación del conflicto persigue un interés personal.

El problema surge cuando, actuando el administrador de sociedades en conflicto de interés, aunque carezca de poder de representación, el tercero, desconociendo aquella circunstancia y, por tanto, actuando de buena fe, queda amparado por la protección que al mismo dispensa el art. 234.2 LSC y, por ende, quien quedará obligado frente a tal tercero, no es el administrador conflictuado y desleal, -contra quien, obviamente, la sociedad podría actuar para exigir responsabilidades- sino la propia sociedad.

Se infiere pues que el acto de ratificación de una conducta conflictuada no altera el sujeto -legalmente- responsable que, en todo caso, será la sociedad (sin perjuicio de, en su caso, la repetición de acciones contra el sujeto -realmente- responsable) sino que posibilita un

⁹⁴⁸ JUSTE MENCÍA, J., “Art. 230. Régimen de imperatividad y...”, cit., p. 424, señala, en relación a la Junta que “...La Ley indica que la Junta resolverá a instancia de cualquier socio, expresión ésta que puede entenderse referida a la Junta ya convocada, en cuyo seno se plantea la propuesta del socio, o a una Junta aún no celebrada, con lo que la norma estaría ampliando los supuestos de legitimación para solicitar la convocatoria de una Junta General. Así, cabe entender que cualquier socio puede dirigirse al órgano de administración para instar la convocatoria de la Junta. Aunque la ley no establece la obligación de atenderla (cfr. art. 168 que reserva el derecho a la minoría), ni prevé expresamente el recurso a la convocatoria judicial (art. 169), los administradores deberán evaluar cuidadosamente si la convocatoria no es necesaria para los intereses sociales (cfr. art. 166), habida cuenta del posible conflicto que les afecta y que puede suponer daños para el patrimonio o el interés social. Si la propuesta se lleva a cabo durante la Junta general, será obligatorio para la mesa (como en cualquier supuesto de cese, cfr. art. 223.1 LSC, art. 228.1 LSC), la votación del acuerdo”.

⁹⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo I, ed. Dykinson. Madrid. 2010. p. 303.

⁹⁵⁰ Así lo señala la DGRN que en Resolución de 28.4.2015 sostiene que no existe poder de representación en situación de conflicto de interés y ello aunque el representante ostente la facultad para celebrar en condiciones normales el acto de que se trate.

escenario de purga o liberación de responsabilidad al administrador por los actos o conductas realizadas. La ratificación no tiene, pues, efectos externos sino meramente internos.

No obstante el acto de ratificación, sujeto a idénticos requisitos que los señalados para la concesión de la dispensa⁹⁵¹, impone un examen más detenido que incluye un juicio valorativo de la conducta desplegada que, salvo justificación acreditada, puede hacer tambalear la propia relación fiduciaria. Y ello es así, porque para que haya ratificación tiene que existir un previo incumplimiento del deber de lealtad por el administrador que realizó dicha conducta.

De entrada, habrá incumplido su deber de evitar incurrir en conflictos de intereses -art. 228.e) LSC-. Habrá incumplido, asimismo, su deber de comunicar el conflicto, o peor aún, si lo comunicó y no obtuvo la dispensa y, aun así, realizó los actos o conductas en conflicto no autorizadas, parece difícil imaginar que se pudiera dispensar una conducta que adolece de un componente doloso tan significativo. Otro deber incumplido será el de abstenerse de participar en la deliberación y votación de que se trate de modo que el acuerdo adoptado será impugnabile conforme al art. 204 LSC.

La concesión de la ratificación supone sanar el acto o conducta *ab initio*, como si nunca se hubiere producido la deslealtad por parte del administrador, pero para ello se impondrán los siguientes requisitos: i) al igual que en los supuestos iniciales de dispensa, en los casos de ratificación el administrador deberá informar de todos los hechos que tengan relevancia en los actos o conductas conflictuadas⁹⁵², ii) el interesado deberá justificar debidamente su retraso por el cumplimiento extemporáneo de sus deberes de lealtad, y iii) el órgano competente para ratificar, sea el de administración o la Junta general⁹⁵³, deberá tomar una decisión expresa e individualizada.

En cuanto a los efectos de la ratificación, además de los efectos sanatorios, tiene efectos retroactivos⁹⁵⁴ de suerte que purga todos los actos presentes y anteriores que hayan sido objeto del correspondiente deber de *disclosure*⁹⁵⁵. En efecto, la ratificación legitima la conducta del administrador frente a la sociedad, de forma que mientras ésta no acredite

⁹⁵¹ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de...*, cit., p. 479, “La admisión de la ratificación reside en los mismos presupuestos que la autorización: una situación conflictual en la cual el principal valora los riesgos de lesión para sus intereses y decide si la conducta adoptada resulta conveniente o necesaria al interés social”.

⁹⁵² PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de...*, cit., p. 90.

⁹⁵³ Dada la trascendencia de la cuestión así como la valoración del posible obrar desleal del administrador que solicita la dispensa a posteriori, un amplio sector de la doctrina entiende que la decisión acerca de la concesión de la ratificación, aun en materias o asuntos competencia del órgano de administración, debe quedar reservada a la Junta General. Así lo hacen RIBAS FERRER, V., “Artículo 230. Prohibición de competencia”, en ROJO, A / BELTRÁN E.M (Coords)., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 1625 ss., y también PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., p. 136 ss.

⁹⁵⁴ Ahora bien, y como señala la Resolución de la DGRN de 2.12.1998, la ratificación no puede retrotraer su eficacia a un momento previo o inicial cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero.

⁹⁵⁵ Como señala MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J: “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...” cit., p. 116, “(...) no deben confundirse los efectos de la ratificación o dispensa *a posteriori* con los de la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad del art. 238.2 LSC (que por cierto exige que no se opongan a ello socios que representen el 5% del capital social). La renuncia a la acción social de responsabilidad no sana la deslealtad en que incurrió el administrador al celebrar el contrato no obstante el conflicto de intereses que le afectaba, pero supone un gran logro para el administrador, que obtiene el compromiso por parte de la sociedad de no exigirle responsabilidad por dicha conducta”.

vicios en el procedimiento (v.gr. la reticencia conocida en elementos relevantes o mala fe del interesado, autorización contraria al interés social, etc.) o el fondo (acuerdo contrario al interés social) no cabe exigir las sanciones derivadas de la deslealtad⁹⁵⁶.

5. Régimen de personas vinculadas a los administradores.

El art. 229.2 LSC extiende el deber de abstención del administrador ante la concurrencia de situaciones conflictuales, a los casos en que el beneficiario de las mismas sea una persona vinculada al administrador porque, en tal caso, se daría asimismo autocontratación tratándose, tal extensión de la prohibición, de una medida necesaria de cautela para evitar la autocontratación indirecta⁹⁵⁷.

La relación de sujetos a los que la ley considera “personas vinculadas” se hace en el art. 231 LSC⁹⁵⁸ rubricado “personas vinculadas a los administradores” que incluye a los allegados al administrador -en letras a), b) y c)- y a las sociedades controladas por este -letra d)-⁹⁵⁹. Por consiguiente, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 LSC como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 LSC.

La relación de personas vinculadas pueden encuadrarse en tres grupos: i) los vínculos familiares, ii) las vinculaciones de naturaleza societaria y, iii) administrador de hecho, liquidadores y apoderados generales. Las personas vinculadas al administrador persona física -cónyuge, ascendientes o descendientes- son aquellas con quienes concurren nexos

⁹⁵⁶ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de...*, cit., p. 481.

⁹⁵⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, cit., pp. 1009-1010.

⁹⁵⁸ La relación de personas vinculadas al administrador que enumera el art. 231 LSC puede clasificarse de la forma siguiente: 1º. Respecto del administrador persona física tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores las siguientes: a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad: la expresión incluye, como se hace en otras ramas del Derecho privado, a las personas unidas en matrimonio o por otra relación de afectividad de carácter análogo. Se entiende, bajo esta expresión, a las parejas de hecho y a las que conviven en un mismo domicilio sin haber contraído matrimonio, b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador: siendo congruente, en atención a lo prevenido en la letra anterior, extender la prohibición hacia los ascendientes, descendientes y hermanos de la persona que esté unida por similar relación de afectividad que el cónyuge con el administrador, c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador: extensión subjetiva que revela la exhaustividad del legislador al relacionar las personas vinculadas con el administrador. d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el art. 42.1 del CdC. 2º Respecto del administrador persona jurídica tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores las siguientes: a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el art. 42.1 CdC, b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica, c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios, d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo ya señalado respecto del administrador persona física.

⁹⁵⁹ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, cit., p. 56, insiste en “el carácter defectuoso de dicha delimitación” señalando que “la anomalía es manifiesta” en la medida en que “abre un agujero valorativamente insoportable en la definición de personas vinculadas», dejando fuera de ella tres casos particularmente relevantes o sangrantes, a saber: (i) las entidades en las que el administrador desempeña funciones ejecutivas y/o posee una participación significativa: (ii) las entidades en que los allegados al administrador desempeñan funciones ejecutivas y/o poseen una participación significativa: y (iii) los socios que hayan designado o promovido la designación del administrador (imagínese, por ejemplo, el supuesto de los directivos de la sociedad matriz nombrados administradores en la filial)”.

de tal trascendencia que devienen idóneos para condicionar o influir de manera relevante en su actuación⁹⁶⁰.

Se extiende la prohibición al administrador persona física a las sociedades en las que el administrador se encuentre en algunos de los supuestos del art. 42.1º CdC, ya sea por sí o por persona interpuesta. Estamos, por tanto, ante relaciones indirectas en las que la relación existente entre el administrador y el tercero se desenvuelve en el ámbito societario.

En cuanto a las personas vinculadas al administrador persona jurídica incluye aquellos supuestos de relaciones indirectas que se plantean respecto del administrador persona jurídica y las personas físicas o jurídicas vinculadas a ella. El caso ha sido contemplado en relación a cuatro grupos de personas vinculadas: i) los socios de control de la personas jurídica administrador, ii) los administradores y otros gestores de la misma, iii) las sociedades que forman parte del mismo grupo y, iv) las personas vinculadas al representante del administrador persona jurídica⁹⁶¹.

Pues bien, la actuación mediante persona interpuesta consiste en que es ésta última la que celebra el negocio en base a una relación de colaboración, de gestión o de fiducia, según la cual el tercero se compromete a realizar frente al principal un negocio o actividad por cuenta del representante interesado⁹⁶². No obstante, su reconocimiento legal en sede de deberes de los administradores, el legislador no define el concepto de interposición por lo que será determinante la valoración -casuística- de la vinculación entre tercero y administrador.

En cualquier caso, el precepto no ha contado con el favor de la doctrina⁹⁶³ y parece tratar de cumplir el expediente en relación a la cuota de seguridad jurídica⁹⁶⁴. Y es que, en la

⁹⁶⁰ Las operaciones con partes vinculadas han merecido también la atención del legislador europeo. Así, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, sostiene en su art. 9 *quáter* núm. 4 que “Los Estados miembros garantizarán que las operaciones importantes con partes vinculadas cuenten con la aprobación de la junta general o del órgano de administración o de supervisión de la sociedad con arreglo a procedimientos que eviten que una parte vinculada se aproveche de su posición y proporcionen una protección adecuada de los intereses de la sociedad y de los accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los accionistas minoritarios”. “(...) Cuando las operaciones con partes vinculadas participe un administrador o un accionista, este no participará en la aprobación o la votación”.

⁹⁶¹ SAP de Sevilla de 15.11.2013

⁹⁶² BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas...”, cit., p. 268, señala la autora que “El conflicto de intereses indirecto, a través de persona interpuesta, ha sido previsto en relación con “la autoentrada” del mandatario, a través de la expresión “persona intermedia” (art. 1459 CC).

⁹⁶³ Así, se ha señalado el dudoso criterio seguido para la adscripción de las personas vinculadas a las dos categorías en que se divide el precepto, el administrador persona física y el administrador persona jurídica, ya que resulta significativo el hecho de que los administradores de hecho, los liquidadores y los apoderados generales, se consideren personas vinculadas al administrador social pero no al individual. PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 51, sostiene que “...en el estado actual de la evolución doctrinal y jurisprudencial hubiera sido deseable una relación más precisa y clara de las personas sobre las que recaen los deberes de diligencia y lealtad”

⁹⁶⁴ No faltan autores, así lo hace DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de...*, cit., p. 183, que entienden que “lo más adecuado hubiera sido seguir el Proyecto remitido por el Gobierno, es decir, no incorporar esta norma, de modo que fueran los operadores jurídicos, los jueces en último lugar, quienes determinaran las personas que tienen que considerarse vinculadas (con el administrador)”.

relación legal no se incluyen algunos supuestos evidentes de personas vinculadas, como los administradores ocultos o los accionistas de control⁹⁶⁵. Además no existe un paralelismo entre las personas vinculadas al administrador individual o social.

De la omisión de los referidos supuestos, no extraños en el tráfico, parece inferirse que la enumeración del art. 231 LSC, debe entenderse como una relación abierta y no como un *numerus clausus*⁹⁶⁶. Pero también, en la medida en que se trata de una norma prohibitiva y, por ello, no admitiendo una interpretación extensiva, cabe sostener lo contrario. Tal asimetría argumental no ha sido resuelta por los pronunciamientos jurisprudenciales⁹⁶⁷. En cualquier caso, cabe señalar que es el administrador, y solo él, el destinatario del deber de lealtad y no la relación de personas vinculadas⁹⁶⁸ y, si bien las personas vinculadas al administrador quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 LSC, no quedan, por el contrario, afectadas por la privación de voto, que el art. 190 LSC circunscribe exclusivamente al socio o socios afectados⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ Figuras que ya señalaba el Informe Aldama que debían incluirse dentro de la extensión subjetiva de los deberes de lealtad, Apart. 2.3., que ya se manifestaba en los siguientes términos: “otro elemento decisivo para incrementar la seguridad de los mercados a través de la responsabilidad por infracción de los deberes de lealtad vendría dado por la extensión subjetiva de aquellos deberes cuya naturaleza lo permita a quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar”.

⁹⁶⁶ La doctrina se muestra dividida a la hora de considerar el listado del art. 231 LSC como un auténtico *numerus clausus* que vede la posibilidad de considerar persona vinculada a otros sujetos que los señalados en tal precepto. Así lo hace MAMBRILLA RIVERA, V. / QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los deberes fiduciarios de...”, cit., p. 971. Sin embargo, señala BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés...”, cit., p. 269 que “Por el contrario, otra línea doctrinal sostiene que razones de transparencia y seguridad exigen considerar *numerus apertus* esta lista, ya que se considera la misma excesivamente parca, no incluyendo, por ejemplo, a algunas de las personas a las que se refería el informe Aldama como los administradores ocultos o los accionistas de control”. Por su parte, RAMOS HERRANZ, I., “El deber de abstenerse de usar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”, *RdS*, núm. 44, 2015, p. 12, sostiene que “Se consideran personas vinculadas con los administradores las señaladas en el art. 231 de la LSC, y nos encontramos ante una lista cerrada”.

⁹⁶⁷ Así, la SJMerc nº 3 de Madrid de 30.10.2013 consideró que, efectivamente, existía conflicto indirecto por los siguientes motivos: “a) Las personas que pueden generar interés extrasocial en los administradores, susceptible de ocasionar conflicto de intereses, no son únicamente aquellas que cita el art. 231 LSC sino que, a los efectos del deber de abstenerse de intervenir, lo relevante es la vinculación objetiva entre intereses y no entre personas”. Por consiguiente asumía que el concepto de conflicto de intereses indirecto no se refiere únicamente a aquellas situaciones en las que existe un concepto de intereses en persona vinculada, sino a una vinculación objetiva de corte más amplia. En sentido diametralmente opuesto, la SJMerc nº 1 de Oviedo de 9.1.2013, al enjuiciar un supuesto similar, consideró que los consejeros no estaban afectados por un conflicto indirecto de intereses puesto que: “a) El artículo 231 LSC resulta de aplicación al artículo 229 LSC de acuerdo con una interpretación sistemática del texto legal, b) Teniendo en cuenta que el artículo 231 LSC es una norma de naturaleza prohibitiva, ésta debe ser interpretada restrictivamente y por tanto entender que la enumeración de supuestos contenida en la misma es *numerus clausus*”. Por tanto, dado que el conflicto indirecto sólo incluye los intereses de las «personas vinculadas» a los administradores en los casos previstos en el artículo 231 LSC, entendió el juzgador que no existía conflicto de intereses, ni aun siquiera indirecto, en el supuesto de hecho.

⁹⁶⁸ Tal planteamiento que no admite la extensión del estatuto de deberes del administrador a personas vinculadas pues son ajenos a la relación de administración ha admitido algún pronunciamiento jurisprudencial contrario, si bien muy residual. Así, la Sentencia de la AP de León de 27.2.2014 señala que el art. 231 LSC considera como persona vinculada al administrador a su cónyuge y por ello “le son de aplicación los deberes del administrador expresados en los arts. 225 a 232 entre ellos el deber de diligencia en la administración previsto en el art. 225.1 LSC y también el de informarse diligentemente en la marcha de la sociedad, al menos en el ámbito de su apoderamiento”.

⁹⁶⁹ STS, Sala de lo Civil, 2.2.2017.

Asimismo, en caso de que el administrador incurra en alguna de esas conductas prohibidas procederá ejercer contra él la acción de responsabilidad del art. 236 LSC, que nunca podrá dirigirse contra las personas vinculadas al no tener éstas ninguna relación ni deber de lealtad para con la sociedad perjudicada⁹⁷⁰. Por ende, no hay responsabilidad alguna de la persona vinculada por la conducta desleal del administrador⁹⁷¹.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, el art. 231 LSC, en los sujetos que contempla, tiene un marco funcional preciso y despliega un importante efecto. En efecto, lo que permite la norma es crear una presunción *iuris et de iure* de la existencia de un conflicto de interés, sobre las personas que relaciona, que exigirá, para la validez de las transacciones en que esas personas intervengan, la previa dispensa o autorización por el órgano competente en la forma prevenida en el art. 230 LSC.

Ello es así en todos los casos, incluso cuando sea notorio que el administrador mantiene una mala relación con una persona. Si dicha persona está en el listado del art. 231 LSC cuando la sociedad, a través del administrador, vaya a contratar con ella, el administrador deberá obtener previamente la dispensa para poder celebrar dicho contrato de modo que se prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 LSC como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 LSC.

Si, por el contrario, las personas con quienes el administrador quiere contratar no son las tasadas en el artículo 231 LSC, la ley no presume la existencia de un conflicto de intereses indirecto (entre la sociedad y las personas con especial relación con el administrador), pero eso no debería excluir la posibilidad de que dicho conflicto de intereses sí que ocurra en la práctica y pueda probarse su existencia demostrando una conexión entre los intereses de ambas partes contratantes⁹⁷².

Por último, en relación al representante de la persona jurídica, queda vinculado, en el ejercicio de sus funciones, a los mismos deberes y obligaciones que quien ejerce el cargo en nombre propio, esto es a todo el cuerpo estatutario contemplado en los arts. 225 a 232 LSC, así como al cumplimiento de cualesquiera particulares obligaciones que marquen la Ley, los Estatutos o los Reglamentos del Consejo⁹⁷³.

Esta interpretación favorable viene apoyada por el tenor literal del apartado quinto del art. 236.2 LSC que confirma la regla general de que el representante está obligado a ejercer las funciones propias del administrador con sometimiento a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador. La extensión del régimen de deberes de los administradores al representante del administrador persona jurídica ha de entenderse integral, quedando asimilado, a todos los efectos, al

⁹⁷⁰ Así, como señala la SAP de Madrid de 22.4.2016 “el administrador infringe el deber de lealtad tanto si el beneficiario por los actos o conductas prohibidas es él, como si es una persona vinculada a él”.

⁹⁷¹ La Sentencia de la AP de Sevilla de 15.11.2013 señala acertadamente al respecto que “...en el caso de que se utilicen personas vinculadas con los administradores para incumplir los deberes de los administradores...” “[...] podrá accionarse contra el administrador, exigiéndole responsabilidad (frente a la sociedad, los socios o terceros), pero no contra la persona vinculada con él, que podrá incurrir en algún otro tipo de responsabilidad si llevara a cabo un comportamiento irregular, pero no responder como si fuera administrador frente a un tercero en lugar del administrador”.

⁹⁷² MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades...”, cit., p. 72.

⁹⁷³ Art 236 LSC.

administrador de derecho, lo que es consecuente y razonable con su actuación pues si actúan como administradores, deben quedar sujetos a su misma disciplina⁹⁷⁴.

⁹⁷⁴ PAZ-ARES, C., La responsabilidad de los administradores...”, cit., p. 78, y HERNANDEZ SAINZ, E., “La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...”, cit., p. 14.

CAPITULO VI. ACCIONES DERIVADAS DE LA INFRACCION DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS POR LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. ACCION SOCIAL E INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. OTRAS ACCIONES.

1. Introducción

Examinada la relación fiduciaria que une al administrador de sociedades con su principal y los deberes fiduciarios que de ella dimanar y que se configuran como una herramienta jurídica dirigida a estructurar mecanismos tendentes a reducir al mínimo las posibilidades de actuaciones de los administradores separadas de sus obligaciones contractuales (diligencia y lealtad), corresponde hacer referencia a los instrumentos legalmente previstos para el caso de que dichos deberes fiduciarios fueran incumplidos por los administradores en el desempeño de sus funciones.

A tal efecto, la Ley 31/2014 ha introducido significativas reformas promoviendo, a su vez, una función delimitadora y una ampliación del régimen de acciones consecuentes a la infracción de los deberes fiduciarios introduciendo asimismo, en el marco de la responsabilidad del administrador, un elemento presuntivo de significativa trascendencia, y es que el art. 236 LSC viene a prever que “La culpabilidad -de los administradores- se presumirá, salvo prueba en contrario...”.

Parece pues que, siendo la inocencia del presunto infractor lo que se presume, en lo que respecta al comportamiento de los administradores puede ser la culpabilidad la que se presume, aunque siempre que se haya actuado de forma contraria a la ley o a los estatutos⁹⁷⁵ por lo que la presunción referida aporta bien poco -en la medida en que, estando predeterminada legal o estatutariamente una conducta, su infracción determinará su culpabilidad *ope imperis*-. No obstante, la referida presunción no alcanza a la infracción de los deberes fiduciarios lo cual puede parecer incongruente o, a juicio del legislador, reiterativo en la medida en que, en ambos casos, los deberes fiduciarios encuentran su razón de ser en la ley o en los estatutos.

El establecimiento de un conjunto de acciones dirigidas al reproche del administrador desleal o negligente obedece a los objetivos generales de velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las compañías, generar confianza en los socios e inversores y mejorar la responsabilidad corporativa⁹⁷⁶. Asimismo, se configura como un medio idóneo de fiscalización de la gestión social haciendo las veces de impulsor del mantenimiento del equilibrio entre el poder efectivo de gestión y la fiscalización del mismo.

A los referidos efectos, las consecuencias que se imponen a los administradores de sociedades por el incumplimiento de los deberes fiduciarios inherentes al desempeño del cargo son las derivadas del conjunto de acciones que se ponen a disposición de la sociedad y que comprenden no solo las consecuencias privadas de naturaleza civil o mercantil sino también las que se proyectan en el ámbito público como el penal o el administrativo.

⁹⁷⁵ MACÍAS RUANO, J.A., “Ámbitos de la responsabilidad de los administradores sociales. De impunes a presuntos culpables” en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B / COHEN BENCHETRIT, A (Dir.), *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, p. 1011.

⁹⁷⁶ MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de lealtad”, en HERNANDO CEBRIÁ, L., (Coord.), *Régimen de deberes y...*, cit., p. 428.

Señalar, de entrada, que el escenario de arbitrariedad o el ámbito dispositivo del juicio empresarial del gestor social admite el error, como no podía ser de otro modo tratándose de una obligación de medios, pero no la negligencia. No obstante, moviéndose el juicio de deslealtad en el ámbito de la infracción de normas imperativas, y salvo dispensa, no se admite conducta alguna que implique la búsqueda voluntaria y consciente del interés particular a costa de una lesión al social⁹⁷⁷.

Tal distinción no es baladí pues, si bien la actuación generadora del daño puede ser dolosa -infractora del deber de lealtad- o culposa -infractora del deber de diligencia-, la exigencia de responsabilidad por la infracción del deber de diligencia no puede ni debe alcanzar idéntica rigidez en el juicio *ex post* que la infracción del deber de lealtad⁹⁷⁸. De hacerlo, esto es de prever duras sanciones para los administradores que causaran daños a la sociedad como consecuencia de sus decisiones de gestión, se estará promocionando la inhibición de los administradores a la hora de asumir riesgos empresariales paralizando u obstaculizando el adecuado desarrollo empresarial.

En el presente capítulo se examinarán las acciones que, en el marco de la infracción de los deberes fiduciarios, el ordenamiento pone a disposición de la sociedad, de socios o de terceros. Entre dichas acciones, por descontado, merecerá especial atención la acción de responsabilidad, no obstante un tratamiento exhaustivo de la misma y de sus efectos procesales, más allá de su delimitación conceptual, de una sumaria explicación de sus presupuestos y su idoneidad para exigir el cumplimiento de los deberes fiduciarios- desbordaría, con generoso exceso, el objetivo, la pretensión y, con mucho, la extensión del presente trabajo.

Merecerán, asimismo, nuestra atención la acción de enriquecimiento injusto, la acción de impugnación, la acción de cesación, la de remoción de efectos y la acción de anulación de los actos y contratos, acciones que, incorporadas a la LSC por la Ley 31/2014 en los arts. 227.2 y 232 -éste último proclama expresamente la compatibilidad de estas acciones con la de responsabilidad-, amplían el espectro sancionador al administrador de sociedades en el marco de los efectos de la infracción de los deberes fiduciarios - señaladamente del deber de lealtad-. Todo ello sin perjuicio de la propia decisión social de la separación o exclusión del administrador que, además de como decisión libre a disposición de la sociedad, se prevé como efecto sancionador al administrador que infringe sus deberes.

El régimen de acciones contra los administradores opera como un instrumento de garantía del cumplimiento de los deberes fiduciarios⁹⁷⁹. Un mecanismo de contención de aquel

⁹⁷⁷ Esto es, como señala VIVES RUIZ, F., “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B / COHEN BENCHETRIT, A (Dirs)., *Derecho de Sociedades...*, cit., p.649, “Allí donde los intereses de los administradores pueden divergir de los de los socios es necesario disminuir los costes de agencia, dotando al derecho de instrumentos eficaces que disciplinen la actuación de los administradores y tipifiquen las conductas sancionables...”. “(...) En los de diligencia, los intereses de los socios y de los administradores tienden a converger, la eficiencia en la gestión empresarial recomienda una mayor benignidad y su amplitud y diversidad exige un campo legal más amplio... y la posibilidad de su modulación por las normas internas de la sociedad aunque no de su completa disponibilidad”.

⁹⁷⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar...*, cit., p. 494.

⁹⁷⁹ SANCHEZ CALERO, F.J., “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad...”, cit., p. 906.

extraordinario poder que detenta el administrador en el engranaje societario⁹⁸⁰. Estamos en presencia de un régimen preventivo cuya finalidad es incentivar a los administradores para el cumplimiento de los deberes que tienen encomendados, disuadir la infracción de los mismos y, ante un eventual perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros, promover la reparación del daño causado. Por consiguiente, el establecimiento -y ampliación- del referido régimen sancionador viene a constituir el contrapunto necesario a la consagración legal del estatuto de deberes impuesto a los administradores sociales.

Nuestro análisis del régimen de responsabilidad del administrador de sociedades por la infracción de sus deberes fiduciarios no puede obviar el contenido genérico de los presupuestos de la acción de responsabilidad, que se examinarán de manera sumaria pues desbordan, con mucho, el contenido y la pretensión del presente trabajo.

No obstante, un efecto de la infracción de los deberes fiduciarios del administrador, -con certeza el más manido- es el ejercicio de las acciones de responsabilidad de modo que, sin perjuicio de la lesión a la exhaustividad del contenido del presente capítulo centrado en los efectos de la infracción de los deberes fiduciarios, haría resentir a su desarrollo expositivo la preterición de los presupuestos de la responsabilidad a los que, de carácter genérico, nos aproximaremos con ánimo sintético y voluntad expositiva.

Pues bien, en el marco de las acciones de responsabilidad contra el administrador social, -se aprecie o no especificidad en la construcción del régimen-, el punto de partida es siempre el mismo, a saber: cuando un sujeto -el gestor social en nuestro caso- incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable⁹⁸¹. Es decir, descansa en el marco genérico de la obligación de responder por los daños y perjuicios cuya causa resida en comportamientos antijurídicos imputables a aquel frente a quien se demanda la reparación⁹⁸².

Se ha afirmado también que la legislación que regula la responsabilidad del administrador tendría, por un lado, una función moralizadora de su conducta, necesaria en la medida en que tiene encomendada la compleja tarea de gestionar un patrimonio ajeno cuya administración se le otorga en confianza y, por otro lado, de incentivo para la mejora de la formación técnico-profesional de los administradores⁹⁸³.

La doctrina no se muestra pacífica a la hora de incardinar el régimen de responsabilidad del gestor social, bien por su base fiduciaria o bien por la posición orgánica que asume⁹⁸⁴,

⁹⁸⁰ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 647, sostiene que “la concentración de poder en los administradores y la ausencia de un control efectivo sobre el mismo, justificaría un régimen especial de responsabilidad”.

⁹⁸¹ REGLERO CAMPOS, L.F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Cizur-Menor: Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2008, pp. 247 ss.

⁹⁸² STS de 16.7.2012.

⁹⁸³ ALONSO ESPINOSA, F., “La responsabilidad civil del administrador...”, cit., pp. 26 y ss.

⁹⁸⁴ GUERRA MARTÍN, G., *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., pp. 123-124, señala que “la responsabilidad de los administradores es una responsabilidad orgánica por el origen cuya especialidad radica en la fuente de la misma que supone que se aplica este régimen cuando existe conexión objetiva con el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo de administración”. No obstante, la concepción de la responsabilidad del administrador como un régimen específico no es pacífica, así QUIJANO GONZALEZ, J/ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los*

dentro de un régimen específico propio y autónomo del derecho societario o bien como un problema general del derecho civil patrimonial sosteniendo que el derecho de sociedades no introduce especialidades dignas de mención a los remedios por incumplimiento contractual de los administradores más allá de los que se derivan de los rasgos peculiares del contrato de administración.

Y es que el régimen de la responsabilidad del administrador de sociedades es una cuestión de enorme trascendencia en todos los contextos del derecho económico de los países desarrollados. Es por ello, que los instrumentos de gobierno corporativo han ido construyendo la figura del administrador de sociedades situándola en la cúspide de las herramientas de buen gobierno imponiendo que su actuación, como titular de una relación fiduciaria, constituya el fiel reflejo de las presunciones y de los principios configuradores de la Sociedad, -principio supremo de defensa del interés social, la presunción de buena fe y el ejercicio del cargo atendiendo a sus deberes fiduciarios inherentes-.

Y en tal sentido, el fortalecimiento en el cumplimiento de tales deberes no sólo tendrá a bien robustecer la confianza corporativa en el nombrado -efecto *ad intra*- sino vigorizar la confianza que el mercado -ávido de seguridad jurídica en las relaciones comerciales- deposita en la compañía.

Ahora bien, sirviendo tal inquietud reguladora al fin de contener y reprimir la detentación de poder del órgano de administración no es menos cierto que ello no puede derivar en una tendencia a poner cerco a toda actuación discrecional del administrador⁹⁸⁵ que, en el marco de su actuación decisoria, no debiera actuar subordinado o coartado por eventuales veleidades de los titulares de las compañías máxime cuando la exigencia de responsabilidad no está subordinada, *per se*, al incremento de las cuentas de resultados⁹⁸⁶.

En el referido régimen la Ley 31/2014 ha incorporado significativas adiciones demandadas por la doctrina y que han venido a abandonar un régimen genérico de responsabilidad sustituyéndolo por otro graduable en función de: i) la naturaleza de los deberes vulnerados por el administrador -aquí cobra especial importancia la negligencia o, por el contrario, deslealtad de la conducta-, ii) las funciones que le han sido

administradores, cit., p. 137, señala que “se trata de una responsabilidad ordinaria o común con especialidades, más que de una responsabilidad especial”.

⁹⁸⁵ Así, ya desde el real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, es célebre la cita de GARRIGUES WALKER, A., “Ser consejero de una empresa española de alguna significación e importancia, tenía hasta hace pocos meses, todas las ventajas y ningún inconveniente, todas las oportunidades y ningún riesgo. Era, por lo general, un cargo digno, fácil, rentable y seguro...En la actualidad ser consejero o alto directivo se ha convertido potencialmente en una de las operaciones más arriesgadas y peligrosas que puede desarrollar un ser humano, incluyendo entre otras ocupaciones el boxeo, la escalada invernal, el funambulismo sin red o la conducción de vehículos en épocas de puentes y vacaciones”.

⁹⁸⁶ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...”, cit., pp. 648 y 649, sostiene que “El régimen de responsabilidad social de los administradores no se conecta a una supuesta asunción por los mismos del riesgo de empresa inherente a sus competencias de gestión empresarial.” (...) “...Tampoco se trata de trasladar a los administradores de una sociedad capitalista el criterio propio de las sociedades personalistas, según el cual, quienes asumen la gestión social responden subsidiaria, personal e ilimitadamente de las deudas sociales”.

encomendadas, iii) la forma en que la sociedad organiza su administración y iv) la categoría a la que pertenece⁹⁸⁷.

Cabe señalar que en nuestro examen no nos hemos detenido en la distribución funcional dentro del órgano de administración al objeto de delimitar sus funciones y, por consiguiente, el alcance de su eventual responsabilidad y efectos de la conducta infractora a los deberes fiduciarios. No obstante, concurriendo especificidades funcionales, la defensa de un modelo de responsabilidad solidaria prototípico parece exorbitante siendo que, si bien aún hay pasos que dar sobre el particular, constituye un paso hacia adelante la formulación expresa introducida por la Ley 31/2014 de partir de “la naturaleza del cargo” y de “las funciones atribuidas” (art. 225.1 LSC) como criterio delimitador para determinar la responsabilidad exigible.

En el marco de la reforma operada al efecto por la Ley 31/2014, de gran trascendencia son las modificaciones de los arts. 236 y 239 LSC y la introducción del art. 241 bis. En el art. 236 destaca la incorporación de un concepto de administrador de hecho, así como la proclamación de la responsabilidad solidaria de la persona física representante de la persona jurídica administradora. El art. 239 LSC, en materia de acción social, ha introducido un supuesto de legitimación directa de la minoría cualificada (hasta entonces era siempre subsidiaria, en defecto de la propia sociedad), en caso de infracción del deber de lealtad y se regula por primera vez el reembolso de los gastos procesales.

Por último, el art. 241 bis ha introducido mejoras en el régimen prescriptivo, no en cuanto al plazo, pues ya el art. 949 CdC preveía el plazo de 4 años, sino en cuanto al *dies a quo*, ya que este art. 949 CdC fija el momento de arranque del plazo prescriptivo en el cese, decantándose el nuevo art. 241 bis por la teoría savigniana de la *actio nata*, lo que pone fin a los problemas que existían en la práctica cuando el acto u omisión dañosa acaecían, o se descubrían, con posterioridad al cese.

Bajo la premisa apuntada, y en materia de la acción de responsabilidad, nuestro examen se limitará, a los contornos de las acciones de responsabilidad, social e individual dejando fuera a la responsabilidad solidaria por deudas -sin perjuicio de someras y obligadas referencias en la medida en que no cabe separar esta última responsabilidad de la infracción de los deberes fiduciarios⁹⁸⁸-. Quedarán, asimismo, fuera del objeto de este trabajo otros regímenes de responsabilidad complementarios y consecuentes a la infracción de los deberes fiduciarios, tales como el penal, el tributario, el laboral o el administrativo.

En este punto cabe hacer un breve reflexión acerca del hecho determinante del nacimiento de la responsabilidad del administrador que el art. 236 LSC sitúa en el daño que los administradores de sociedades causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. De tal relación sintomática, cabe desprender una voluntad del legislador de abarcar todos los posibles supuestos generadores de lesión al objeto de promover un resarcimiento lo más completo posible.

⁹⁸⁷ VIVES RUIZ, F., “El alcance del deber de diligencia...”, cit., p.649, señala que “Por su propia naturaleza, esa graduabilidad de la responsabilidad es derechamente aplicable al deber de diligencia y, solo tangencialmente al de lealtad”.

⁹⁸⁸ Como declara, entre otras, la STS de 19.5.2011.

No obstante, distinguir la infracción de la ley o de los estatutos y la infracción de los deberes fiduciarios inherentes no puede resultar una tarea simple en la medida en que toda infracción de ley o estatutos vendrá a suponer una infracción de tales deberes y en que toda infracción de los deberes fiduciarios podrá incardinarse, en una u otra forma, en la infracción de un precepto legal especialmente en la medida en que la alusión a los deberes inherentes al cargo debe ser entendida extensivamente, acogiendo tanto los derivados de la cláusula general de diligencia como del principio general de la buena fe⁹⁸⁹.

Por otra parte, una naturaleza diferente a la acción de responsabilidad, idónea para promover y completar el efecto sancionador del régimen de responsabilidad por las conductas infractoras de los administradores a sus deberes inherentes, lo constituyen las restantes acciones que serán examinadas. Y es que, en el ámbito del reproche societario es donde, en el desarrollo conductual del administrador, la distinción diligencia-lealtad, cobra mayor sentido. La diligencia es funcional, determina, por tanto, las actuaciones a realizar, y responde al qué en el desarrollo de las funciones del gestor social. La lealtad es tuitiva, determina el modo en que deben realizarse las actuaciones a realizar y responde al cómo en el desarrollo de su actuación como administrador.

Si bien ambos ofrecen un cuerpo complementario e integrador del estatuto de deberes, el reproche de la infracción al deber de diligencia deviene de mayor complejidad, por ser situacional y precisado de la valoración del elemento concurrencial idóneo al tiempo de la actuación considerada negligente -sesgo retrospectivo-. Es por ello que la lealtad, de carácter tuitivo y deber de protección por antonomasia, protagonizará el examen de las restantes acciones que la sociedad tiene a su disposición para el reproche del administrador conflictuado, esto es, la acción de impugnación del deber de dispensa, la acción de cesación de la infracción del deber de lealtad, la acción de remoción de los efectos y contratos desleales, la acción de enriquecimiento injusto y la acción de anulación de los actos y contratos desleales.

Por último, se hará mención del régimen del cese del administrador mediante la separación del cargo o la exclusión del socio administrador. Decisiones que, si bien no van necesariamente unidas a la infracción de los deberes fiduciarios, sí que las prevé la LSC como régimen específico en caso de cese y exclusión en el supuesto de la infracción de la prohibición de entrar en competencia con la sociedad.

2. La responsabilidad exigible a los administradores sociales por la infracción de sus deberes fiduciarios.

2.1. Introducción.

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje ordinario como el de responsabilidad. Ello se debe, seguramente, a que con él se alude a algo tan básico como la posición del ser humano en el mundo que le rodea que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 159.

⁹⁹⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *AFDUAM*, núm. 4, 2000, p. 58.

Los administradores de las sociedades de capital responden del daño que causen por los actos u omisiones realizados por el incumplimiento de los deberes fiduciarios a los que se deben en el cumplimiento del cargo -arts. 227.2, 232 y 236.1 LSC- de tal modo que la infracción de cualquiera de aquellos deberes constituye fundamento de las correspondientes acciones indemnizatorias. Es pues, fácilmente deducible que el hecho de establecer un cuerpo de deberes que ha de guiar la actuación del administrador deba imponer a estos responder por su incumplimiento.

Ahora bien, el incumplimiento de los deberes fiduciarios como presupuesto de la responsabilidad de los administradores se verá afectado, por un lado, por las “reglas fiduciarias de segundo grado” que las partes hayan concretado contractualmente, sin perjuicio de aquellas reglas positivas (*hard y soft Law*) sometidas al principio cumplir o explicar y por otro lado, por el contenido concreto que tuviera el interés social en función de las condiciones que surjan de la red de contratos que constituyen la sociedad-empresa⁹⁹¹.

Del párrafo que antecede se desprende que el establecimiento de estipulaciones de carácter convencional entre la sociedad y su administrador tendrá incidencia propia y autónoma sobre el efecto de la infracción de los deberes. Es decir, sin perjuicio de la consagrada imperatividad de las actuaciones lesivas a la lealtad -art. 230.1 LSC- nada impide que la sociedad pueda construir un efecto propio, singular y acordado -por ejemplo, a través de dispensas articuladas en pactos sociales con las mayorías adecuadas- en caso de infracción de determinados deberes.

La proclamación de la responsabilidad de los administradores es fruto de una larga evolución legislativa que comienza tímidamente en el Código de Comercio de 1885 y culmina, por el momento, en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Los diversos cuerpos legislativos que han tratado de delimitar la relación del administrador con la sociedad han venido a instaurar un genuino régimen de responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores por el daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia⁹⁹².

En nuestro sistema constituye una regla general la obligación de responder por los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento de los contratos (art. 1101 CC), o ya por hechos extracontractuales (art. 1902 CC) siempre que deriven, en relación causa a

⁹⁹¹ Queda fuera, asimismo, del objeto del presente trabajo la ordenación convencional que, en el marco de la producción ordenadora societaria, se haya establecido -reglamentos, códigos éticos, etc-. Como se ha señalado en otras partes del presente trabajo, éstos instrumentos, idóneos para delimitar los efectos de la infracción del deber de diligencia carecen de dicha idoneidad (por su carácter imperativo y salvo dispensa -art. 230 LSC-), para alterar los efectos de conductas desleales infractoras al principio más elemental del comportamiento leal cual es el riguroso alineamiento con el interés del principal -sociedad-.

⁹⁹² La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 dedicaba a la responsabilidad indemnizatoria tres preceptos: dos relativos a la acción social (arts. 133 y 134) y otro a la acción individual (art. 135). El régimen de la acción social quedó notablemente endurecido, respecto de la LSA de 1951 por varias razones. En primer lugar desapareció la norma en virtud de la cual sólo podía prosperar una demanda cuando quedara acreditado que los administradores habían actuado con dolo o culpa grave. Adicionalmente se declaraba la responsabilidad solidaria de los titulares del órgano cuando fueran varios, que sólo podía enervarse mediante la acreditación de causas tasadas de exoneración. Como consecuencia de las recomendaciones del Informe Aldama, la Ley 26/2003, Ley de Transparencia, introdujo expresamente, entre los sujetos responsables, a quien actuara como administrador de hecho de la sociedad. La refundición llevada a cabo por la LSC trajo consigo la división de los antiguos arts 133 y 134 en cinco preceptos (del 236 al 240).

efecto, de comportamientos antijurídicos imputables a aquel frente a quien se demanda la reparación.

Cuando tales comportamientos sean imputables a sociedades capitalistas, a fin de evitar los abusos de quienes las administran y actúan amparados en la ruptura de dicha relación causa a efecto derivada de la heteropersonalidad, el sistema reacciona y proporciona mecanismos “societarios” dirigidos:

- Unos a la reconstrucción del patrimonio de la sociedad, -aunque indirectamente se tutele al mismo tiempo a los socios, que ven incrementado el valor de sus participaciones en el capital social, y a los acreedores que verán así incrementar el patrimonio de su deudora- concediendo a la propia sociedad, y, en su defecto, a una minoría cualificada de socios o a los acreedores, la posibilidad de ejercitar la acción social (arts. 238, 239 y 240 LSC).
- Otros a la protección de socios y terceros frente a la actuación de los administradores directamente lesiva de sus intereses. A este fin, el art. 241 LSC consagra la acción individual.
- Finalmente hay mecanismo dirigidos a tutelar directamente los intereses de los acreedores, imponiendo en determinados supuestos la responsabilidad solidaria por deuda ajena que se regula en el art. 367 LSC que, por otra parte, se trata de una responsabilidad desvinculada del “daño” y anudada a la imputabilidad de la conducta omisiva⁹⁹³.

2.2. Naturaleza jurídica.

El régimen de responsabilidad del administrador tiene, como todo régimen de responsabilidad civil, una naturaleza resarcitoria. La disponibilidad de una acción de responsabilidad civil contra los administradores refuerza las posibilidades de los sujetos dañados de ver resarcidos los perjuicios sufridos pues, según los casos, les permitirá dirigirse, alternativamente o cumulativamente, tanto contra la sociedad como contra los administradores de la misma⁹⁹⁴.

La responsabilidad resarcitoria, también llamada indemnizatoria o responsabilidad por daños, se produce tanto en supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual. Su presupuesto necesario es la producción de un daño a tercero que habrá de ser consecuencia de un acto u omisión propios del responsable. Sin la aparición del daño, como es lógico, no cabe hablar de su resarcimiento y consecuentemente no cabe responsabilidad resarcitoria, ya que el fundamento de esta se encuentra en un acto u omisión negligente y su consecuencia es la obligación de reparar los daños causados⁹⁹⁵.

Se trata de una responsabilidad legal o derivada de la ley. La calificación como legal de la responsabilidad de los administradores implica que, de una parte, se trata de una

⁹⁹³ STS, Sala 1ª, de 16.7.2012.

⁹⁹⁴ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, en AA.VV., *Régimen de deberes...*, cit., p. 308.

⁹⁹⁵ REGLERO CAMPOS, L.F., “Los sistemas de responsabilidad...”, cit., p. 69.

responsabilidad establecida *ex lege* y, de otra, que las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a ésta, si bien pueden tener su origen próximo en fuentes diferentes de la ley, su origen remoto se encuentra en aquélla. Del carácter legal de la responsabilidad se deriva la imposibilidad de exonerarlos de responsabilidad -art. 230.1 LSC-, señaladamente en los casos de infracción del deber de lealtad, salvo en los supuestos tasados de dispensa.

Asimismo, se trata de una responsabilidad orgánica⁹⁹⁶, es decir, es *conditio sine qua non* que la actuación susceptible de reproche sea obra de los administradores investidos de su condición orgánica. En otro caso, la acción contra ellos no será la societaria sino la del art. 1902 CC⁹⁹⁷. Sin perjuicio de su carácter orgánico, la responsabilidad de los administradores sociales tiene carácter personal, es decir, responden las personas titulares del órgano de administración⁹⁹⁸. La responsabilidad se exige pues, no al órgano social, sino a sus miembros, o lo que es lo mismo a los administradores⁹⁹⁹.

Por otra parte, se ha señalado que, dada la naturaleza de la relación del administrador con la sociedad, la responsabilidad del mismo es de naturaleza contractual¹⁰⁰⁰. Y así, se señala que cuando los administradores incumplen las obligaciones que han asumido como contenido de su contrato con la sociedad y desarrollan conductas que implican infracción de obligaciones concretas recogidas en su contrato, en los estatutos o en la ley, quedan expuestos, como cualquier otro contratante, a las consecuencias del incumplimiento contractual.

Ahora bien, no es menos cierto que un amplio sector de la doctrina¹⁰⁰¹ ha señalado que la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores carece de importancia práctica¹⁰⁰². De hecho, la función de la responsabilidad de los administradores por la infracción de los deberes fiduciarios no es distinta de la que corresponde a la responsabilidad contractual en general de quien, en una relación de representación, gestiona intereses ajenos: satisfacer el interés de la contraparte cumplidora del contrato, compensarla y dejarla indemne si el incumplimiento le ha generado daños. Son de aplicación las normas generales sobre responsabilidad

⁹⁹⁶ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 653, señala el autor que “No se está, por tanto, en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, sino en el de la responsabilidad orgánica, es decir, derivada de la actuación del órgano en el ejercicio de las competencias que le son propias según Ley y Estatutos”.

⁹⁹⁷ Entre otras SSTs, Sala 1ª, de 5.12.1991, de 28.6.2000 o de 11.5.2005.

⁹⁹⁸ En relación a la distinción entre deberes individuales de los administradores operativos como modelos o parámetros de actuación y deberes colectivos como miembros del órgano de administración, VIVES RUIZ, F., “El alcance del deber de diligencia de los administradores...”, cit., pp. 649 y 650.

⁹⁹⁹ GARRIGUES, J. / URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades...*, cit., p. 168, señala que “el consejo como órgano de la sociedad no podría responder frente a ella, porque esto sería tanto como que la sociedad respondiera frente a sí misma”.

¹⁰⁰⁰ STS de 4.11.2011, SAP de Barcelona de 19.1.2018.

¹⁰⁰¹ GARRIGUES en GARRIGUES, J. / URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades...*, cit., pp. 157 ss.; QUIJANO GONZALEZ, J / DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores...*, cit., pp. 140 ss.; GARRETA SUCH, J.M / POLO E., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 131.

¹⁰⁰² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F / MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “La acción social de responsabilidad” en GUERRA MARTÍN, G (Coord)., *La responsabilidad de los administradores de...*, cit., p. 211, señala que “La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual y, de esta forma, el recurso a las categorías correspondientes del Derecho Privado de Obligaciones para integrar el régimen en lo no regulado carece de interés, ya que el supuesto de hecho fundamentador y las reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas por la Ley (arts. 236 y 237 LSC) y existe un plazo de prescripción específico (art. 949 CdC)”.

contractual (arts. 1094 ss. CC) y, en general, los remedios contractuales frente al incumplimiento.

La responsabilidad del administrador no sería pues, solamente contractual sino también orgánica -que distingue las actuaciones del administrador realizadas como tal y las realizadas en la esfera personal¹⁰⁰³-, en cuanto que estaría referida al administrador como miembro del órgano de administración de una organización dirigida a perseguir un interés social concreto, independiente, resultado de una red dinámica de contratos entre los diferentes *stakeholders* presentes en la empresa-sociedad.

2.3. Presupuestos.

Los presupuestos para la aplicación de la responsabilidad del administrador por infracción de sus deberes fiduciarios son los generales del régimen legal de responsabilidad. Así, la jurisprudencia ha venido delimitando los presupuestos de la acción de responsabilidad de los administradores sociales, señalando que, para que dicha acción prospere, es necesario que el actor acredite la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁰⁰⁴:

- a) un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores;
- b) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;
- c) que la conducta sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;
- d) que quien demanda haya sufrido un daño directo, cuyo contenido puede ser equivalente al de la cuantía de la deuda, pero puede ser distinto pues se trata de una acción de naturaleza resarcitoria;
- e) que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

Se configura pues un régimen de responsabilidad de corte culpabilístico, a diferencia del sancionatorio u objetivo, que ha adquirido carácter general y es de aplicación tanto a la acción social como a la individual¹⁰⁰⁵. En síntesis, se exige que el acto o conducta del administrador infrinja la ley, los estatutos o sus deberes fiduciarios -con la referida dificultad en disociar los referidos presupuestos generadores de responsabilidad- rigiendo pues, un criterio de imputación de responsabilidad de índole subjetivo¹⁰⁰⁶ a diferencia de

¹⁰⁰³ STS de 11.9.2018, señala que “La jurisprudencia tradicionalmente distingue el régimen de responsabilidad de un administrador de una sociedad frente a terceros, según derive de actos realizados en el ejercicio de su cargo, cuya exigibilidad se supedita a las exigencias previstas en la Ley especial -la LSC- o de actos realizados en la esfera personal, ajena al cargo de administrador, en cuyo caso no opera el régimen especial societario y se aplica el general de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC”.

¹⁰⁰⁴ Como señalan la STS de 13.6.2012, de 18.6.2012, de 19.12.2011, de 4.10.2011, de 1.6.2010, de 22.7.2010 y de 4.11.2010, entre muchas otras.

¹⁰⁰⁵ STS de 4.4.2003, “la jurisprudencia de esta Sala es reiterada al exigir, tanto para la prosperabilidad de la acción social como para la de la individual, la prueba no sólo del daño directo a la sociedad, los accionistas o los acreedores sino también la de la falta de diligencia del administrador demandado y, por supuesto, la de la relación de causalidad entre ésta y aquél”.

¹⁰⁰⁶ STS de 13.6.2012.

la responsabilidad por deudas sociales, cuyos presupuestos, sintéticamente son la concurrencia de una acción u omisión ilícita, el daño, la culpa y la conexión causal entre la acción u omisión y el daño o resultado producido. No es suficiente que se dé alguno o algunos de estos presupuestos señalados para que nazca la responsabilidad sino que es necesario que concurren todos a la vez.

Examinamos, a continuación, tales presupuestos limitando nuestro análisis a las cuestiones que suscitan mayor interés y que construyen el marco de lo que es objeto de la investigación, que no es otro que el de los efectos -ahora, en el terreno de su responsabilidad civil- de la infracción de los deberes fiduciarios de diligencia y de lealtad de los administradores sociales para con su principal.

2.3.1. Acción u omisión contraria a la ley.

Conforme al art. 236.1 LSC, la responsabilidad civil de los administradores, que nace del incumplimiento de la ley, de los estatutos y de los deberes inherentes al desempeño del cargo, se origina en una acción u omisión, esto es, con la realización de una conducta exterior voluntaria activa u omisiva que produce un resultado.

La acción u omisión ha de consistir en no hacer aquello a lo que normativa o contractualmente vienen obligados o hacer lo que tienen, del mismo modo, proscrito. Ahora bien, si bien la ley y los estatutos¹⁰⁰⁷ imponen obligaciones específicas, éstas no pueden agotar el conjunto de actuaciones que debe desempeñar el administrador en el ejercicio de su cargo de modo que, todo lo no prevenido, queda amparado bajo el deber general de diligencia de ahí su componente integrador. No obstante, como hemos señalado, es difícil imaginar una infracción de la ley o estatutos que no suponga, al mismo tiempo, una infracción de deberes, señaladamente el genérico de diligencia que impregna la integridad del marco funcional del gestor social.

En el apuntado sentido cabe poner de manifiesto la relevancia que, en el plano conductual, ofrece la diligencia ya que: i) determina cuál es la conducta debida por el administrador en cada supuesto concreto que no esté expresamente contemplado en la ley ni en los estatutos de suerte que donde no llega la conducta prescrita, llega la conducta diligentemente debida y ii) opera como criterio rector o modelo de conducta exigible en el cumplimiento de sus obligaciones con independencia de que estas vengan impuestas por la ley o por los estatutos¹⁰⁰⁸.

Por lo demás, la acción u omisión ha de ser ilícita, esto es, contraria a la ley, a los estatutos o a los deberes inherentes al desempeño del cargo. La alusión a los “deberes inherentes al desempeño del cargo” ha de entenderse en sentido amplio, en el de cláusula general de

¹⁰⁰⁷ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 676, señala que “...por ley debe entenderse toda norma jurídica cualquiera que sea su rango siempre que, de manera genérica o específica, imponga obligaciones a los administradores en su condición de miembros del órgano”. En cuanto a los Estatutos, de estos “pueden derivarse normas complementarias de otras legalmente establecidas”. “[...] No obstante, también el marco estatutario tiene sus propios límites en cuanto deberá respetar las normas legales de carácter imperativo y, en todo caso, vincula a los administradores en cuanto respete dicho límite”.

¹⁰⁰⁸ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., pp. 339 y 340.

buena fe y diligencia exigible que integra el cuerpo de deberes que al administrador competen¹⁰⁰⁹.

Ahora bien, la referida alusión, sin perjuicio de su finalidad didáctica y sistematizadora, no sirve, ni puede servir, a efectos diferenciadores entre las distintas fuentes de las obligaciones de los administradores -la ley, los estatutos y los deberes inherentes al desempeño del cargo- pues lo que hay es una única fuente, el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (ley y estatutos) del que se derivan obligaciones específicas¹⁰¹⁰. En tal sentido no cabe concebir infracción alguna a la ley o a los estatutos que no supongan simultáneamente una infracción de los genéricos deberes fiduciarios.

2.3.2. Daño.

La infracción de los deberes fiduciarios del administrador de sociedades no genera, *per se*, la obligación de indemnizar, sino que es requisito ineludible para que surja la responsabilidad que éstos causen un daño de modo que el administrador no incurrirá en responsabilidad frente a la sociedad si su conducta no produce un daño a ésta, esto es, si de su actuación no se deriva una lesión al interés social. Es decir, no es suficiente con la infracción del deber. Si no hay daño o lesión no hay obligación de indemnizar premisa que es congruente con la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad y su finalidad de restablecer el patrimonio perjudicado¹⁰¹¹.

En cuanto al concepto de daño, cabe, en fórmula sintética entender por el mismo al menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento, sufre una persona en sus derechos personales o en su propiedad o patrimonio. En términos materiales, la producción de un daño se asimila a una disminución patrimonial producida como consecuencia de un hecho o acontecimiento de manera que admite una acepción identificada como la diferencia entre el valor actual del patrimonio y el que tendría de no haberse producido aquel hecho, evento o acontecimiento¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del...*, cit., p. 159 y ss.

¹⁰¹⁰ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., p. 675.

¹⁰¹¹ Atendiendo al destinatario del daño la propia exigencia de responsabilidad puede ser de dos tipos: i) Interna: en la medida en que los administradores responden del incumplimiento de sus deberes ante los socios y ante la propia sociedad; y ii) Externa: en tanto que los administradores responden ante cualquier tercero cuyos intereses hayan sido dañados directamente y en particular, ante los acreedores de la sociedad.

¹⁰¹² GARRIGUES, J. / URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades...*, cit., p. 162, señala que “ha de entenderse por daño una efectiva disminución del patrimonio (cuya valoración debe remitirse al momento en que el daño haya sido realizado, o a la fecha en que aquél fue conocido por la parte agraviada) consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiera producido el hecho en que se funda la acción de indemnización (*id quod interest*)”. SANTOS BRITZ, J., *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, ed. Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, p. 126., considera que daño es “todo menoscabo material o moral causado, contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”. Por su parte, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pp. 223 ss., distingue entre el daño material que es “el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener (en aplicación analógica del art. 1106 CC)” y daños morales que son “los infringidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”.

El daño, en los términos explicitados, responde a la doctrina diferencial¹⁰¹³ de modo que la naturaleza resarcitoria que contempla promueve un amplio espectro deconstruyendo la situación posterior a la primigenia y previa que impone tanto el menoscabo producido -*damnum emergens*- como el beneficio no obtenido -*lucrum cesans*- por aplicación del art. 1106 CC.

El daño ha de ser real o efectivo sin que el daño inminente o potencial¹⁰¹⁴ pueda generar el nacimiento de una pretensión indemnizatoria mientras que no haya repercutido en el patrimonio del perjudicado¹⁰¹⁵. En cualquier caso, para conocer en profundidad el concepto de daño y cuando se produce, habrá que acudir a la doctrina general sobre responsabilidad, resultando íntegramente aplicable la doctrina civil que, de amplísima dispersión doctrinal y jurisprudencial desborda, con mucho, el objetivo del presente trabajo.

No obstante, apuntado lo anterior no puede dejar de mencionarse que concurre una cierta especificidad, en la responsabilidad del administrador de sociedades dada la naturaleza y finalidad de su relación. En tal sentido, habrá de tenerse en cuenta que la función de los administradores de gestionar una empresa entraña determinados riesgos, esto es, los denominados “riesgos de empresa” cuyos efectos negativos no pueden imputarse, sin más, a ellos.

De ahí que la aplicación de los conceptos de daño emergente, manifestado en la reducción del patrimonio social, o de lucro cesante, que se refleja en ganancias dejadas de obtener, hayan de ser aplicadas en este caso con especial cautela ya que, en otro supuesto, el régimen de mayor rigor en la responsabilidad de los administradores podría tener efectos contrarios a los pretendidos por la Ley, que no son otros que los de controlar los excesos que puedan cometer los administradores en su gestión¹⁰¹⁶.

Por otra parte, cabe señalar que esa efectividad del daño al patrimonio afectado para el nacimiento de la obligación de indemnizar excluye los actos de tentativa, esto es, las actuaciones potencialmente lesivas que, antes de su consumación, se ven frustradas. En tales supuestos de actos no consumados la infracción del deber fiduciario no se habrá traducido en una lesión material sin perjuicio de que el acto no consumado pueda producir sus propios efectos en el seno interno si su concurrencia llegare a trascender.

En tal sentido, cabe preguntarse si el daño que efectivamente produjere el administrador ha de ser necesariamente material o puede también tratarse de daños morales. Cabe señalar que, en relación a los daños morales producidos a las personas jurídicas la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. De entrada, la tradicional acepción del concepto

¹⁰¹³ CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101 Código Civil”, en ALBADALEJO, M (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Edersa, Madrid, 1989, p. 671.

¹⁰¹⁴ STS de 16.2.2000 “...ha de demostrarse por los accionistas la realidad y efectividad del daño causado directamente a ellos, no daños hipotéticos y no producidos sin prueba de la posibilidad de su realización. Tampoco se puede dejar para ejecución de sentencia la prueba de la existencia de los daños, solo su cuantificación...”

¹⁰¹⁵ VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ed. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 650 y 651, quien señala que “si el daño es inminente puede condenarse al demandado con carácter subsidiario o condicionado, para el caso de que la sociedad efectivamente sufra el daño (v.gr., si no cobra los créditos concedidos sin garantía).

¹⁰¹⁶ SANCHEZ CALERO, F.J., “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima”, en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea...*, cit., p. 909.

de daño moral¹⁰¹⁷ no ha merecido un tratamiento específico sino que el daño moral ha sido considerado desde una acepción negativa, esto es, contraponiendo el daño moral al daño patrimonial¹⁰¹⁸.

Nuestro Tribunal Supremo no ha seguido un criterio unívoco¹⁰¹⁹ de modo que, si bien ha partido de una acepción de daño moral como el que se produce en la dignidad y estima y, por ende, solo cabe a las personas físicas sí ha admitido una vertiente objetiva del daño moral ampliable a las personas jurídicas de otra subjetiva que solo cabe frente a las personas físicas por atentar contra valores asociados a la personalidad y dignidad humana¹⁰²⁰.

Señalar por último que el menoscabo producido en el patrimonio del perjudicado (acción social o individual) deberá ser convenientemente probado a los efectos de su reclamación siendo el reclamante el que tiene la carga de probar el daño efectivo y concreto valorable económicamente que haya podido producir en la sociedad¹⁰²¹.

2.3.3. Culpa

Introduce la Ley 31/2014 dos importantes novedades, a saber: i) la expresa exigencia de dolo o culpa, como presupuesto de la acción de responsabilidad, por una parte y, ii) la presunción de culpabilidad cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos, por otra.

En cuanto a la exigencia de dolo o culpa, la adición viene a plasmar normativamente lo que constituía ya opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia, la responsabilidad civil

¹⁰¹⁷ ZANNONI, E. A., *El Daño en la Responsabilidad Civil.*, ed. Astrea, Buenos Aires, p. 287., definió el daño moral como “el menoscabo o lesión de intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”.

¹⁰¹⁸ DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria Generale della responsabilità Civile.*, ed. Giuffrè, Milano, 1946, pp. 30 y 31.

¹⁰¹⁹ Así, si bien ya las STS de 25.6.1945 o de 7.2.1962 admitían “el daño ilícito e injusto contra quien fuere o no comerciante, ya de palabra, ya por escrito o por la prensa u otro medio de publicación al crédito u honor”, sentencias posteriores consideraban que una persona jurídica no puede sufrir daños morales, así lo hacían las STS de 22 de mayo de 2000, de 11 de septiembre de 2001 o de 24 de febrero de 2005. Esta última sostenía que “la categoría del daño moral y su propia existencia solo tiene sentido en el ser humano y no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual del ser humano...” “...Evidentemente puede sufrir la fama, el crédito o la reputación de una persona jurídica, como daño material podrá ser reparado, pero no como daño moral. Como daño material será evaluable conforme a criterios económicos objetivables”.

¹⁰²⁰ La cuestión del daño al honor a la persona física fue objeto de especial tratamiento y aclaración por el STC de 26.9.1995 de septiembre, que distinguía esa vertiente objetiva afectante al crédito y al prestigio de la persona jurídica para el desarrollo de su actividad comercial.

¹⁰²¹ La STS de 5.3.1992 reviste incuestionable trascendencia a los efectos examinados al señalar que en relación a la prueba de la existencia de los daños es criterio del tribunal: “a) Que no puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados del contrato, ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados, b) Esta prueba de los daños incumbe al reclamante de la indemnización, c) La determinación de la existencia o de la cuantía de los daños puede quedar excluida del aludido rigor de prueba cuando, en contrato previo, se haya pactado para el caso de incumplimiento una cantidad alzada que el infractor haya de satisfacer al perjudicado en concepto de indemnización por daños (cláusula penal, art. 1152 CC), o cuando de los hechos demostrados se deduzca fatal y necesariamente la existencia del daño, en cuyo caso tampoco se requiere prueba del mismo, d) La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia, puesto que el art. 360 de la LEC presupone la necesidad de que las partes prueben en el proceso declarativo y el juez investigue y estime en la sentencia la existencia de una infracción contractual o de un acto ilícito y la de los daños y perjuicios causados realmente, doctrina aplicable tanto a la culpa contractual como a la extracontractual...”.

del administrador de sociedades por daños no es una responsabilidad objetiva. La fórmula empleada se aproxima a la utilizada por el Derecho codificado a la hora de regular la responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1104 CC).

En cuanto a la presunción *iuris tantum* de culpabilidad cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos tampoco parece aportar gran cosa. Es decir, cuando concurre una predeterminación legal o estatutaria *ex ante* de la conducta exigible y ésta se infringe parece razonable presumir la culpa. No obstante, cabe cuestionar la redacción del precepto -art. 236.1 *in fine*- en cuanto deja fuera de la referida presunción a las conductas infractoras de los deberes inherentes al cargo máxime cuando los mismos encuentran su razón de ser y de su obligatoriedad en la ley o en los estatutos¹⁰²².

La “presunción de culpa”, por lo demás, no altera las reglas generales en materia de responsabilidad contractual respecto de las obligaciones de medios, ni supone una modificación respecto de las normas procesales sobre la carga de la prueba en ausencia de una presunción legal y no puede ser interpretada *a contrario* en el sentido de que la culpa ha de ser demostrada por quien la alega, mediante la acreditación de hechos dirigidos exclusivamente a esa finalidad¹⁰²³.

2.3.4. La relación o nexo causal.

Es elemento necesario en la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, que exista una relación causal entre el acto u omisión del agente y el daño producido. Así, el art. 236.1 LSC vincula la aparición de la responsabilidad del administrador a la causación de un daño que sea consecuencia de un acto u omisión doloso o culposo del administrador.

La valoración de la concurrencia del nexo o relación causal impone ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, lo que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima¹⁰²⁴.

Determinar la relación o nexo causal es tanto como determinar la causa del daño que deberá ser idónea, racional y consecuente al acto u omisión, requisitos éstos que acompañan, desde su origen, a todo sistema de responsabilidad, esto es, la concurrencia de un evento detonante del daño. La causa del daño es nuclear¹⁰²⁵ para la eventual

¹⁰²² En cuanto a la confusión que genera el alcance de la presunción de culpabilidad a los actos contrarios a las leyes y estatutos pero no a los deberes inherentes al cargo, JUSTE MENCÍA, J (Coord)., *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital...*, cit., p. 448, “...Probablemente, la separación entre unas y otras conductas responda a la idea de que la norma se aplique cuando la obligación lo sea de resultado y no de medios, a pesar de que esta separación conceptual dista de ser tan clara como a primera vista pudiera parecer”.

¹⁰²³ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva...”, cit., pp. 449 y 450, señala que “Debe tenerse presente que las normas generales sobre carga de la prueba no se encuentran en la LSC sino en el art. 217 LEC, y no se refieren a la “culpa”, que no es un hecho, sino un criterio de imputación que podrá deducirse o no en el supuesto concreto, tras el examen de los hechos probados”.

¹⁰²⁴ STS, Sala de lo Civil, de 22.2.2010.

¹⁰²⁵ En tal sentido la STS de 24.5.2004 ha declarado que "Se requiere una cumplida demostración del nexo causal, porque el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente constituye elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso, y aunque para tal demostración, no son suficientes las meras conjeturas, deducciones o probabilidades, sin embargo en determinados casos se admite la posibilidad de que la certeza se resuelva mediante una apreciación de «probabilidad cualificada»".

imputación del mismo de suerte que si no se acredita el nexo causal consistente en que el daño sea una consecuencia de la conducta negligente o desleal objeto de reproche, debe desestimarse la demanda de modo que, en todo caso, debe existir ese nexo de causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño sufrido¹⁰²⁶.

Ahora bien, la existencia o no de una relación de causalidad puede constituir un problema bastante complejo en aquellos supuestos en que el daño no está precedido de un antecedente sino de varios en cuyo caso es preciso deducir cuál de ellos merece el papel de causa. Una somera aproximación a la referida cuestión, -somera por cuanto se aleja del contenido del presente trabajo-, impone la necesidad de distinguir, a lo efectos señalados, dos grupos de teorías de la causa que, recibidas esencialmente en el campo del derecho penal, el derecho privado se ha limitado a recibirlas y aplicarlas en el marco de la responsabilidad.

El primer grupo está regido por el principio de que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes que pueden confluir en el resultado dañoso, todos tendrán el rango de concausantes, siempre que se cumpla el siguiente postulado: un hecho es causa de otro cuando, si hubiera faltado el antecedente, no se hubiera producido el resultado -teoría de la equivalencia o de la condición "sine qua non"-.

Otro grupo está constituido por las teorías que destacan dentro del conjunto de antecedentes uno o varios de ellos para conceptualizarlos como causa del resultado, evitando así la amplitud que tendría la responsabilidad con la teoría de la equivalencia. Las posiciones de los autores varían, sin embargo, cuando se trata de establecer un criterio con arreglo al cual ha de procederse a aquella selección (teoría de la causa adecuada, teoría de la causa próxima, teoría de la causa eficiente, etc...)¹⁰²⁷.

Ahora bien, una vez escrutada la concurrencia del nexo causal habrá que determinar si el resultado causado por la acción es o no objetivamente imputable al autor de la misma¹⁰²⁸ para lo cual se han propuesto diversos criterios que, entre los que han adquirido mayor relevancia, figuran el criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el criterio del fin de protección de la norma, el criterio del incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta¹⁰²⁹.

¹⁰²⁶ Entre muchas otras, STS de 4.11.1991, de 21.5.1992, de 16.2.2000, de 6.10.2000, de 4.11.2011, o de 25.6.2012.

¹⁰²⁷ Así, la teoría de la causa adecuada estima como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase. La teoría de la causa próxima sostiene que el hecho más próximo al daño debe ser su causa y la teoría de la causa eficiente mantiene que el hecho más eficiente es el decisivo, aunque las opiniones sobre la eficiencia son discrepantes, pues o bien se detecta en el hecho más activo, o en el que tiene en sí mismo la fuerza determinante para producir el daño tal y como se ha dado.

¹⁰²⁸ Especialmente ilustrativa es la STS de 17.11.2011 que señalaba que la relación causal "se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de las reglas de la *conditio sine qua non* -conforme a la que toda condición, por ser necesaria e indispensable para el efecto, es causa del resultado- y de equivalencia de las condiciones -según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también-. Solamente afirmada la relación causal según las reglas de la lógica y ya en una segunda fase, habrá que identificar la causalidad jurídica, permitiendo la entrada en juego de criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño y de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa de aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto".

¹⁰²⁹ Para el criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante, entre el resultado causado y la acción, es preciso que exista una determinada relación de riesgo siendo el resultado objetivamente imputable cuando es consecuencia de riesgo implícito en la acción mientras que el resultado o resultados

La posición del Tribunal Supremo es favorable al arbitrio judicial, que ha de establecer el nexo causal inspirándose en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos. Las teorías de la causalidad adecuada y eficiente se recogen en numerosas sentencias¹⁰³⁰.

3. Extensión subjetiva de la responsabilidad del administrador de sociedades por la infracción de los deberes fiduciarios.

La ley 31/2014 ha venido, asimismo, a dar cobertura normativa a lo que constituía ya un clamor tanto en los instrumentos de gobierno corporativo¹⁰³¹ como por la propia jurisprudencia¹⁰³². Tanto es así que la referida Ley redenomina el art. 236 LSC que, de su original redacción “Presupuestos de la responsabilidad” pasa a rubricarse “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”.

Y es que, si bien las acciones de responsabilidad tienen como principal destinatario al administrador que aúna a las funciones de gestión y administración de la sociedad un válido nombramiento, la creciente complejidad del universo societario ha favorecido la

que excedan del riesgo normal, derivado de la acción, no son imputables. En cuanto al criterio del fin de protección de la norma, sólo debe haber imputación causal cuando la situación de la que deriva el daño tiene su origen en la transgresión por el demandado de una norma que imponga un deber o una obligación de seguridad y, por consiguiente, no hay imputación causal cuando la norma transgredida persiga una finalidad diferente. El denominado criterio de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta sostiene que no puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso.

¹⁰³⁰ En efecto, el TS se ha venido inclinando por la teoría de la causalidad adecuada, sin embargo, no la deslinda convenientemente de la teoría de la causa eficiente. Así, en la STS, Sala de lo Civil, de 14.2.2000, se establece que “la tesis de la causalidad adecuada, aceptada por la doctrina jurisprudencial, exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad”.

¹⁰³¹ A título de ejemplo, el Informe Aldama señalaba ya -III, apartado 2.3- que “Otro elemento decisivo para incrementar la seguridad de los mercados a través de la responsabilidad por infracción de los deberes de lealtad vendría dado por la extensión subjetiva de aquellos deberes cuya naturaleza lo permita a quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Tal extensión podría estar más justificada incluso que la propia regla originaria referida a los administradores, puesto que la mayor opacidad de la actividad de estas personas, que a menudo actúan en la sombra o detrás de los órganos de decisión formales, determina una menor eficacia disciplinar de los instrumentos dispuestos por las fuerzas del mercado. La extensión debiera alcanzar al menos a las siguientes personas: i) a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas; ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros; iii) a los administradores de hecho, es decir, a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título -o con título nulo o extinguido- las anteriores funciones; iv) a los administradores ocultos, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad; v) a los accionistas de control.

¹⁰³² Entre muchas otras la STS de 4.12.2012 señalaba que “Aunque hasta su redacción por el artículo 2.6 de la Ley 26/2003, de 17 de julio, el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no contenía referencia ni a la responsabilidad de los administradores por omisiones lesivas a la sociedad, ni a la de los administradores de hecho, la jurisprudencia admitía que la responsabilidad por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo comprendía la derivada de las omisiones y que afectaba tanto a los administradores formalmente designados y con cargo en vigor, como a los administradores de hecho. Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho esta Sala ha declarado que lo son quienes sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades”.

aparición de otros sujetos que, sin ser formalmente administradores, ejercen funciones de administración o asimiladas, lo que ha provocado una extensión paulatina del círculo de destinatarios de estas acciones¹⁰³³.

Es por ello que la doctrina se cuestionó desde antiguo si cabía aplicar a los administradores de hecho el régimen de responsabilidad civil propio de los administradores válidamente nombrados. Así, un sector de la doctrina señalaba la imposibilidad de esa equiparación en ausencia de norma expresa¹⁰³⁴.

Mientras que otros autores¹⁰³⁵, la admitían amparados en la habilidad de que la usurpación de las funciones propias del cargo de administrador pudiera convertirse en una causa de exclusión de la responsabilidad generando un escenario idóneo para tratar de eludir los requisitos formales de acceso al cargo de administrador evitando, con ello, subsumir su actuación en el régimen de responsabilidad.

Así, previamente a toda previsión legal al administrador de hecho había que acudir a principios generales como el de la “buena fe” o “protección de la apariencia creada en el tráfico frente a terceros de buena fe” y, en tal sentido, de un lado equiparar al administrador de hecho al “factor notorio” a efectos de asegurar la vinculación de la sociedad con los terceros respecto de las actuaciones de aquel y, de otro lado, aplicar igualmente, en base a aquella apariencia, el régimen de responsabilidad social en orden a la protección de la sociedad misma, así como de los socios¹⁰³⁶.

En efecto, la ausencia de una acepción legal del administrador de hecho admitía una doble interpretación: una primera restrictiva, en virtud de la cual, y conforme a lo señalado en el Informe Aldama, sería administrador de hecho aquella persona que, en la realidad del tráfico económico, desarrolla las actividades propias de los administradores de derecho sin título o con título nulo o extinguido; y otra segunda extensa que incluiría una amplia tipología: administradores ocultos, administrador de sociedad dominante, directores generales, representante persona física del administrador persona jurídica, administrador cesado, socio único de sociedades unipersonales, apoderados generales, socios de control, etc¹⁰³⁷.

¹⁰³³ El II Congreso de Magistrados especialistas en asuntos propios de lo Mercantil celebrado en Valencia los días 1 y 2 de diciembre de 2005 destaca, entre sus conclusiones la siguiente: “Cuatro características esenciales puede entenderse que caracterizan al administrador de hecho: 1º) La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento. 2º) El carácter sistemático, no meramente puntual, del ejercicio de funciones de administración. 3º) El desempeño de funciones propias de administradores legales. 4º) Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no tiene por qué ser propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino que puede versar sobre la adopción de decisiones estratégicas, la determinación del destino de la sociedad”.

¹⁰³⁴ SANCHEZ CALERO, F., *Los Administradores de las sociedades...*, cit., p. 243; ARROYO MARTÍNEZ I., “Comentario al artículo 133 LSA”, en ARROYO I / EMBID, J.M (Dir.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 1546.

¹⁰³⁵ CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad Anónima*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 526; QUIJANO GONZALEZ J., *La responsabilidad civil de los...*, cit., p. 351.

¹⁰³⁶ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., pp. 673 y 674.

¹⁰³⁷ Ante esa situación no pocos autores ponían de relieve el perfil poco claro y de contornos difusos en la construcción de la figura del administrador de hecho. Así, SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 292.

En ausencia de una acepción legal, la doctrina¹⁰³⁸ venía profundizando en la materia centrando la noción del administrador de hecho en las siguientes notas características: invalidez, ausencia o extinción de nombramiento formal como administrador y ejercicio continuado y autónomo de las funciones propias del cargo (ya directamente, ya a través de la influencia sobre los administradores de derecho).

Pues bien, tras la Ley 31/2014, el art. 236 LSC tiene a bien dar una noción legal de administrador de hecho extendiendo a éstos el régimen de los efectos de la infracción de los deberes fiduciarios aplicables a los administradores sociales considerando administrador de hecho a “la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador” así como “aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

Distinguiremos, a efectos expositivos, -pues el examen y desarrollo en profundidad de la figura del administrador de hecho excede del objeto del presente trabajo-, entre los siguientes tipos de administradores de hecho que contempla la disposición legal:

3.1. El administrador de hecho sin título.

Dentro de la figura del administrador sin título cabe apreciar dos clases de conductas que tipifican dos desarrollos funcionales opuestos. Así, por un lado estaría el administrador aparente, artificial o notorio y por otro, el administrador subrepticio u oculto¹⁰³⁹. El primero es el que, careciendo de título idóneo para administrar, se presenta en el tráfico como administrador tanto frente a los socios como frente a terceros.

Esa espuria apariencia del cargo sirve como título de imputación de los efectos de su conducta sin que la ausencia de título válido pueda contrarrestar la exigencia de responsabilidad. Ahora bien, esa apariencia debe ir vinculada a una efectiva gestión y no a una mera representación aparente que represente pero no gestione¹⁰⁴⁰. Por consiguiente

¹⁰³⁸ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, ed. Comares, Granada, 2003, p. 151, donde considera que “para responsabilizar al administrador oculto o indirecto, se requería una previsión legal expresa”. Asimismo, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 185 ss.; GARCÍA CRUCES, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en Juan Carlos SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C / OLEO BANET, F / MARTÍNEZ FLÓREZ, A (Coords.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 527 ss., sostiene que “El elemento común -y jurídicamente relevante- de todos los supuestos que puede abarcar el concepto de administrador de hecho radica en una doble consideración, pues ha de tratarse de un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura de administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido”.

¹⁰³⁹ Distinción acuñada por gran parte de la doctrina como señala PERDICES HUETOS, A. B., “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001), *RdS*, 2002, p. 279.

¹⁰⁴⁰ SJMerc nº 1 de Oviedo de 20.4.2009, señala que “De la prueba practicada se desprende con claridad que XXX realiza actividades de gestión y representativas, pero no con la entidad suficiente para convertirlo en administrador, pues carece de autonomía y de poder de decisión, notas cuya carencia impide atribuirle la condición suplicada a menos que desvirtuemos la figura, ampliando sus contornos, lo que nos llevaría a incluir en la misma a un capataz de obra, a un encargado, a un secretario de administración y, en definitiva, a cualquiera que sea la “cara” de la empresa frente a terceros o desarrolle una actividad gestora por mínima que ésta sea”.

si un sujeto, aún no nombrado formalmente como administrador, genera la apariencia de serlo unido a la gestión efectiva, debe responder como tal¹⁰⁴¹.

El administrador oculto es el que, sin ocupar el cargo ni formal ni aparentemente, ejerce efectivamente las competencias y participan activamente en las decisiones de la sociedad¹⁰⁴². El administrador oculto o administrador en la sombra¹⁰⁴³ es el que realiza funciones de gestión y administración de forma indirecta a través del ejercicio de una influencia decisiva y constante sobre los administradores de derecho¹⁰⁴⁴. Es, por ende, quien real y efectivamente ejerce las funciones de administrador coexistiendo con un administrador de derecho y en connivencia con el quien se somete y ejecuta las decisiones de aquel.

3.2. El administrador de hecho con título nulo o extinguido.

Tradicionalmente la expresión administrador de hecho tendía a equipararse al administrador nombrado de forma irregular, inválida, tácita o implícita o que permanecen en sus cargos aun cuando ha expirado el plazo de duración del mismo y no se ha procedido a realizar un nuevo mandamiento¹⁰⁴⁵. No obstante, esa acepción se dirigía a evitar la acefalia de la sociedad¹⁰⁴⁶ y no a los efectos de extender sobre él el régimen de responsabilidad civil de los administradores de derecho.

No obstante pues, la nulidad del título o la extinción del mismo no faculta a quien ostenta irregularmente el cargo a exonerar su conducta del régimen de responsabilidad señalando la jurisprudencia que, en efecto, la caducidad del cargo no constituye requisito suficiente para entender producido el cese del administrador si se prueba que existió una continuidad en el ejercicio de sus funciones como administrador de hecho.

3.3. Aquellos bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

En este apartado caben una pluralidad de figuras no obstante nos detendremos únicamente en la figura del apoderado¹⁰⁴⁷ y del órgano de administración de la sociedad dominante y su idoneidad para ser considerados administradores de hecho y recibir los efectos del ordenamiento por la infracción de sus deberes fiduciarios. No abarca, en principio, la

¹⁰⁴¹ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 314.

¹⁰⁴² EMBID IRUJO, J. M., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, *RCDI*, núm. 685, 2004, p. 2395.

¹⁰⁴³ Término acuñado en el ordenamiento británico *-shadow director-* se define en la *Company Act* de 2006 Section 251 (1) como “*a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act*”.

¹⁰⁴⁴ SJMerc de Madrid de 6.10.2014.

¹⁰⁴⁵ RDGRN de 24.6.1968.

¹⁰⁴⁶ Así la STS de 9.12.2010 declaraba que “como excepción, en aras al principio de conservación de la empresa y de estabilidad de la sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los mercados y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, razones pragmáticas imponen reconocer a quienes de hecho administran con el cargo caducado facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad”.

¹⁰⁴⁷ LATORRE CHINER, N., “Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la Sentencia del tribunal Supremo de 8 de enero de 2008)”, *RdS*, núm. 32, 2009, pp. 389 ss., señala que la diferencia entre administrador de hecho y apoderado se encuentra en la dependencia del segundo respecto de los administradores de manera que un apoderado general podrá ser calificado como administrador de hecho cuando “de forma continuada desempeñe la actividad de gestión propia de los administradores sin someterse al mandato de éstos o con independencia de los mismos”.

condición de administrador de hecho a los apoderados, siempre y cuando actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos. En esta línea, los apoderados al no constituir órgano de la sociedad y al estar sus relaciones con la misma y con terceros regidas por las normas del mandato, no pueden ser considerados, *ab initio*, administradores de hecho¹⁰⁴⁸.

Dicho lo cual, cabe asimismo señalar que sí cabría la equiparación del apoderado o del factor mercantil al administrador de hecho en los supuestos en que la prueba acredite que actúan o han actuado regularmente en tal condición¹⁰⁴⁹. En este sentido, es necesario que se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho de modo que si los apoderados se limitan al ejercicio de sus funciones mediante una única actuación, de ello no podrá deducirse una actuación continuada requisito exigible para que se esté en presencia de un auténtico administrador de hecho¹⁰⁵⁰.

Ya en cuanto a los administradores de las sociedades dominantes, la doctrina ha venido admitiendo la consideración de administradores de hecho de las sociedades dominantes que *de facto* gestionaban las dominadas señalando, además, que con ello se paliaba la injusta impunidad que, en otro caso, se produciría sobre el administrador de la dominante exonerado del régimen de responsabilidad por los actos realizados por la dominada¹⁰⁵¹.

En sentido contrario, se ha señalado que los administradores de las sociedades dominantes estarían sometidos a un doble régimen de responsabilidad, por un lado como administradores de la dominante y, por otro, como administrador de hecho de la dominada, de forma solidaria junto con los administradores de la misma¹⁰⁵².

Ahora bien, razones poderosas invitaban a sostener lo contrario. Así, a diferencia de los administradores de hecho, los administradores de la dominante no siempre gestionan la dominada sino que tan solo marcan las directrices que debe seguir ésta. Por otra parte, no se trata de un tercero que, *de facto*, gestiona la sociedad como es el administrador de hecho sino un órgano necesario a través del cual la sociedad dominante ejerce la dirección unitaria del grupo¹⁰⁵³.

Pues bien, tras la Ley 3/2014, la nueva redacción del art. 236 LSC no parece dejar lugar a la duda de que tanto el apoderado como el órgano de administración de la sociedad dominante pueden ser considerados como administradores de hecho en la medida en que admite la consideración como tal a cualquier persona “bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

¹⁰⁴⁸ STS de 30.7.2001.

¹⁰⁴⁹ STS de 4.12.2009.

¹⁰⁵⁰ STS de 8.2.2008.

¹⁰⁵¹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad civil de los administradores de la...*, cit., p. 85.

¹⁰⁵² SÁNCHEZ ÁLVARES, M.M., “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *RDM*, nº 27, 1998, pp. 133 y 134.

¹⁰⁵³ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva...”, cit., p. 320.

3.4. Extensión del régimen a quien tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad.

El art. 236.4 LSC presenta un supuesto especial que sólo concurrirá cuando se den los siguientes presupuestos: i) que la sociedad esté gobernada por un órgano de administración y, ii) que el consejo no haya procedido a delegar sus facultades en uno o varios consejeros delegados. Por consiguiente, la presencia de un administrador de hecho es lo que presume el legislador cuando el órgano de gestión es un consejo, y no se ha designado consejero delegado.

Y es que, de todas las posibles estructuras que puede revestir el órgano de administración (administrador único, varios solidarios o conjuntos, consejo de administración), sólo esta última carece de carácter permanente, como órgano colegiado, de modo que solo puede decidir cuando, tras la oportuna convocatoria -salvo consejo universal-, se constituye debidamente y, tras la deliberación, se alumbre un acuerdo social por mayoría. De ello se desprende que, aunque quepa flexibilizar las referidas normas colegiales, la gestión diaria no puede atribuirse al órgano en cuanto tal, que no se encuentra permanentemente constituido, por más que pueda funcionar ágilmente.

Es por ello que la ley presume que, en tales casos, debe concurrir una persona que, con el carácter permanente del que carece el órgano, se ocupe de la administración de la sociedad a modo de “consejero delegado de hecho” dedicada no solo a tareas directivas o de alta dirección, sino precisamente y, con carácter ininterrumpido, a la gestión y a la más alta dirección de la sociedad¹⁰⁵⁴.

Cabe señalar, a modo de conclusión, que la idea de la reforma pretende hacer descansar la administración efectiva como criterio de imputación de responsabilidad en un criterio funcional y no en uno formal¹⁰⁵⁵. Es decir, a los referidos efectos, quien responde no es quien aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social sino quien, funcionalmente, detenta el poder real de la sociedad que es quien, a la postre, toma las decisiones asumiendo los parámetros conductuales de diligencia y lealtad y debe responder por ellas. Esto es, quien, en efecto, ejercen la gestión efectiva, habitual e independiente con particular intensidad, tanto cualitativa como cuantitativa de modo que este ostente el control de hecho de la gestión social¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la...”, cit., pp. 458 y 459.

¹⁰⁵⁵ En tal sentido, la jurisprudencia ha puesto, asimismo, de relieve la figura de un administrador de hecho que ha denominado administrador concurrente de modo que ejerce el poder de gestión y representación de modo conjunto con el administrador de derecho. Así la SJMerc nº 3 de Madrid de 16.7.2013 señala que “Este es, sin duda, el supuesto más problemático y que más dudas nos está planteando en el ámbito forense; aquí la nota de autonomía que suele predicarse del administrador de hecho se difumina y a lo más puede hablarse de paridad o no subordinación”. En sentido similar sostiene la SAP de Alicante de 7.5.2009 que “se admite la existencia de una administración fáctica, no sólo en las hipótesis de autonomía, sino también en las de falta de subordinación a un órgano de la administración social de modo que concurren el administrador formal y el de hecho conjuntamente a regir los designios de la sociedad”.

¹⁰⁵⁶ VÁZQUEZ, ALBERT, D., “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma del gobierno corporativo”, en VÁZQUEZ, ALBERT, D / CALAVIA MOLINERO, J.M., *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Colección RJC, 2015, pp. 171 y 172, sostiene el autor que “Esta regla de la intensidad resulta determinante en la precisa delimitación de la casuística de la administración de hecho, puesto que permite identificar los supuestos patológicos que esta figura pretende solventar y, lo que es igualmente importante, permite excluir los supuestos en los que alguna persona (particularmente socios, directivos, representantes e incluso

Por último, cabe señalar que el supuesto de aplicación del precepto, esto es cuando no existe delegación en uno o varios consejeros delegados pero sí un director general, o quien haga sus veces, investido de facultades de la más alta dirección de la sociedad, impone que en el caso de que sí concurren consejeros delegados y director general, la responsabilidad de este -que tenga atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad- no eximirá la de aquellos¹⁰⁵⁷.

4. Acciones de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades.

4.1. Introducción.

El régimen legal de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital se encuentra establecido en los arts. 236 a 241 bis LSC y se ocupa de establecer los presupuestos sustantivos y procesales específicos de las acciones judiciales ejercitables frente a los administradores por los daños y perjuicios ocasionados en el desarrollo de sus funciones, remitiéndose, en lo no explícitamente regulado, al régimen general de responsabilidad civil previsto en el CC.

La responsabilidad que la normativa mercantil permite exigir al administrador de sociedades puede ser de corte culpabilísimo, subjetivo, aquiliana o por daños, o la denominada responsabilidad solidaria por deuda ajena, de carácter objetivo. En el presente trabajo nos dedicaremos a examinar la responsabilidad por daños cuyos presupuestos ya han sido apuntados si bien, cabe señalar que la denominada responsabilidad por deudas no precisa la existencia de daño, más aún, su objeto no es la indemnización por daños y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia,¹⁰⁵⁸ de hecho se trata de una institución preconsursal dirigida a la liquidación societaria¹⁰⁵⁹.

No obstante, no sería correcto preterir a la acción solidaria por deuda ajena al constituir un mecanismo, asimismo, disponible entre las consecuencias de la infracción de los deberes fiduciarios en la medida en que la falta de disolución de la sociedad como consecuencia de la concurrencia de una causa de disolución y la omisión de la convocatoria de la Junta al efecto, han venido siendo interpretados por la jurisprudencia como una manifiesta infracción de su deber de diligencia¹⁰⁶⁰. No obstante, su carácter objetivo y su apartamiento del régimen ordinario de responsabilidad civil admiten menos discusión y no serán objeto de examen en el presente trabajo.

terceros) participan de forma totalmente regular y legítima en la toma de decisiones sobre la gestión social sin por ello devenir administradores fácticos”.

¹⁰⁵⁷ STS de 2.12.2008.

¹⁰⁵⁸ Cabe, eso sí, señalar sus presupuestos que son: i) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad; ii) omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de causas; iii) transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución; iv) imputabilidad al administrador de la conducta pasiva y v) inexistencia de una causa justificadora de la omisión.

¹⁰⁵⁹ STS de 18.6.2012.

¹⁰⁶⁰ Así, la STS de 19.5.2011, vincula la responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad ante la concurrencia de una causa de disolución a una infracción de los deberes fiduciarios al señalar que los administradores habrían conocido la concurrencia de la causa de disolución, de haber ajustado su comportamiento “al de un ordenado empresario -entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad-”.

Es por ello que, sin ningún ánimo de exhaustividad, entre las acciones de responsabilidad, nos ceñimos a un examen delimitador de la acción social -como conducto idóneo para la exacción de responsabilidad por infracción de los deberes fiduciarios-, pero también se hará referencia a los elementos que describen a la acción individual, su idoneidad para exigir responsabilidad al administrador en la medida en que, como se verá, un sector de la doctrina societaria española ha entendido que el resarcimiento del daño provocado por el incumplimiento de los deberes fiduciarios también podría reclamarse a través de dicha acción.

Distinguir, de entrada, entre la acción social y la individual no parece complejo si partimos de que la distinción se fundamenta en el patrimonio que haya resultado lesionado. Si es el patrimonio social, corresponderá la acción social y si el patrimonio afectado es el individual de socios o terceros, corresponderá la acción individual. Ambas, eso sí, dada su naturaleza resarcitoria, tienen por objeto el restablecimiento del patrimonio dañado. No obstante, su estructura, sin perjuicio de que se juzgue un ilícito orgánico (actuaciones u omisiones en el desempeño del cargo), es la propia de una acción civil de responsabilidad.

En la acción social, la sociedad es, pues, la directamente perjudicada, soportando simplemente los socios y los acreedores un daño reflejo -y, por consiguiente no un daño directo tal y como exige el art. 241 LSC en relación a la acción individual-, de ahí que no sea empleada en la práctica por los acreedores sociales, pues la beneficiaria directa de la eventual condena es la sociedad y, sólo indirectamente, los terceros en la medida en que al incrementarse el haber social sus posibilidades de cobrar aumentan.

La acción individual se concede a los socios y a los terceros para obtener de los administradores, ya jurídicos, ya fácticos, la indemnización por aquellos actos que lesionen directamente sus intereses. A diferencia de la acción social, en la individual los socios o terceros sufren un daño directo, no reflejo, por lo que su legitimación es principal y no subsidiaria. Ejercitan un derecho propio, no ajeno. Reclaman para sí, no para la sociedad¹⁰⁶¹.

No obstante, la aparente inocuidad de la distinción apuntada no es tal en la medida en que tanto la lesión al patrimonio social perjudica, bien sea directa o indirectamente, el interés particular de los socios como la lesión al patrimonio individual perjudica, bien se directa o indirectamente al patrimonio social¹⁰⁶². Es por ello que algún autor, se ha venido apartando del “criterio del patrimonio afectado”, señalando que el criterio de distinción entre la acción social y la individual no es el patrimonio dañado sino el sujeto/interés

¹⁰⁶¹ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 16.

¹⁰⁶² No son pocas las acciones de responsabilidad ejercitadas que, por calificarse como individuales cuando afectaban al patrimonio social o viceversa han sido desestimadas -un ejemplo lo constituye la SAP de Madrid de 11.5.2018 que ejercitándose una acción individual señala “Dado que el daño que se reclama en la demanda se vincula a la apropiación de fondos sociales y a la desviación de clientela a una sociedad constituida por los demandados junto con sus hijos, el daño, de existir, lo sufriría directamente el patrimonio social y sólo indirectamente el demandante, si por esas conductas la sociedad no hubiera podido atender la deuda”-. Ello sin perjuicio de que la confusión en la acción ejercitada no siempre desencadena la desestimación de la demanda y, en tal sentido, sentencias como la de la AP de Madrid de 22.4.1998 o de 12.4.1999 han puesto de relieve que la simple incorrección en la denominación no es obstáculo para que el proceso judicial continúe siempre y cuando a tendiendo a los hechos en que se sustenta la demanda y a su suplico se concluya que la verdadera causa de pedir la constituye una u otra acción.

protegido por la norma que impone el deber que ha sido infringido por el administrador¹⁰⁶³.

En congruencia con lo anterior, con el ejercicio de la acción social de responsabilidad la indemnización o compensación que se consiga deberá necesariamente integrarse en el patrimonio social -con independencia, como veremos, del legitimado que haya provocado la solicitud de responsabilidad-, mientras que en el caso de que se ejercite la acción individual la indemnización que se consiga se destinará a reintegrar el patrimonio del particular socio o acreedor demandante¹⁰⁶⁴.

El párrafo que antecede construye un escenario de extraordinaria elocuencia del que se infiere que las demandas en el que se ejercita la acción social son muy excepcionales. Y es que, aunque por mucho que se otorgue legitimidad para el ejercicio de la acción social a la sociedad -art. 238 LSC-, a los socios -art. 239 LSC- y a los acreedores -art. 240 LSC- tal legitimidad plural no es incompatible con el hecho de que la titularidad de la acción es única y corresponde a la sociedad de suerte que aunque los socios y terceros interpongan la acción no litigan para sí, sino para la sociedad, por haber sido ésta quien sufrió el daño directo.

A ello cabe añadir que, salvo casos de graves perjuicios, la mayoría de los socios que en Junta General, han nombrado a los administradores no estarán interesados en ejercitar la acción social y, normalmente, optarán por otras vías que causen menor impacto en el tráfico y el crédito de la compañía.

Ambas acciones, social e individual, comparten una misma naturaleza subjetiva, aquiliana, a diferencia de la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales del art. 367 LSC. Por consiguiente, los presupuestos precitados de la responsabilidad son predicables de ambas -acción u omisión antijurídica o culpable realizada por los administradores, causación de un daño y relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño-.

¹⁰⁶³ ALFARO ÁGUILA-REAL J., “¿Acción individual y acción de responsabilidad por pérdidas?, en entrada de su blog: <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2018/05/accion-individual-y-accion-de.html>, de fecha 24.5.2018, que, en el sentido apuntado señala que “Por tanto, en todos los casos en los que el acreedor demanda al administrador porque su gestión a cargo de la empresa ha hecho imposible que la sociedad pagara su deuda a ese acreedor, el acreedor ha de alegar y probar que el administrador ha infringido alguna norma que contiene la imposición de un deber al administrador impuesto por el legislador para proteger el derecho o interés del acreedor a cobrar sus deudas”. No obstante, la generalidad de la doctrina sigue identificando al patrimonio dañado como elemento diferenciador entre una y otra acción, así RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber...*, cit., pp. 503 y 504, sostiene que “Esta función de control se practica a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad que aparece justificada como medio de recomponer el patrimonio social a través del mecanismo jurídico de la responsabilidad...” “...La defensa del interés directo del socio que ha sido lesionado por una conducta desleal vendría contenida en la acción individual de responsabilidad que el ordenamiento establece en favor del socio”, o LARA R., “La acción social de responsabilidad: Ejercicio por la sociedad”, en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., p. 103. Asimismo, señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La acción social de responsabilidad (Algunas cuestiones pendientes)”, en *RDM*, nº, 281, 2011, p. 101, que “Sin la lesión del interés social, la acción social de responsabilidad pierde su fundamento”.

¹⁰⁶⁴ ESTEBAN VELASCO G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en BOLÁS ALFONSO, J (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.*, ed. Estudios de derecho judicial, Madrid, 2000, p. 61 sostiene que fue este el elemento utilizado a fin de distinguir la acción social de la individual tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Cabe señalar que del art. 236 LSC se extrae que son dos las fuentes de la responsabilidad, a saber: i) la conducta antijurídica concretada en la violación de normas legales o convencionales y, ii) el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones no estrictamente legales o estatutarias que se derivan del cargo de administrador y que atañen, fundamentalmente al ejercicio de la empresa y la gestión empresarial¹⁰⁶⁵.

De la distinción apuntada puede hacerse un paralelismo con la tipología del deber fiduciario objeto de la infracción. Cuando se trata de la infracción del deber de diligencia, al proyectarse normativamente tal deber en fórmulas paramétricas, cláusulas generales y conceptos indeterminados, ésta merece cumplida prueba que requiere del recurso a instrumentos complejos como lo es el posicionamiento del juzgador *ex post* en las circunstancias concurrentes al tiempo de la realización del acto o de la decisión presuntamente negligente -sesgo retrospectivo-.

Cuando el deber fiduciario infringido es el deber de lealtad donde el dolo se refleja en la actuación interesada que antepone el interés propio al social provocando la consecuente lesión, la incertidumbre es menor -especialmente tras la reforma operada por la Ley 31/2014 en los arts. 228 y 229 LSC-. Y lo es porque, en primer lugar, las conductas desleales, calificadas por el oportunismo y la extracción de ventajas personales, se constituye en un juicio a la buena fe donde, se sobre entiende, todo el mundo sabe dónde están los límites.

En segundo lugar, porque el juicio de la conducta desleal no es técnico ni requiere de un ejercicio posicional complejo e intuitivo que entraña una valoración técnico-jurídica compleja, sino que es de orden moral, de rectitud y de honradez que exige un menor despliegue técnico en beneficio de otro deontológico. La conducta desleal impone el dolo que comprende ese elemento intelectual y volitivo de dañar que no concurre en la infracción al deber de diligencia.

Por último, en el juicio de deslealtad las dificultades de prueba se relajan, y mucho tras la referida reforma, superando el laconismo original de la LSC, al configurarse normativamente un completo conjunto de actuaciones calificadas de conflictuales - obligaciones básicas del deber de lealtad en el art. 228 y situaciones conflictuales en el art. 229 LSC- así como un procedimiento *ad hoc* a los efectos de autorizar o dispensar al administrador para la realización de actividades susceptibles de ser calificadas como conflictuales, esto es, transacciones potencialmente conflictivas¹⁰⁶⁶ en el art. 230 LSC-.

Es pues, diferente la compra por el administrador de una partida de material de un proveedor ante la expectativa razonable, en el marco de su conocimiento y margen de discrecionalidad, de un aumento de la producción que después no se materializa por causas dependientes del mercado, que esa misma compra a otra sociedad de la que el administrador ordenante es, asimismo, administrador -no dispensado- o lo es alguna persona a él vinculada buscando y procurándose, con ello, un beneficio particular. Es por ello que la configuración del régimen de responsabilidad en relación a los deberes fiduciarios ha de mostrarse tan severo con el deber de lealtad como indulgente con el deber de diligencia.

¹⁰⁶⁵ POLO SANCHEZ., “Los Administradores y el Consejo de Administración...”, cit., p. 288.

¹⁰⁶⁶ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., p. 50.

4.2. Cuestiones controvertidas en relación a la legitimación plural y a la acción de responsabilidad ejercitable ante la infracción de los deberes fiduciarios.

Señalado cuanto antecede cabe cuestionarnos acerca de i) si la pluralidad de legitimados para el ejercicio de las acciones de responsabilidad es congruente con la naturaleza y titularidad de la relación fiduciaria del administrador con la sociedad y con los deberes que de ella emanan, y ii) si son admisibles tanto la acción social como la individual para la exigencia de responsabilidad tanto por infracción del deber de diligencia como por infracción del deber de lealtad.

La primera de las cuestiones parte, necesariamente, de la naturaleza ya comentada de la relación fiduciaria que une al administrador con la sociedad. La detentación del poder de gestionar y dirigir una sociedad lleva consigo un régimen tuitivo más intenso. Se trata de una relación especial en la medida en que reviste caracteres propios de corte *intuitu personae* que la separan, en sus extremos configuradores, de las relaciones ordinarias intersubjetivas y en la que terceros a dicha relación no parecen tener cabida en su seno.

El denominado contrato de administración se establece entre el administrador y la sociedad y la relación fiduciaria de administración impone que los deberes fiduciarios sean, exclusivamente, de aquel para con esta, configurando, delimitando y personalizando el contrato de administración. Aunque diferentes autores sostienen esa *vis expansiva* de los deberes fiduciarios para con terceros,¹⁰⁶⁷ tal aserto va acompañado de un necesario ejercicio de “torsión” hermenéutica a la hora de extenderlo a terceros que no intervienen en el contrato directamente.

Desde el respeto académico al contrato de administración y a la relación fiduciaria consecuente, no existe vínculo intersubjetivo más allá de la sociedad y el administrador susceptible de ser ampliado y que admita nuevos vínculos interpersonales fuera de los expresados en el contrato.

Pues bien, en sede de responsabilidad se permite que personas distintas a la sociedad ejerciten acciones de responsabilidad contra los administradores por infracción de los deberes fiduciarios lo cual parece vulnerar -en apariencia, no así en cuanto al beneficiario de la eventual indemnización que será, en todo caso, la sociedad- el elemento personal del contrato de administración generando una legitimación activa artificiosa que parece más preocupada por cumplimentar las exigencias de justicia material que devenir congruente con las partes a quienes les son exigibles los derechos y obligaciones en la relación de administración¹⁰⁶⁸.

Para dar sentido a semejante planteamiento en relación a la idoneidad de la legitimación plural existente para el ejercicio de la acción de responsabilidad caben, entre otros, dos argumentos contrapuestos. En el primero cabe sostener una extensión subjetiva de los sujetos afectados por la relación de administración en la medida en que, los deberes fiduciarios que de aquella emanan, imponen al administrador societario una obligación de gestión leal y diligente. Por tanto, forma parte del contenido de los deberes fiduciarios

¹⁰⁶⁷ Así lo hace, v. gr., ALEJOS GARMENDIA, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad de los...”, cit., p. 15.

¹⁰⁶⁸ STS de 11.12.2015 sostiene que “...el deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra...no a otros intereses formalmente ajenos”.

esa gestión diligente y leal que se extiende no solo a su principal sino a los sujetos con los que se relaciona en el desarrollo del objeto social y sirviendo al interés social.

Un segundo argumento que, *obiter dicta*, en la ordenación actual, resulta *contra legem*, es el de sostener que la acción social de responsabilidad por infracción de los deberes fiduciarios es una acción derivada de la relación de administración y, por tanto, en la que la única y exclusiva legitimación corresponde a la sociedad pues es solamente frente a esta ante la que tiene que responder y a la única a la que debe sus deberes fiduciarios. La acción individual sería la elegida cuando la infracción de los deberes fiduciarios incide en la esfera de una persona distinta de la sociedad¹⁰⁶⁹.

El referido argumento entronca con la segunda de las cuestiones que se abordan en el presente epígrafe, esto es, si son admisibles tanto la acción social como la individual para la exigencia de responsabilidad tanto por infracción del deber de diligencia como por infracción del deber de lealtad. Para dar cuerpo a dicha cuestión vamos a partir, de nuevo, del criterio mayoritario para distinguir entre la acción individual y social es el del “patrimonio afectado”. Tal criterio, aunque mayoritario, resulta inhábil como criterio rector para la selección y aplicación del régimen de ahí que se hayan expuesto argumentos alternativos de mayor concreción e idoneidad para alinearlos con el deber infringido.

Así, se ha sostenido que la distinción más idónea es la que distingue entre el carácter individual o colectivo de los deberes infringidos por la conducta de los administradores. El ejercicio de la acción social procede siempre que los administradores infringen un deber que integra el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad está atribuida a la sociedad. El ejercicio de la acción individual sólo tendrá lugar, en cambio, cuando la conducta de los administradores infringe un deber que integra el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad se atribuye individualmente a cada uno de los socios o terceros¹⁰⁷⁰.

Ahora bien, los deberes de diligencia y de lealtad, ¿son de carácter individual o colectivo? Parece concurrir poco margen a la duda de que ambos deberes integran la relación obligatoria entre la sociedad y el administrador unificada instrumentalmente. Estamos, en ambos casos, ante deberes colectivos que, en ningún caso, integran el contenido de la relación obligatoria que la LSC atribuye a cada uno de los socios o terceros individualmente sino que el contenido y cumplimiento de los deberes fiduciarios se enmarcan dentro del contenido prestacional que emana de la relación de administración de la que son titulares la sociedad y el nombrado -y aceptante, art. 214.3 LSC- del cargo.

El deber de diligencia actúa, a su vez, como cláusula general residual -cláusula integradora- para enjuiciar aquellas conductas de los administradores que se presentan con posterioridad y no habían podido ser previstas *ex ante* de donde colegir su carácter general o colectivo resulta incuestionable¹⁰⁷¹, garantizando que los administradores realizarán las actividades de desarrollo del objeto social en interés de la sociedad.

¹⁰⁶⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad “externa” de los administradores sociales”, *InDret*, núm. 1/2007, señala que “Cuando el administrador incumple sus deberes de diligencia y lealtad como administrador, respondería solamente frente a la sociedad (acción social de responsabilidad), no frente a terceros, a quienes no debe dichos deberes fiduciarios”.

¹⁰⁷⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia”, *RdS*, núm. 7. 1996, p. 51.

¹⁰⁷¹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas...*, cit., p. 383, señala el autor que “...resulta improcedente que acreedores de la sociedad pretendan que se declare la responsabilidad de los

Otro tanto, en cuanto a su carácter colectivo, cabe señalar del deber de lealtad cuya función se sitúa en la proscripción de todas aquellas conductas de los administradores que supongan la obtención de un beneficio por éstos a expensas de la sociedad constituyendo, asimismo, un deber que los administradores están obligados a satisfacer frente al grupo de socios instrumentalmente unificado. Lo que significa que ni los accionistas individualmente ni cualquier tercero pueden, ejercitando la acción individual de responsabilidad, pretender la declaración de responsabilidad de los administradores por infracción de dicho deber¹⁰⁷².

En idéntico sentido al señalado con el deber de diligencia, el deber de lealtad actúa, en su respectivo marco de incidencia, como cláusula general integradora, aún tras la reforma de los arts. 228 y 229 LSC por la Ley 31/2014 donde se han relacionado una completa relación de actuaciones desleales y situaciones conflictuales que no constituyen un *numerus clausus* ante la evidente imposibilidad de prever toda actuación desleal¹⁰⁷³.

Ahora bien, sin perjuicio de la aparente coherencia argumental de la naturaleza de los deberes conforme a lo señalado, no hay que despreciar argumentos que defienden, al mismo tiempo, la existencia de deberes individuales y colectivos derivados del contrato de administración. Es decir, en ocasiones se hace referencia a funciones, obligaciones y deberes de distinta naturaleza: los de los administradores y los de los órganos de administración.

Los primeros, se sitúan en el plano de las normas de conducta o como módulo general integrador o interpretativo de la conducta debida¹⁰⁷⁴ y su incumplimiento permite la exigencia de responsabilidad. En cambio, los segundos son, en realidad, obligaciones que corresponden al órgano de administración y sólo indirectamente, o como efecto individual reflejo de un deber colectivo, a los administradores en tanto que miembros de esos órganos¹⁰⁷⁵.

Con todo, y al margen de cuestiones semánticas y hermenéuticas, no parece prudente condicionar el éxito de la acción por la que se exige responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios a ese examen previo de idoneidad -esto es, si se trata de obligaciones del administrador que responde a deberes individuales, colectivos, como parámetros orgánicos o conductuales-. El referido éxito vendrá condicionado a la concurrencia de la sociedad en la conducta de suerte que esta, de forma mediata o inmediata, debe verse lesionada, de una u otra forma, a través de la conducta infractora.

En ese escenario, como seguidamente veremos, y en aras a la justicia material, la valoración del juzgador no se dirigirá a si el administrador ha infringido un deber

administradores por la infracción del deber de diligencia ejercitando la acción individual de responsabilidad”. En idéntico sentido se pronuncian, entre otras, la STS de 12.6.1995 o la STS de 5.2.1996.¹⁰⁷² STS de 5.2.1992 o STS de 26.6.1994.

¹⁰⁷³ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad de los...”, cit., p. 65.

¹⁰⁷⁴ PEREZ CARRILLO, E.F., “El deber de diligencia de los administradores...”, cit., p. 281.

¹⁰⁷⁵ Así, señala VIVES RUIZ, F., “El alcance del deber de diligencia de los administradores...”, cit., pp. 649 y 650, que cuando la LSC dice, por ejemplo, en su art. 209 que “*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad (...)*”, lo que está queriendo decir es que es competencia de los órganos sociales...Pero cuando, utilizando la misma expresión, dice “*Los administradores deberán desempeñar el cargo (...)*” se está refiriendo a otra cosa: a deberes individuales, a parámetros, estándares o normas de conducta que disciplinan la forma en la que los administradores han de cumplir sus funciones; se refiere a sus deberes-función”.

fiduciario -bien lo considere individual o bien colectivo-, sino si la conducta se ha realizado en el ejercicio de sus funciones pero a título individual (extra societaria), esto es, con evidente extralimitación de sus cometidos, o actuando en el riguroso marco de su carácter de gestor social u orgánico y si concurren los presupuestos examinados que imponen la obligación de resarcimiento.

Y en dicho juicio, no parece posible colegir la idoneidad de que los deberes fiduciarios consecuentes a la relación fiduciaria representativa de administración puedan resultar hábiles para fundamentar la exigencia de responsabilidad por una conducta realizada a título individual, esto es extra societaria. Y decimos “a título individual”, no para alejarla del ejercicio de sus funciones como administrador -en cuyo caso el cauce es el del art. 1902 CC-, sino que la lesión provocada con la infracción del deber sea inocua para la sociedad derivándose daño, no colateral sino directamente, al patrimonio del socio o tercero.

4.3. Carácter solidario de la responsabilidad.

En el marco de los efectos de la infracción de los deberes fiduciarios cabe referirse a la individualización de la responsabilidad en el caso de pluralidad de administradores dado que la LSC, a los efectos de fortalecer el sistema de garantías frente a los perjudicados, impone la solidaridad en la responsabilidad del administrador de sociedades con ciertas salvedades exoneratorias que impondrá al juzgador un análisis casuístico exhaustivo especialmente en aquellas sociedades de gran volumen en las que el órgano de administración se compone, como prevé el art. 249 LSC de “uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas” dotados de autonomía funcional.

En efecto el art. 237 LSC consagra el carácter solidario de la responsabilidad de todos los miembros del órgano de administración que hubieren adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo. El carácter solidario de la responsabilidad vertebró el sistema de derecho de sociedades y se afirma, bien de forma presunta ya en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, bien de forma expresa e indubitada en nuestro derecho desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1989¹⁰⁷⁶.

Sin perjuicio de que la aplicación práctica del precepto no está exenta de controversias¹⁰⁷⁷, cabe poner de manifiesto que la solidaridad juega en todos los casos de órgano de

¹⁰⁷⁶ En efecto, el art. 79 de la LSA de 1951, si bien no proclamaba la solidaridad expresamente, parecía presumirla al regular el régimen de exención individual. El art. 13 de la LSRL de 17 de julio de 1953 contenía ya una declaración expresa de solidaridad cuando la responsabilidad se extendiera a dos o más administradores. Por su parte, la LSA de 1989 impone expresamente la solidaridad en su art. 133.2 reenumerado como art. 133.3 por la Ley 26/2003, de donde toma su base el actual art. 237 LSC. Cabe señalar, como pone de manifiesto MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los...*, cit., p. 27, el carácter absolutamente residual de la operatividad práctica del precepto pues la proporción, según Estadística Mercantil del Colegio de Registradores de España, de sociedades que optan por el consejo de administración es de un 3%, de modo que la construcción dogmática del precepto se debe a los esfuerzos de la doctrina.

¹⁰⁷⁷ Así SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades...*, cit., p. 296., sostiene que la regla de la solidaridad opera tanto en el supuesto de consejo de administración como en el caso de varios administradores que actúen conjuntamente excluyendo la administración única y la solidaria en la que actúan individualmente en cuyo caso se habrá de estar en el examen concreto de la actuación de cada uno de ellos. Asimismo, ARROYO MARTINEZ, I., “Art. 133...”, cit., p. 1412, restringe el precepto al consejo de administración y al órgano pluripersonal solidario, quedando excluido el supuesto de administración

administración plural, a fin de proteger los intereses de terceros que, generalmente, no conocen el sistema de administración adoptado y sin perjuicio de las posibles acciones de repetición entre administradores.

Ahora bien, el propio art. 237 LSC plantea dos circunstancias que, concurriendo, permitirían la exoneración individual del administrador, a saber: i) que no haya tenido intervención en la adopción y ejecución del acto o acuerdo dañoso del que se haya derivado la infracción del deber y, ii) que desconocía su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente al mismo.

La primera de las circunstancias es nuclear y funciona como *conditio sine qua non* para lograr la exoneración. Es decir, habiendo intervención, activa o pasiva, en la adopción o en la ejecución, no puede concurrir la segunda de las circunstancias¹⁰⁷⁸. Por otra parte, salvada la primera circunstancia, ampararse en el mero desconocimiento no libra, *per se*, de responsabilidad al administrador por cuanto tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información que le sirva para el desempeño de sus obligaciones -art. 225.3 LSC-. Por tanto, este desconocimiento con efectos exoneratorios no puede resultar de la simple pasividad o absentismo sino que la ley le exige una conducta positiva: hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, haberse opuesto expresamente a aquél¹⁰⁷⁹.

La doctrina ha puesto de manifiesto lo desafortunado de la fórmula empleada ante la incertidumbre en torno a si estamos ante eximentes alternativas o la segunda constituye una subespecie atenuada de la primera. De ser alternativas, la primera resultaría superflua pues ningún administrador va a esforzarse en probar que “hizo todo lo conveniente para evitar el daño” cuando le basta con acreditar su mera oposición¹⁰⁸⁰.

Ahora bien, como se ha señalado someramente al inicio del presente epígrafe, la regla de la solidaridad, especialmente en las grandes compañías, puede acarrear mayores problemas de los que resuelve. En efecto, si bien la solidaridad es el reflejo natural y necesario de la colegialidad, aplicada ciegamente y sin fisuras no reconoce la realidad organizativa de las grandes empresas en las economías contemporáneas¹⁰⁸¹.

Una regla de solidaridad rigurosamente homogénea que se aplique de forma rígida e inflexible puede producir disfunciones en la administración social. Es decir, la descentralización, distribución funcional y delegación vertical en las organizaciones más complejas aconseja una aplicación cautelosa y meditada de la responsabilidad de acuerdo con la efectiva intervención individual, la división razonable del trabajo y la atribución específica de funciones. Si estas tendencias, exigidas por la dimensión del negocio, la

mancomunada ya que el necesario concurso de los administradores en la decisión es incompatible con la prueba que el precepto exige de no haber intervenido en su adopción y ejecución.

¹⁰⁷⁸ SAP de Madrid, Sección 28ª, de 4.5.2012 sostiene que “constatada una actuación lesiva imputable al órgano de administración, todos sus miembros devienen responsables solidarios, pudiendo exonerarse únicamente aquellos que cumplan la carga de probar que ninguna intervención tuvieron en la misma”.

¹⁰⁷⁹ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los...*, cit., p. 28, señala que “Ciertamente así será cuando el administrador haya formulado oposición al acuerdo, pero cuando se haya abstenido la única opción que le restará es, precisamente, acreditar una actitud positiva tendente a neutralizar el daño que consintió con su previa pasividad”.

¹⁰⁸⁰ POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de...”, cit., p. 372.

¹⁰⁸¹ PAZ-ARES C., “La responsabilidad de los...”, cit., p. 33.

complejidad de las decisiones y las exigencias de especialización, configuran la realidad corporativa, el juicio de responsabilidad derivado de la infracción de los deberes fiduciarios no puede ignorar esta realidad sin producir graves distorsiones en los procesos de toma de decisiones y entorpecer el normal funcionamiento del negocio¹⁰⁸².

En el sentido apuntado, las compañías de gran volumen abogan por la descentralización y especificidad en la toma de decisiones en la forma que admite el art. 249 LSC -con las limitaciones prevenidas en el art. 249 bis acerca de las facultades que son indelegables que introduce la Ley 31/2014- de suerte que en esas facultades indelegables resulta obvia que opera la regla de la solidaridad en toda su amplitud sin perjuicio de la posibilidad de exoneración individual.

Por consiguiente, al compás del art. 237 en relación con el art. 249, el consejero delegado, si quiere destruir la presunción de solidaridad, deberá acreditar que no ha tenido intervención en la adopción ni ejecución del acto o acuerdo (caso de órgano delegado o colegiado), que lo desconocía sin que le fuere exigible su conocimiento o que, conociéndolo hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente al mismo¹⁰⁸³.

4.4. La Acción social de responsabilidad.

4.4.1. Concepto y función.

Como se ha apuntado el cauce que, en orden a la naturaleza de los deberes fiduciarios, resulta idóneo para la exigencia de responsabilidad al administrador de sociedades por infracción de sus deberes fiduciarios viene constituido por la acción social de responsabilidad que se regula en el art. 238 LSC, precepto que se ha mantenido inalterado tras la Ley 31/2014.

Podemos definir la acción social como aquella que la ley concede a la sociedad y subsidiariamente a los socios y a los acreedores -arts. 239 y 240 LSC- para reclamar de los administradores de derecho o de hecho -art. 236.3 LSC-, la reparación del daño causado a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² MARTINEZ ECHEVARRIA, A (Dir.), *Grandes Tratados. Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, ed. Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 2 ss. Por su parte, PAZ-ARES C., “La responsabilidad de los...”, cit., p. 33 y 34 sostiene que “La aplicación plana de la regla de la solidaridad de forma horizontal y, sobre todo, el intento de extenderla también en el eje vertical (órganos delegados) incrementan la incertidumbre, entorpecen la toma de decisiones, disparan el coste económico y actúan en detrimento de la eficiencia de las organizaciones. El creciente proceso de descentralización, distribución funcional y delegación vertical en las organizaciones más complejas aconseja una aplicación meditada de la responsabilidad de acuerdo con la efectiva intervención individual, la división razonable del trabajo y la atribución específica de funciones”.

¹⁰⁸³ STS de 1.12.2008.

¹⁰⁸⁴ La STS de 10.5.2017, se ha pronunciado, en relación a la acción social de responsabilidad, señalando que son sus requisitos:

- i) un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores;
- ii) que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;
- iii) que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;
- iv) que la sociedad sufra un daño; y

En la acción social, decíamos, la sociedad es la directamente perjudicada, soportando simplemente los socios y los acreedores un daño reflejo, de ahí que no sea empleada en la práctica por los acreedores sociales, pues la beneficiaria directa de la potencial condena es la sociedad y sólo indirectamente los terceros en la medida en que al incrementarse el haber social sus posibilidades de cobro aumentan¹⁰⁸⁵.

Es este el criterio tradicionalmente utilizado por la doctrina¹⁰⁸⁶ para individualizar la acción social bajo el criterio siguiente: la titularidad de la acción social pertenece a la sociedad porque la titularidad del patrimonio dañado por la conducta de los administradores pertenece también a la sociedad y, consecuentemente, la indemnización que se obtenga sólo a la sociedad pertenece.

El que la acción social la ejerciten los accionistas o los acreedores no cambia el hecho de que el patrimonio dañado por la actuación negligente o desleal del administrador sigue siendo el de la sociedad. La idoneidad de la acción social orbita pues en torno a la titularidad del patrimonio dañado. No obstante, como se ha señalado, parte de la doctrina considera que el criterio que sirva de distinción para el ejercicio de una u otra acción no es ni puede ser el del patrimonio dañado sino la conducta de los administradores que ha ocasionado semejante lesión¹⁰⁸⁷.

En el marco de la infracción de los deberes fiduciarios, con la remisión al incumplimiento de los deberes que hace el art. 236 LSC, en caso de reclamación judicial y al tratarse de una naturaleza resarcitoria y de apreciación causal, el demandante deberá probar cuál de los deberes fiduciarios ha resultado incumplido, la acción u omisión concreta, el daño producido y la relación, vínculo o nexo causal entre el deber fiduciario incumplido y el daño irrogado.

Por tanto, el ejercicio de la acción social en base al incumplimiento de los deberes fiduciarios abarca aquellas actuaciones lesivas que, siéndolo, no impliquen el incumplimiento de leyes ni de los estatutos sociales, ya que, en tal hipótesis, bastaría con acreditar tales extremos. Se trataría, como se ha señalado anteriormente, de un criterio con contenido indeterminado *a priori*, solamente delimitable *a posteriori*, caso por caso¹⁰⁸⁸.

En cuanto a su función, como se ha apuntado, la naturaleza de las acciones de responsabilidad es resarcitoria, esto es dirigida al restablecimiento del patrimonio que ha sido afectado¹⁰⁸⁹. No obstante, y sin perjuicio de tal naturaleza, tendría también una función preventiva, de control de la actuación de los administradores, de incentivar actuaciones ajustadas a Derecho a través de la “amenaza” de responsabilidad y tuitiva del patrimonio social. Su propósito sería cohibir la actuación antijurídica del administrador, evitándose así los significativos costes de agencia en los que, de otro modo, debería incurrirse para alinear los intereses del administrador con los intereses de la sociedad.

v) que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño”.

¹⁰⁸⁵ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los...*, cit., p. 53.

¹⁰⁸⁶ Por todos, GARRIGUES, J y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., pp. 174 y 175.

¹⁰⁸⁷ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad de los administradores...”, cit., p. 52.

¹⁰⁸⁸ ALONSO ESPINOSA, F., “La responsabilidad civil del administrador...”, cit., pp. 63 y 64.

¹⁰⁸⁹ SSTS de 20.6.2013, de 13.7.2016 o de 27.2.2017, entre muchas otras, señalan que la acción social de responsabilidad “va dirigida a restaurar su patrimonio, resarciendo el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador”.

Tal finalidad protectora del patrimonio social explica que la legitimación para el ejercicio de la acción sea plural atribuyéndose, en primer término a la sociedad, subsidiariamente a los socios, en cuanto que titulares de un interés directo en defensa del patrimonio social y, en último extremo, a los acreedores sociales pues éstos cuentan con el patrimonio social como garantía de sus créditos. En el sentido apuntado, y tal y como seguidamente se expondrá, hay resoluciones que califican esa legitimación plural como “doblemente subsidiaria”¹⁰⁹⁰ e incluso se ha calificado como acción contractual si la ejercita la propia sociedad y, si la ejercitan socios o acreedores, como acción subrogatoria¹⁰⁹¹.

4.4.2. Competencia y legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios del administrador de sociedades.

El órgano societario competente para acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores correspondientes es, de forma exclusiva, la Junta General -art. 238 en relación con el art. 160.b) LSC-. Esa referencia genérica a la competencia exclusiva de la Junta General permite colegir que la junta puede ser tanto ordinaria¹⁰⁹² como extraordinaria¹⁰⁹³, resultando asimismo, irrelevante la forma de convocarla, bien sea judicialmente¹⁰⁹⁴ o en forma universal. Es más, por disposición del art. 208.1, la adopción del acuerdo puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día¹⁰⁹⁵.

En el sentido apuntado, la solicitud por cualquier socio de proponer al pronunciamiento de la Junta General el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores podrá realizarse en cualquier momento de cualquier Junta General válidamente constituida siendo deber del presidente someter a la Junta tal pronunciamiento so pena de incurrir en responsabilidad, salvo en los supuestos de palmario y evidente abuso de derecho por los proponentes¹⁰⁹⁶.

Ante el planteamiento del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores la Junta General podrá optar por los siguientes acuerdos: i) un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, ii) un acuerdo de promoción de la responsabilidad, iii) un acuerdo de renuncia expresa al ejercicio de la acción, iv) un acuerdo de transigir o, v) la falta de adopción de acuerdo alguno.

El acuerdo contrario a entablar la acción social de responsabilidad legitimaría a los socios, conforme al art. 239.1 LSC, para ejercitar la acción en defensa del interés social pero, en absoluto, nos encontraríamos ante el acuerdo de renuncia propio del art. 238.2 LSC¹⁰⁹⁷. En cuanto al acuerdo de promover la acción, no deslegitima a la minoría para ejercer la acción en la medida en que la sociedad tiene, por disposición del art. 239.1 LSC el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo para ejercer la acción social transcurrido el cual deja expedita la incoación de la acción por parte de los socios.

¹⁰⁹⁰ SAP de Madrid de 7.4.2001 o de 21.12.2002.

¹⁰⁹¹ SAP de Almería de 9.3.2002.

¹⁰⁹² SAP de Baleares de 17.2.2003.

¹⁰⁹³ STS de 29.3.2010.

¹⁰⁹⁴ SAP de Tarragona de 4.3.2003.

¹⁰⁹⁵ SAP de Vizcaya de 16.9.2010.

¹⁰⁹⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad...”, cit., p. 65.

¹⁰⁹⁷ STS de 11.2.2004.

En cuanto al acuerdo de renuncia, este impondrá, como presupuesto previo, el acuerdo de promoción de la responsabilidad. En tal caso de renuncia al ejercicio de la acción o a la continuación del procedimiento judicial ya entablado cabrá un derecho de oposición -veto- de la minoría. En cuanto a la adopción del acuerdo de transacción con los administradores afectados, en tal caso, la Junta estaría adoptando un acuerdo de aprobación de un convenio a fin de que el patrimonio dañado por la actuación de los administradores quedase reintegrado.

Para la adopción del acuerdo de transacción sería irrelevante que previamente se hubiese tomado un acuerdo de promoción de la responsabilidad pudiendo adoptar el acuerdo de transacción en sustitución del de ejercicio de la acción¹⁰⁹⁸. Ahora bien, no será posible adoptar ni el acuerdo de transacción ni el de renuncia cuando se opongan a cualquiera de ellos socios que representen el cinco por ciento del capital social (que deben entenderse en relación al suscrito y no sólo al concurrente) -art. 238.2 LSC-.

En tal escenario, el legislador ha considerado incompatible para el cargo de administrador a la persona cuya responsabilidad ha sido cuestionada por la asamblea de socios bien al acordar la promoción de la acción de responsabilidad frente a ella bien al transigir de la misma. En el referido sentido, desde el momento en que se acuerda entablar acción judicial de responsabilidad contra el administrador o se realiza una transacción sobre dicha responsabilidad con el propio administrador, la conducta de éste se ve cuestionada¹⁰⁹⁹, viéndose pues comprometida la relación fiduciaria al ponerse en tela de juicio su elemento nuclear, la *fides*.

Un último supuesto es el de falta de adopción de cualquier acuerdo. Se trataría del supuesto en que la Junta General se negase a entrar a discutir el asunto de responsabilidad planteado por cualquier accionista, sin previa constancia del punto en el orden de día. En este caso, al no haber un acuerdo contrario a la promoción de la responsabilidad, tampoco estaría legitimada la minoría para el ejercicio de la acción -salvo que la acción social se fundamente en la infracción del deber de lealtad-.

Ahora bien, en el caso referido, la minoría podría solicitar la convocatoria de la Junta General para que entrase a abordar el punto del orden del día pretendido debiendo, en tal caso la Junta, imperativamente, juzgar sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad¹¹⁰⁰.

Ya en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción, los arts. 238, 239 y 240 LSC contemplan una suerte de legitimación escalonada o en cascada en la que cabe distinguir entre: a) una legitimación activa directa de la propia sociedad, b) una legitimación de los socios y acreedores dentro de la cual podemos distinguir entre: una legitimación subsidiaria de primer grado y una legitimación directa de los socios minoritarios y una legitimación subsidiaria de segundo grado por los acreedores.

¹⁰⁹⁸ LARA R., “La acción social de responsabilidad...”, cit., p. 113.

¹⁰⁹⁹ GARRIGUES, J / URÍA, R / MENÉNDEZ, a / OLIVENCIA, M., *Comentario a la ley de sociedades...*, cit., p. 176.

¹¹⁰⁰ GÓMEZ SUÁREZ-LLANOS, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima”, *ADC*, vol. 15, núm. 4, 1962, p. 927.

4.4.2.1. Legitimación activa directa por la propia sociedad.

Cuando la conducta de los administradores infrinja un deber que integra el contenido de la relación obligatoria sociedad-administrador, como son los deberes de diligencia y de lealtad, la sociedad está legitimada para ejercitar la acción social de responsabilidad¹¹⁰¹. En tal caso, conviene advertir, que el propio precepto -art. 238.1.1º *in fine* LSC- prevé que los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. Por consiguiente, la mayoría requerida será la que previene el art. 198 LSC sin que se precisen las mayorías reforzadas del art. 199 del mismo cuerpo legal.

Como se ha señalado, la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad conllevaría la remoción del cargo del administrador -art. 238.3 LSC-, en la medida en que dicha decisión implicaría una pérdida de la confianza en los administradores afectados por la acción, debiendo ser ejercitada por los administradores no afectados, por los administradores suplentes o, en su defecto, por los nuevos miembros del órgano designados¹¹⁰². Por expresa e idéntica disposición legal -art. 238.3 LSC-, la decisión de transigir de la acción de responsabilidad también determina la destitución de los administradores afectados. Sin embargo, nada indica la ley respecto a la destitución en caso de renuncia de la acción.

4.4.2.2. Legitimación de los socios y acreedores.

Desde 1951, nuestro legislador ha establecido, junto con la legitimación de la sociedad a través de la junta general, una legitimación subsidiaria indirecta a favor de los socios que representen una determinada cuota del capital, con una subsidiariedad -de segundo grado- que alcanza a los acreedores sociales, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

La modificación del régimen de la acción social por la Ley 31/2014 se ha centrado en una importante reforma del art. 239 LSC que permita ahora una mayor accesibilidad de los socios minoritarios para entablar la acción social. Es la sociedad la titular del interés cuya tutela jurídica se trataba de proteger permitiendo a los socios y acreedores una legitimación subsidiaria e indirecta¹¹⁰³.

Pues bien, tras la reforma, encontramos una suerte de doble vía en la legitimación de los socios minoritarios, ya que existe un mecanismo general de legitimación subsidiaria y un nuevo instrumento que constituye una verdadera legitimación activa directa, no subsidiaria, de los socios para interponer la acción social en supuestos de infracción del deber de lealtad.

¹¹⁰¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los...”, cit., p. 1708, señala que “la sociedad gozaría de una legitimación de primer grado, pero la misma no sería ni exclusiva ni excluyente”.

¹¹⁰² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La acción social...”, cit., p. 103, ha señalado que “la destitución que conlleva la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad podría inducir el uso indebido de la misma con respecto a la finalidad legalmente establecida. En efecto, podría ser utilizada para lograr la destitución de los administradores sociales, antes que para su concreta responsabilidad por los daños ocasionados a la sociedad administrada”.

¹¹⁰³ JUSTE MENCIA, J., “La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., p. 123.

a) Legitimación subsidiaria de primer grado de los socios¹¹⁰⁴.

Los supuestos de legitimación subsidiaria son, en buena medida, instrumentos que el legislador incorpora a la norma para asegurar el ejercicio de la acción social como forma de protección *prima facie* del propio ente social y, en un segundo término, como forma de salvaguardar el interés de socios y acreedores en la correcta gestión de la sociedad y en el mantenimiento del patrimonio de ésta.

Se trata de impedir, a través del ejercicio de la acción social por socios o acreedores, que las mismas mayorías que propiciaron la elección del órgano de administración impidan, con su voto negativo en junta, fiscalizar la conducta y exigir responsabilidad a dichos administradores a través del ejercicio de la acción.

Por consiguiente, la *ratio* de la legitimación subsidiaria de la minoría es de sencilla justificación: siendo los administradores, ordinariamente, personas de confianza de los mayoritarios, el riesgo de que el primer legitimado -mayoría de socios o accionistas en Junta general- no actúe contra los administradores es elevado¹¹⁰⁵. Teniendo pues lo socios interés en el mantenimiento del patrimonio social, éstos soportan, al menos de manera refleja, los daños irrogados en dicho patrimonio por la conducta antijurídica de los administradores¹¹⁰⁶.

La legitimación de la minoría impone un *quorum* que permita solicitar la convocatoria de la junta general -esto es, el 5% en las sociedades no cotizadas conforme al art. 168 LSC y el 3% en el caso de las cotizadas conforme al art 495.2 LSC-¹¹⁰⁷ tratándose, tradicionalmente, de una legitimación por sustitución -de la sociedad- pudiendo poseerse tal participación de manera individual o conjuntamente¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ Lo que contiene el art. 239.1 LSC es un supuesto de legitimación extraordinaria de aquéllos previstos en el art. 10 LEC -en el marco de la denominada legitimación *ad causam*- y que supone la atribución de legitimación *ex lege* a un sujeto distinto del titular de la acción. Estaríamos pues ante un supuesto de legitimación representativa ya que los socios comparecerían en el proceso en su propio nombre pero, en base a una habilitación legal -art. 239.1 LSC- si bien, también se ha defendido, que podría tratarse de un supuesto de legitimación ordinaria directa. Así lo hace HERRERA CUEVAS, E., “La responsabilidad de los administradores (II). La acción social de responsabilidad (artículo 134 TRLSA)”, en GIMENO-BAYÓN, R y GARRIDO, L (Dirs.), *Órganos de la Sociedad de Capital*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1038.

¹¹⁰⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad...”, cit., p. 54, sostiene que “Los incentivos de los administradores para satisfacer la solicitud de convocatoria de una junta general para que decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad son muy escasos. As, en el caso de que la solicitud tenga algún fundamento, los administradores solo pueden verse perjudicados convocando la junta y la infracción del deber de convocarla no añade sino un motivo más para exigir responsabilidad. Tampoco cuando la solicitud carece de fundamento son mayores los incentivos de los administradores para convocar la Junta pues, aunque sin posibilidad de éxito, la mera discusión sobre el ejercicio de la social de responsabilidad afectará a su reputación”.

¹¹⁰⁶ SALDAÑA VILLOLDO, B., “Acciones de responsabilidad: arts. 239 a 241 bis” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y...*, cit., pp. 371-372.

¹¹⁰⁷ Ahora bien, como cabe establecer estatutariamente un porcentaje menor al 5% del capital social para poder convocar junta, ello afectaría automática y correlativamente, a dicho porcentaje exigido para el ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad.

¹¹⁰⁸ SALDAÑA VILLOLDO, B., “Acciones de responsabilidad...”, cit., p. 384, señala que “Además, la referencia del art. 239.1 LSC a los socios que posean conjuntamente capital que les permita convocar junta debe entenderse que proyecta dicha actuación conjunta no solo al momento de convocar la junta general, sino igualmente al ejercicio posterior de la acción social. En el caso de que la acción la formularan varios socios lo deberán hacer de forma conjunta, asimilándose su situación a la de un litisconsorcio pasivo necesario, actuando bajo una misma representación procesal y bajo una misma dirección letrada”.

Ese *quorum* ha de cumplir el requisito formal de solicitar la convocatoria mediante requerimiento notarial e incluir, entre las materias que incluyen el orden del día propuesto, la aprobación del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad contra los administradores.

Además de la minoría cualificada indicada han de concurrir alguno de los siguientes supuestos:

- a) Falta de convocatoria: si la minoría solicita la convocatoria de Junta al efecto de que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad los administradores deben convocarla, en caso contrario surge el primer supuesto de legitimación por sustitución a favor de la minoría¹¹⁰⁹.
- b) Acuerdo favorable pero no ejecutado: sería el caso de que la sociedad adopta el acuerdo de entablar la acción social pero no lo hace dentro del plazo de un mes.
- c) Acuerdo contrario: pues la minoría podrá también entablar la acción social cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad de los administradores.

Ahora bien, cabe poner de relieve que, si bien la opción legislativa aproxima y conjuga mejor el derecho del socio minoritario a convocar junta con su derecho a demandar a los administradores con base en la acción social garantizando sus derechos políticos con la posibilidad de fiscalizar la gestión social y participa en la misma a través de la junta -art. 161 que, asimismo, tiene nueva redacción tras la Ley 31/2014-, no es menos cierto que la medida puede intensificar la inhibición y desmotivación del administrador por asumir o mantenerse en el cargo¹¹¹⁰.

Otro caso en el que la minoría de socios puede intervenir en defensa del interés social es cuando la acción social ejercitada por decisión de la Junta General se encuentra abocada –voluntaria o involuntariamente- al fracaso. Al respecto, se ha señalado que, aunque la ley no lo contemple expresamente, debería admitirse la acumulación en el mismo proceso de la acción ejercitada por la Junta y de la ejercitada por los socios, autorizada por la LEC. La acción directa correspondería a la sociedad y la coadyuvante, a los socios¹¹¹¹.

Cabe señalar, por último, que nada dice el art 239 LSC en relación al plazo para que los accionistas minoritarios ejerciten la acción social de responsabilidad, pasado el cual se otorgaría legitimación a los acreedores. Al respecto, se ha señalado que la solución más

¹¹⁰⁹ No señalando el art. 239 LSC nada en relación al plazo en que han de convocar los administradores la Junta, ha de entenderse aplicable la regla general del art. 168 debiendo pues, convocarse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que la minoría hubiere requerido notarialmente a los administradores a tal fin.

¹¹¹⁰ Si bien, dependerá de la sociedad, su volumen y la distribución de su titularidad, el administrador puede verse sometido a una acción social por un 5% del capital social contrario su gestión o con el que siente animadversión personal. A ello hay que añadir que las posibilidades de fiscalización y monitorización de la Junta General sobre el órgano de administración se ven ampliadas con la nueva redacción del art. 161 LSC que incluye impartir órdenes e instrucciones al órgano de administración o someter a la autorización de la junta determinados asuntos de gestión.

¹¹¹¹ STS de 30.11.2000.

lógica sería establecer el mismo plazo que se otorga a la sociedad -un mes-, contado a partir de que los accionistas minoritarios hubieran conocido que la sociedad no interpuso la acción¹¹¹².

b) Legitimación directa de los socios minoritarios por infracciones al deber de lealtad.

El protagonismo que al tratamiento del deber de lealtad se le ha dado a la LSC por la Ley 31/2014 como elemento nuclear y rector de una correcta estrategia de gobierno corporativo se refleja, además de los preceptos que conforman el estatuto de deberes del administrador, en otros tales como en el párrafo segundo del art. 239.1 LSC que admite el ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad y ello sin necesidad de someter la decisión a la Junta General.

La legitimación directa de los socios en el caso de infracción de los deberes de lealtad del administrador constituye una verdadera novedad en nuestro ordenamiento si bien se enmarca dentro de los efectos consecuentes al reforzamiento del deber de lealtad y a la profunda modificación e intensificación funcional de los deberes fiduciarios en la LSC como consecuencia de la Ley 31/2014¹¹¹³.

De hecho, la atribución directa de legitimación a los socios para ejercitar la acción de responsabilidad por infracción del deber de lealtad tiene un marcado carácter excepcional, no sólo porque se separa de la regla general -art. 11 LEC- y de la regla especial en materia de acción de responsabilidad -art. 239.1.1 LSC- sino porque, como veremos, ni tan siquiera se extiende a la acción de enriquecimiento injusto -art. 227.2 LSC- ni a las acciones que se prevén en el art 232 LSC, todas ellas, caracterizadas por constituir sanciones que expresamente impone la Ley a los administradores por el incumplimiento del deber de lealtad.

No obstante, si bien se ha calificado la acción como “directa” ello no puede alterar la verdadera naturaleza indirecta de la legitimación -art. 10 LEC- puesto que el único patrimonio que cabe reparar con el ejercicio de la acción social es el de la compañía. Es directa porque no precisa requerir de los administradores la convocatoria de la Junta de modo que no se exige otra voluntad que la del actor para incoar la acción que, eso sí, en todo caso deberá estar basada en la infracción de los deberes de lealtad.

Por consiguiente, la conducta de los administradores debe subsumirse, bien en la cláusula general del art. 227 LSC -por anteponer los intereses personales o los de un tercero a los de la sociedad-, bien en algunas de las obligaciones básicas contempladas en el art. 228 LSC o en la concurrencia de situaciones conflictuales de las prevenidas en el art. 229 LSC siempre que no se haya obtenido la oportuna dispensa de conformidad con el art. 230 LSC. Fuera de estos casos, la acción social no podrá interponerse sino cumpliendo los requisitos expresados en el art. 239.1 LSC.

¹¹¹² STS de 9.4.2003.

¹¹¹³ Según los autores del “*Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*” de 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materias de gobierno corporativo, antecedente directo de la reforma, se pretende favorecer que la minoría entable la acción de responsabilidad “sin necesidad de que se pronuncie sobre ello la Junta General” siguiendo el Informe Aldama y, en idéntico sentido, PAZ-ARES, C., *La responsabilidad de los administradores...*, cit., pp. 80 ss.

c) Legitimación subsidiaria de segundo grado por los acreedores.

El art. 240 LSC prevé la legitimación activa de los acreedores sociales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando la misma no hubiera sido ejercitada por la sociedad ni por los socios, y sólo en el caso de que el patrimonio social no resulte suficiente para la satisfacción de sus créditos, de ahí que se le denomine, legitimación subsidiaria de segundo grado.

Es decir, que los presupuestos que deben cumplirse para que los acreedores puedan promover la acción social serían dos: i) falta de ejercicio por los demás legitimados, según los plazos previstos en los párrafos anteriores, y ii) insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos del acreedor que pretende ejercitar la acción social.

Este último presupuesto aproxima notablemente el supuesto al requerido para la apertura del concurso según la renovada legislación -art. 2 LC- por lo tanto el ejercicio de las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder frente a los administradores de la sociedad concursada -art 48 LC- como las consecuencias patrimoniales que pudieran producirse por la calificación del concurso como culpable -art. 172 LSC- habrán de examinarse, en la mayor parte de los casos, a la luz de la ordenación concursal¹¹¹⁴.

El carácter doblemente subsidiario, indirecto y débil¹¹¹⁵ de la protección de los acreedores a través de esta acción la ha convertido en un recurso escasamente utilizado. Y así, como el patrimonio beneficiario de la indemnización será, exclusivamente, el social, no es posible advertir las ventajas de iniciar, con los presupuestos legales mencionados, un procedimiento al margen de la apertura del concurso.

La subsidiariedad -o doble subsidiariedad- pierde su razón de ser en el supuesto de concurso, en el que los intereses de los acreedores sobre el patrimonio social anteceden, por razones obvias, al de los socios o accionistas frente al patrimonio social, especialmente cuando se trata de graduar la precedencia de la actuación de unos y otros con el fin de incrementar la masa activa¹¹¹⁶.

4.5. La Acción individual de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad se regula en el art. 241 LSC. La naturaleza de la acción individual ha generado abundante literatura¹¹¹⁷. El debate en torno a la misma se centra en si realmente estamos ante una acción resarcitoria independiente siéndole pues, de aplicación el art. 236 y siguientes y, por consiguiente, las normas referidas a los

¹¹¹⁴ JUSTE MENCIA, J., “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., p. 182, que señala que “al no haberse producido reforma alguna del art. 240 LSC con ocasión de la aprobación y reforma de la ley concursal, es posible teóricamente que los acreedores sociales demanden, en beneficio de la sociedad, a los administradores, para que reparen el daño causado por su conducta negligente al patrimonio social, sin necesidad de abrir aquel procedimiento”.

¹¹¹⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad...”, cit., p. 76.

¹¹¹⁶ JUSTE MENCIA, J., “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el...”, cit., p. 183.

¹¹¹⁷ Por todos, véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 126 ss.; ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad...”, cit., pp. 169 ss.; o ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad "externa"...”, cit., p. 6 ss.

deberes fiduciarios (arts. 225 y ss LSC) o si, por el contrario, se entiende que el art. 241 LSC es, simplemente, una norma de remisión al régimen general de responsabilidad civil previsto en el art. 1902 CC.

4.5.1. Presupuestos.

A lo largo de los años, doctrina y jurisprudencia han contribuido a delimitar las notas características y exigencias que han de concurrir en la acción individual de responsabilidad constituyendo esa labor delimitadora objeto de un generoso esfuerzo por parte de la Sala Primera del TS que ha venido exigiendo, para que nazca la responsabilidad de los administradores a título individual, la concurrencia de los siguientes requisitos¹¹¹⁸:

i) Que se haya producido un daño al socio o a los terceros, que ha de consistir en una lesión directa de su patrimonio por lo que no basta acreditar la mera insolvencia de la sociedad¹¹¹⁹ o el cierre de hecho de la empresa¹¹²⁰, por citar algún ejemplo, ii) que se hayan producido actos u omisiones negligentes por parte de los administradores, por incumplimiento de la obligación de proceder como un ordenado empresario, pues no es necesario que se haya producido un acto contrario a la Ley o a los estatutos sociales, sino que basta con que se haya omitido la diligencia que corresponde a un ordenado empresario y representante leal, iii) que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño¹¹²¹, y iv) que el daño ocasionado al socio, acreedor o tercero sea directo¹¹²², lo que permite diferenciar la acción individual de responsabilidad de la social.

¹¹¹⁸ SSTS de 14.3.2004, de 14.3.2007 o de 4.11.2010, entre otras.

¹¹¹⁹ Así la STS de 22.12.2012 señala que “las diferencias, errores o desajustes en la contabilidad de una sociedad publicada en el Registro Mercantil para información general, en sí mismas no son necesariamente aptas, adecuadas causalmente, para una acción individual contra sus administradores”. No obstante, el impago parcial de los créditos a los proveedores era un perjuicio directo en la medida “en que la conducta ilícita de los administradores les había llevado a confiar en la situación patrimonial aparente y a seguir contratando sin recabar especiales garantías para prevenir del riesgo de incumplimiento por la sociedad”. Por su parte, la STS de 9.1.2005 establece que “el presupuesto básico viene determinado por la existencia de un daño directo, que no puede consistir meramente en la insolvencia”.

¹¹²⁰ La STS de 13.7.2016 aborda el examen de la acción individual de responsabilidad de los administradores en el caso de lo que, comúnmente, se conoce como el “persianazo”. La resolución señala que “La procedencia de la referida acción individual exige los presupuestos de la concurrencia de daño efectivo que aquí ha quedado demostrado (impago de las deudas contraídas), actuación negligente del administrador que se constata, pues se produjo el cese de la actividad que constituía el objeto social de la empresa y cierre de “facto” de su establecimiento, sin haber cancelado el crédito pendiente, a lo que se anuda que, ante la situación constatada de insolvencia, no haberse producido suspensión o quiebra, ni la disolución y liquidación de la sociedad, pues los administradores no pueden limitarse a eliminar la sociedad sin más, ya que deben liquidarla en cualquiera de las formas previstas legalmente y que están precisamente orientadas a salvaguardar los intereses de terceros en el patrimonio social”. Otras sentencias relativas al denominado “persianazo” son las SSTS de 18.4.2016, de 9.4.2001 o de 14.5.2008.

¹¹²¹ STS de 28.6.2000, señala en FJ2º que “La sentencia de la Audiencia que se recurre sustenta la responsabilidad del administrador en la situación deficitaria de la sociedad, en su precariedad económica que le ha impedido el pago de las cantidades adeudadas. Pero tampoco (como la sentencia de primera instancia) establece la más mínima conexión entre la actuación del administrador y esa situación deficitaria, no se dice que por incumplimiento de sus deberes legales se ha visto abocada la sociedad a no poder pagar las deudas. Por ello esta Sala ha de aceptar la queja del recurrente de que se ha interpretado erróneamente el art. 135 LSA/1989, ante la falta de causalidad entre la actuación del administrador y la indemnización del daño que se reclama. No basta que el tercero lo haya sufrido, sino que es necesario la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente los daños a tercero, indemnizables de acuerdo, si han sido realizados como tales administradores”.

¹¹²² PICO I JUNOY, J., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Aspectos procesales”. V|Lex, en el Link: <http://vlex.com/vid/administradores-mercantiles-procesales-39127511>, p.

Es decir, no se pretende restablecer el patrimonio social sino reparar el perjuicio en el patrimonio de socios o terceros. El daño causado al socio o tercero no tendrá el carácter de “directo” cuando constituya un efecto reflejo del daño a la sociedad. Es decir, una disminución del patrimonio social provoca una disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que el socio es titular pudiendo, asimismo, provocar el efecto de impedir el reparto de dividendos sociales o que estos se repartan en menor medida. Ese daño individual es consecuente al social. No es directo sino reflejo de modo que no admitiría el ejercicio de la acción social debiendo, la indemnización que eventualmente se obtenga, reparar el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros¹¹²³.

Ahora bien, tal distinción resulta más difícil cuando el tercero perjudicado es un acreedor que ve su crédito impagado como consecuencia de una insuficiencia patrimonial de la sociedad imputable a una conducta del administrador que no se limita a una aminoración del patrimonio del deudor. En tal sentido, para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social como daño ocasionado al acreedor debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social de modo que es necesario que ese daño directo al acreedor incida directamente en la insatisfacción del crédito¹¹²⁴.

Ello impone al acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladar a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento¹¹²⁵. Así, y en el referido sentido, la jurisprudencia viene reiterando que el conocimiento *ex ante* de las dificultades de la empresa no puede fundamentar una acción de responsabilidad por el tercero que ve sus créditos insatisfechos.

4.5.2. Naturaleza e idoneidad de la acción individual para exigir responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios derivados del contrato de administración.

La acepción, o no, de la acción individual como acción autónoma o derivada del régimen general de responsabilidad civil no es baladí. La elección de una u otra tesis es, *ab initio*, relevante para la elección del potencial demandante: conforme al régimen previsto en el art. 1902 CC, aquél debería probar todos los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil respecto de cada uno de los administradores.

15/26 *in fine*, sostiene que “Este daño debe ser directo sobre el patrimonio del socio o tercero, no pudiéndose tomar en consideración el daño secundario que pueda sufrir a través del desvalor que pueda tener el patrimonio de la sociedad. En este sentido, la STS de 22.1.2004, en su FJ3º destaca que la acción individual de responsabilidad social “tiende, no a la indemnización de daños indirectamente causados al socio o al acreedor a través del patrimonio de la sociedad, que se designan como daños secundarios, sino a indemnizar al tercero directamente sufridor por tal demandante en su patrimonio y que se designan como daños primarios”.

¹¹²³ STS de 27.2.2017.

¹¹²⁴ STS de 13.7.2016.

¹¹²⁵ STS de 18.4.2016. En tal sentido, copiosa jurisprudencia viene reiterando que el conocimiento *ex ante* de las dificultades de la empresa no puede fundamentar una acción de responsabilidad por el tercero que ve sus créditos insatisfechos. Así, entre muchas otras, la STS de 26.4.2005 señala que “la contratación tuvo lugar conociendo la recurrente, conforme lo que queda dicho, las dificultades económicas de la sociedad, y las aceptó [...] resulta inaplicable [la acción de responsabilidad del administrador social] desde el momento en que los administradores realizaron los pedidos a la compañía vendedora que conocía suficientemente las dificultades que se presentarían para el cobro de su precio”.

Por el contrario, el art. 237 LSC instituye la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración y el art. 236 LSC establece la inversión de la carga de la prueba del dolo o la culpa a favor de los terceros perjudicados. Además, de excluirse el régimen de la LSC en la acción individual, la extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho y personas asimiladas sería teóricamente inaplicable en los supuestos en que se ejercitara aquella¹¹²⁶.

La solución no es pacífica. Así, un amplio sector de la doctrina¹¹²⁷ sostiene que el régimen aplicable a la acción individual es el previsto para las acciones de responsabilidad civil extracontractual en los arts. 1902 y ss., CC, no resultando aplicables las especificidades previstas para la acción social de responsabilidad (art. 236 y ss. LSC). Opinión que ha encontrado respaldo en la jurisprudencia -no pacífica al respecto- que ha advertido que del texto de la norma no se deriva la aplicación de la solidaridad, prevista en el ámbito de la acción social de responsabilidad (art. 237 LSC), cuando se ejerce la acción individual¹¹²⁸.

Ahora bien, otro sector doctrinal¹¹²⁹ ha sostenido que la racionalidad del sistema exige que la acción individual de responsabilidad civil sea subsumida en el mismo régimen especial previsto para la acción social de suerte que el fundamento teórico de la responsabilidad frente a socios o terceros hay que situarlo en la protección de las expectativas sociales generadas en el tráfico siendo el medio *ad hoc* para reconocer esa confianza, reconocer a favor de los posibles perjudicados una acción para exigir la indemnización cuya propia existencia genere la confianza¹¹³⁰.

Por consiguiente, según el criterio apuntado, siendo los sujetos legitimados y el patrimonio dañado distintos, la eventual responsabilidad civil de los administradores se funda, tanto en la acción social como en la individual, en la infracción de las obligaciones impuestas por el ordenamiento en su condición de órgano de administración de la sociedad, bien en protección de los intereses de la sociedad o de los socios, bien en protección de los intereses de los acreedores o de otros terceros que entran en contacto con la sociedad¹¹³¹. En este sentido, tan especial del Derecho societario es la acción social como la individual¹¹³² siendo esta asimismo susceptible de vehicular una acción de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios¹¹³³.

¹¹²⁶ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 331.

¹¹²⁷ Así lo defienden autores como: ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones...”, cit., pp. 1684 ss.; ALONSO ESPINOSA, F., “La responsabilidad civil del administrador...”, cit., p. 120; ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad...”, cit., p. 658; ALCALÁ DÍAZ, M.A., “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores (STS de 21.5.1992)”, en RdS, nº 1, 1993, p. 169.

¹¹²⁸ STS de 14.10.2010.

¹¹²⁹ Así, MARIN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “La acción individual de responsabilidad frente a los administradores...”, cit., p. 131.

¹¹³⁰ La jurisprudencia más reciente ha venido alineándose en dicho criterio señalando, entre otras en la STS de 3.9.2014 que “La acción social de responsabilidad -art. 238 LSC- tiene por objeto el resarcimiento del patrimonio social, en tanto que la acción individual de responsabilidad busca el resarcimiento del patrimonio del acreedor (tercero) cuando se lesionan directamente sus intereses -art. 241 LSC-. Sin embargo, los presupuestos de ambas acciones de responsabilidad son los mismos, sólo cambia la finalidad de la acción”.

¹¹³¹ STS de 24.5.2014.

¹¹³² LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad...”, cit., p. 60.

¹¹³³ Así, señala la STS de 3.3.2016 que “La acción individual de responsabilidad se presenta como modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por los administradores en el desempeño de las funciones de su cargo, constituyendo un supuesto especial de responsabilidad

En tal sentido, se ha sostenido que la nueva redacción del art. 241 bis LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014 ha venido a confirmar este último criterio al referirse a la prescripción, indistintamente, tanto de la acción social como de la individual, estatuyendo un estatuto jurídico único para ambas acciones¹¹³⁴. No obstante, hay que matizar el carácter “societario” o “civil” de la acción individual tanto en relación con el contrato de administración como con la actuación lesiva del administrador.

En efecto, la distinción de cuándo, en el caso de daños a socios o terceros, resulta de aplicación la acción individual del art. 241 LSC o la genérica acción de responsabilidad del art. 1902 CC ha de derivar del carácter orgánico, o no, de la actividad desplegada generadora del daño. Cuando el administrador lleva a cabo daños en el ejercicio de su función de administrador entra en juego el art. 241 LSC, y cuando los causa al margen de esa condición, es decir, conservando su propia esfera de actividad individual y extraorgánica, entra en juego la responsabilidad extracontractual impuesta a cualquier persona por hecho dañoso a tercero conforme al art. 1902 CC y, entonces, el art. 241 LSC resulta superfluo¹¹³⁵.

Pues bien, más allá de controversias doctrinales y jurisprudenciales, y a los efectos del presente trabajo, no parece poder tener fácil encaje en nuestro ordenamiento que la acción individual pueda fundamentar una acción de responsabilidad contra los administradores por infracción de sus deberes de diligencia y de lealtad. Dicho argumento toma su base en la titularidad de la relación fiduciaria, en la naturaleza de los deberes fiduciarios y en el carácter orgánico del cargo.

En cuanto a la titularidad de la relación fiduciaria, el cargo de administrador es un cargo voluntario que requiere de la aceptación del nombrado para que surta efecto -art. 214.3 LSC-. Son partes de esa relación la sociedad y el administrador y los efectos de dicha relación se despliega sobre el elemento personal de la misma. No cabe, de tal vínculo intersubjetivo, una ampliación subjetiva que ampare otros vínculos interpersonales más allá de los derivados de los deberes que emanan de la propia relación de administración y que sirven de criterio rector de la actuación del administrador con terceros con quien la compañía se interrelaciona en el tráfico *-stakeholders-*.

Es decir, y en cuanto a la naturaleza de los deberes fiduciarios, las relaciones con terceros generadas en el desarrollo del objeto social no crean vínculo interpersonal alguno entre aquellos terceros y el gestor social sino que toda relación jurídica derivada de su gestión vincula a la sociedad en cuyo nombre actúa. En congruencia con ello, el incumplimiento de los deberes fiduciarios no resulta relevante para determinar la responsabilidad directa de los administradores frente a terceros. Dichos deberes surgen como efecto inmediato de la relación de administración, por lo que se deben solamente a ella. Para que responda el administrador frente al tercero se requiere que incumpla algún deber que tuviera frente a éste¹¹³⁶.

extracontractual integrada en el marco societario, que cuenta con una regulación propia (actual art.241 LSC), que la especializa dentro de la genérica prevista en el art. 1902 CC”. En idéntica línea se pronuncian las SSTs de 4.3.2004, de 7.5.2004 o de 6.4.2006.

¹¹³⁴ GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 338.

¹¹³⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad...”, cit., p. 197.

¹¹³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual...”, cit., p. 7.

Así, en la medida en que toda persona que no sea la sociedad se ubica en una esfera extracontractual, el administrador que, en el ejercicio de sus funciones, daña a un tercero estaría incumpliendo el deber general de no hacer daño a otro *-neminem laedere-* deber que obliga, en todo caso, al que actúa, con independencia y sin perjuicio de que estuviera ejerciendo sus funciones como administrador. La cuestión se reduce a determinar si el administrador causa el daño directamente -tal y como dice expresamente el art. 241 LSC excluyéndose pues, los casos de daño mediato o indirecto¹¹³⁷- y, posteriormente, a establecer si actuó representando a la sociedad, en cuyo caso también deberá responder la persona jurídica.

Por último, en cuanto al carácter orgánico del cargo, la posición del administrador en la estructura organizativa societaria impone caracterizar su actuación como orgánica de modo que actúa en la diligente gestión y leal representación de la sociedad. Solo en el caso de que en el ejercicio de su función orgánica, el administrador, con cargo a una actuación individual y extrasocietaria, lesiona a un tercero, la acción a ejercitar sería la prevista en el art. 241 LSC.

En otro caso, estaríamos ante una remisión al régimen general de responsabilidad civil del art. 1902 CC sin que la acción individual de responsabilidad revista singularidad alguna. Por tanto, la acción individual de responsabilidad se presenta como una modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por los administradores en el desempeño de su cargo como gestor social¹¹³⁸, constituyendo un supuesto especial de responsabilidad extracontractual que cuenta con una regulación propia que la especializa, en tanto que orgánica, dentro de la genérica prevista en el art 1902 CC¹¹³⁹.

Es decir, al igual que los administradores no responden por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en la medida en que se trata de contratos entre la sociedad y los terceros y, por tanto, la deudora es la sociedad, nunca el administrador si, por el contrario, el daño es directamente imputable a su conducta (*v. gr.*, actuaciones dolosas dirigidas a perjudicar al contratante en la negociación, la provocación directa por el administrador del incumplimiento contractual, etc.), será éste el directamente responsable y quien deberá responder extracontractualmente frente a los acreedores contractuales de la sociedad, en semejantes términos a los que responde cualquier tercero que interfiere en una relación contractual. Y ello, sin perjuicio de la posibilidad -admitida por nuestra jurisprudencia¹¹⁴⁰- de acumular la acción social con acciones directas contra los administradores por parte de los terceros perjudicados.

De cuanto antecede se colige que, si bien la distinción apuntada sirve, a efectos expositivos, para discernir la aplicabilidad práctica de la acción individual de carácter “societario” y la acción extracontractual de responsabilidad civil, nada de lo señalado en

¹¹³⁷ Sobre la necesidad del carácter “directo” del daño, STS de 27.11.2008 o STS de 1.6.2010.

¹¹³⁸ STS de 23.12.2013 señala que “Es decir, el primer presupuesto de la responsabilidad individual de los administradores, es que la acción u omisión antijurídica se realice en ejercicio de sus funciones de administrador, entendiéndose por éstas la actividad orgánica, comprensiva de las distintas facetas inherentes a su cargo. De tal suerte, que si el administrador causase daños al margen de tal condición, en su faceta individual o extraorgánica, como persona física, entraría en juego como para cualquier particular su responsabilidad extracontractual por acto ilícito en los términos de la culpa aquiliana del artículo 1902 del Código Civil”.

¹¹³⁹ STS de 3.3.2016.

¹¹⁴⁰ STS de 22.3.2006.

tal distinción incide sobre los deberes fiduciarios tributarios de la relación fiduciaria administrador-sociedad.

Por consiguiente, no resulta relevante para la determinación de la acción societaria individual de responsabilidad o la acción civil de responsabilidad, el cumplimiento o la infracción de los deberes fiduciarios, en cuanto que éstos constituirían una manifestación o un efecto consecuente del contrato administrador-sociedad, no aplicable a otras relaciones jurídicas contractuales y/o extracontractuales en las que se encuentre vinculado el administrador.

En definitiva, la acción individual no deriva de su relación contractual con la sociedad¹¹⁴¹, sino del “*ejercicio ilícito o abusivo de su cargo por parte del administrador, que ha generado una lesión en el patrimonio del tercero*”¹¹⁴². La “acción directa” reconocida en el art. 241 LSC abarca, entonces, todos aquellos supuestos en los que la actuación del administrador cause daños directamente a terceros en el ejercicio de sus funciones¹¹⁴³, ya sea en el marco de una relación contractual o extracontractual. Además, cabe señalar que la unificación del plazo prescriptivo en cuatro años -art. 241 bis LSC- ya se interponga la demanda por un socio, ya por un tercero, resta utilidad práctica a la discusión.

4.5.3. La acción individual para exigir responsabilidad por la conducta “extra societaria”.

Si bien, y a modo de corolario de cuanto antecede, cabe señalar que la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC no constituye un instrumento adecuado para reclamar por la actuación negligente o dolosa, -esto es, por la infracción de los deberes fiduciarios de diligencia y de lealtad, deberes colectivos y consecuentes a la relación de administración de la que es titular la sociedad y el administrador-, en los términos establecidos en los arts. 225 y ss., LSC, cabe precisar dicho aserto.

Lo que realmente individualiza la acción individual frente a la social, al margen del patrimonio afectado -y beneficiado en caso de estimación de la pretensión de responsabilidad- o del carácter resarcitorio del patrimonio social de una y reparadora o resarcitorio del patrimonio individual de la otra¹¹⁴⁴, es el titular y naturaleza de la

¹¹⁴¹ Así, la naturaleza extracontractual de la acción individual ha sido un tema recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia. Dicho debate ha generado profusa confusión por el propio Tribunal Supremo que en su Sentencia de 20.7.2001 reconoce una “cierta fluctuación en las sentencias de esta Sala” que pasa a exponer, señalando que: i) la STS de 21.5.1992 señaló su carácter extracontractual aplicando a la acción individual de responsabilidad el plazo de un año, ii) la STS de 22.6.1995 declara aplicable a la acción individual el plazo de cuatro años del art. 949 CdC porque “las acciones de los terceros derivaron de relaciones contractuales”, iii) la STS de 2.7.1999 volvió a incidir e la naturaleza extracontractual de la acción individual, iv) la STS de 29.4.1999 se decanta por estimar que la responsabilidad del administrador se estima “a todos los efectos” como “una responsabilidad de tipo contractual directamente con el ente”, v) la STS de 2.10.1999 (meses después) consideraba “innegable” su naturaleza extracontractual, vi) la STS de 31.1.2001 se inclinó, asimismo, por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a terceros, vii) con el fin de fijar doctrina a efectos del plazo prescriptivo, la STS de 20.7.2001 se decanta por la naturaleza extracontractual de la acción -al menos cuando la ejercitan los terceros quedando en pie argumentos para quienes defienden la naturaleza contractual respecto de la ejercita por los socios.

¹¹⁴² STS de 14.3.2008.

¹¹⁴³ ALONSO ESPINOSA, F., La responsabilidad civil del administrador..., cit., p. 120, o ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad...”, cit., p. 658.

¹¹⁴⁴ STS de 4.11.1991.

conducta infractora. Es decir, la acción individual de responsabilidad es ajena a cualquier intervención de la sociedad en su planteamiento, desarrollo, ejecución o resultado. El administrador, con extralimitación o abuso de sus funciones, daña directamente el patrimonio de socios o terceros pero no el patrimonio social.

Por tanto, la sociedad es “extraña” al acto del administrador en el que no ha intervenido ni tiene porqué haber conocido. El acto supone pues una actuación irregular, abusando o excediéndose en el ejercicio de su cargo y del que, por ende, la compañía no obtiene beneficio ni perjuicio material alguno. El hecho de que lo realice en el desarrollo de sus funciones como administrador configura la responsabilidad del mismo en el marco de la especificidad de la acción individual del art. 241 LSC y no en el régimen genérico del art. 1902 CC como sería el caso de que el acto se realice en nombre propio y a título particular.

Es por ello que la conducta lesiva del administrador a los socios o terceros que fundamenta la acción individual supone la desviación o apartamiento de sus deberes, no para con la sociedad, sino para con los socios o terceros que, si bien derivados de su carácter orgánico, son, además de extraños al interés social, abusivos del cargo orgánico que ostenta de modo que se extralimitan o exceden de sus funciones teniendo el carácter de actos extra societarios.

Lo contrario sería tanto como despreciar la autonomía y personalidad jurídica de la compañía que es quien responde de sus actos -y los actos de sus órganos en beneficio del interés social son actos de la sociedad y ella responde de los mismos-. Es decir, no puede aplicarse, de forma indiscriminada, la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento en el marco de las relaciones obligatorias que nacen de los contratos, pues ello implicaría contravenir uno de los principios esenciales de las sociedades de capital, que es el hecho de que las mismas ostentan personalidad jurídica independiente a la de los socios, disponen de autonomía patrimonial y deben responder de sus deudas¹¹⁴⁵.

Supondría, asimismo, olvidar el principio de relatividad de los contratos, que únicamente producen efecto entre las partes y que se recoge en el art 1257 CC. La responsabilidad del administrador a título individual no se genera pues, por el hecho de que se haya incumplido el contrato de administración o éste se haya incumplido defectuosamente o por el fracaso de la empresa sino por un deber objetivo previo y genérico de cuidado y diligencia que consiste en no dañar a los demás que, en el ejercicio del cargo, se exige a través de la acción prevista en el art. 241 LSC.

4.6. Referencia a la prescripción de las acciones de responsabilidad.

La Ley 31/2014 ha introducido un nuevo precepto en la LSC, el art. 241 bis, que pretende solventar definitivamente el debate¹¹⁴⁶ sobre la determinación del plazo de prescripción

¹¹⁴⁵ STS de 23.5.2014.

¹¹⁴⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a, “La prescripción de las acciones de responsabilidad” en en ROJO, A y BELTRÁN, E (Dirs)., *La responsabilidad de los administradores de las...*, cit., p. 700, señala el autor que “Dos eran los aspectos fundamentales respecto de los que se producían profundas discrepancias: 1) La determinación del plazo para el ejercicio de la acción y, 2) La fijación de la fecha inicial para el cómputo de las acciones. Sobre el primer punto las opciones oscilaban entre quienes entendían que debía aplicarse el plazo de un año propio de la responsabilidad extracontractual -art. 1968 CC- y quienes consideraban que el plazo correcto era el cuatrienal del art. 949 CdC; aunque no faltaban resoluciones aisladas que se decantaban por el término de 15 años de las acciones no sujetas a plazo. Respecto al segundo punto, quienes

de las acciones de responsabilidad al anudar a esta, sea social o individual, un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse. Es decir, se trae a la ordenación mercantil la norma prevenida en el art. 1969 CC que consagra la aplicación de la doctrina de la *actio nata*¹¹⁴⁷ alejándose del *dies a quo* que formulaba el art. 949 CdC que fijaba el arranque del plazo prescriptivo en el momento en el que, “por cualquier motivo, cesaren en el ejercicio de la administración”

Conforme al referido precepto se deberán considerar superadas las discusiones respecto a la determinación del *dies a quo* a partir del cual se debe entender que pudo ejercitarse la acción tanto para aquellos supuestos en los que el órgano de administración haya cesado, como en aquellos otros en los que los órganos de administración sigan teniendo su cargo en vigor.

No obstante la aparente racionalidad y homogeneización de la regla de la prescripción del art. 241 bis a las acciones de responsabilidad -individual y social-¹¹⁴⁸ no puede decirse lo mismo en supuestos de responsabilidad civil de los administradores distintos de los prevenidos en el art. 238 y 241 LSC, señaladamente la denominada responsabilidad por deudas sociales del art. 367 LSC que se omite en el precepto incorporado.

Más allá de controversias doctrinales que genera el referido precepto y que exceden del objeto del presente trabajo, cabe determinar que la exigencia de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios de diligencia o de lealtad del administrador cubrirá un período de cuatro años desde que la infracción haya llegado al conocimiento de la sociedad (o socios y terceros en el caso de la acción individual) y hubiere podido ejercitar la acción.

Ahora bien, el día en que hubiere podido ejercitarse la acción es el día en que: i) concurren los presupuestos sustantivos de la acción, a saber: la realización del acto u omisión lesiva e infractora de los deberes fiduciarios, y la producción y determinación del alcance definitivo del daño indemnizable, ii) se tiene conocimiento cabal o, atendido el supuesto de hecho y la diligencia y buena fe exigibles, conocimiento debido de los hechos que fundan la acción y determinan el nacimiento del derecho a ser indemnizado, incluido el conocimiento del padecimiento de un daño y la relación de causalidad entre la conducta de los administradores y ese daño, y iii) no existen obstáculos que impidan el ejercicio de la acción¹¹⁴⁹.

optaban por el plazo anual entendían que debía computarse desde la fecha en la que se produjo el daño, mientras que los que aplicaban el plazo de cuatro años defendían que debía entenderse desde la fecha de cese”.

¹¹⁴⁷ STS de 21.3.2005, señala que “la base de la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción determina el comienzo del plazo para el cómputo para la prescripción en el momento del nacimiento de la acción. La prescripción ha de ser interpretada restrictivamente y el día inicial para el ejercicio de la acción es aquél a partir del cual esta pudo ejercitarse”.

¹¹⁴⁸ MASSAGUER J., “Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad” en JUSTE MENCÍA, J (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen...*, cit., pp. 481 y 482, señala que “Asimismo de aplicación tanto contra los administradores de derecho y de hecho (art. 236.3 LSC), contra la persona que en defecto de delegación permanente de las facultades del consejo tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC) y la persona física representante de la persona jurídica administradora (art. 236.5 LSC), así como contra los liquidadores (arts. 375 y 397 LSC)”.

¹¹⁴⁹ STS de 12.1.2015, STS de 26.5.2014 o STS de 14.1.2014.

El plazo de prescripción referido está sometido a las reglas generales sobre interrupción y suspensión. La interrupción se rige por lo dispuesto en el art 1973 CC¹¹⁵⁰, en cambio no interrumpe el cómputo del plazo la solicitud de concurso contra el administrador¹¹⁵¹. Por su parte, la suspensión si se produce en el caso de que se inicie un proceso de mediación -arts. 2.1 y 16 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

5. Otras acciones contra el administrador de sociedades por la infracción del deber de lealtad.

En el presente apartado vamos a tratar una serie de acciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014 dirigidas a promover el más completo restablecimiento de la situación anterior al acto lesivo del administrador, no a través del efecto indemnizatorio abordado con el ejercicio de la acción de responsabilidad, sino a través de un efecto puramente restitutorio tendente a despojar al administrador de cuanto haya mejorado su situación como consecuencia del acto desleal así como a través de la destrucción de todo acto o negocio jurídico realizado con infracción del deber de lealtad deshaciendo cuanto se construyó.

Se estrecha así el cerco sobre la actuación desleal endureciendo los efectos de los actos infractores e incorporando un efecto disuasorio agravado en la medida en que el reproche al administrador, al que su deber de lealtad anuda la interdicción de obtener ventajas distintas de su retribución como resultado de su actividad gestora¹¹⁵², incluirá tanto el importe de la lesión al patrimonio social, como el del aumento del patrimonio personal o de terceras personas vinculadas y la posibilidad de impugnar, cesar, remover o anular el acto desleal. Esto es, destruyendo todo enriquecimiento y todo efecto posterior a la conducta desleal retornando el estado de cosas a su estado original.

Con la modificación de los arts. 227.2 y 232 LSC no sólo se pretende el establecimiento de un cuadro de acciones para combatir y remediar la infracción del deber de lealtad sino el reconocimiento de esas acciones y la previsión de su compatibilidad con la acción de responsabilidad del art. 236 y siguientes de la LSC. De ello acaba por resultar una deslavazada relación de las acciones que el ordenamiento jurídico proporciona en la materia.

No parece, en adecuada técnica legislativa, que la referida relación de acciones debiera tener la ubicación sistemática que ha merecido a juicio del legislador sino haberse ubicado juntas sistemáticamente teniendo en cuenta que la acción de enriquecimiento injusto es una acción derivada de la infracción del deber de lealtad y esa es, precisamente, la rúbrica del art. 232 LSC, no obstante se ha preferido incorporar la acción de enriquecimiento dentro del precepto genérico dedicado al deber de lealtad en el art. 227 LSC procurando

¹¹⁵⁰ STS de 31.12.1998.

¹¹⁵¹ STS de 30.11.2010.

¹¹⁵² Tales actos desleales, ante la ausencia de norma que preveía el supuesto de hecho, ya venían suscitando la preocupación de diversos instrumentos. Así el Informe Aldama sub. III. 2.2. señalaba que “en los casos de violación de los deberes de lealtad se producen situaciones especialmente frustrantes desde el punto de vista de los inversores y de la opinión pública cuando las medidas legales adoptadas respecto del administrador infiel no consiguen la devolución de las cantidades con que se ha enriquecido ilícitamente. La Comisión entiende que este tema excede del mandato recibido, pero no puede dejar de expresar su preocupación al respecto y su deseo de que esta situación sea tratada adecuadamente”.

poner el acento, no tanto en su teleología, sino en el contenido estrictamente pecuniario de la pretensión¹¹⁵³.

Ahora bien, cabe señalar que con la acción de enriquecimiento injusto se incorpora un recurso, configurado por la doctrina civilista y por la jurisprudencia, de contornos difusos y que puede resultar, como veremos, de difícil adaptación a la vida societaria. Por otra parte, con la adición del art. 232 LSC se incorporan, complementando el espectro de consecuencias a la infracción al deber de lealtad, un conjunto de acciones de muy distinta naturaleza.

Así, en unos casos se trata de acciones societarias generales, como es la acción de impugnación de acuerdos de la Junta general y el consejo de administración y órganos colegiados delegados del consejo que se adoptan con infracción del deber de lealtad. En otros casos se trata de acciones de Derecho común como es la acción de anulación de los actos y contratos realizados por los administradores con infracción del deber de lealtad. Y en otros casos, se trata de acciones que no tienen un general reconocimiento en nuestro ordenamiento sino solo ante determinados ilícitos (*vgr*, competencia desleal, propiedad intelectual e industrial o en materia de condiciones generales de la contratación), como sucede con las acciones de cesación y remoción.

Lo que, en cualquier caso, cabe advertir es que el compendio de acciones adicionado a la LSC por la Ley 31/2014 no crea un régimen específico y autónomo en sede de Derecho de sociedades ajeno al común de aplicación de cada una de las acciones de modo que la enumeración de acciones señalada tiene carácter enunciativo, es decir, no se introducen acciones nuevas, sino que se debe acudir, en cada caso, a las acciones generales de Derecho común¹¹⁵⁴.

En el sentido apuntado, las acciones enumeradas en el art. 232 LSC no constituyen novedades en el ordenamiento -en la medida en que, entre otras sedes, se encontraban ya previstas para los supuestos de competencia desleal en casos de contravención de buena fe en la actuación de determinados sujetos en el mercado, art. 32 LCD-. Su referencia, en sede societaria, permite que sean contempladas también como fórmula de actuación frente a los administradores tratando de resolver situaciones en las que, no concurriendo propiamente daño, si no existiera una norma de tales características, cualquier pretensión sería desestimada.

Por último, cabe señalar que todas las acciones referidas en el art. 232 LSC serían, en principio compatibles, así lo declara expresamente el precepto aunque sin mencionar a la acción de enriquecimiento injusto, mencionando solo a la acción de responsabilidad por daños. Ahora bien, y a pesar de la falta de indicación expresa, la acción de enriquecimiento injusto también sería compatible, tanto con la acción de responsabilidad, como con el conjunto de acciones mencionadas en el art 232 LSC.

¹¹⁵³ GIMENO RIBES, M., “La acción de enriquecimiento injusto contra los administradores por vulneración del deber de lealtad”, en EMBID IRUJO, J.M., *Derecho de Sociedades de Capital...*, cit., p. 932.

¹¹⁵⁴ MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber...”, cit., p. 431.

5.1. La acción de enriquecimiento injusto.

5.1.1. Planteamiento previo y naturaleza.

El nuevo art. 227.2 LSC establece que “La infracción del deber de lealtad determinará no sólo 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”. Viene de antiguo el empeño de la doctrina¹¹⁵⁵ por incorporar una nueva sanción civil consistente en la obligación de restituir los beneficios obtenidos por los administradores de sociedades al infringir el referido deber.

Cabe señalar que la doctrina del enriquecimiento injusto se ha construido en el marco de la tradicional doctrina civilista de modo que los presupuestos para su aplicación no se enmarcan en un escenario de infracción del deber de lealtad de los administradores de sociedades siendo su aplicación a las relaciones de gestión, no siempre, de fácil adaptación¹¹⁵⁶.

No obstante lo anterior, la posibilidad de imponer la referida sanción en el campo de la actuación desleal del administrador se ha venido justificando desde una perspectiva funcional, esto es, como la mejor forma de disuadir a los administradores de sociedades para que no incurran en actos desleales¹¹⁵⁷. Los fundamentos normativos que ha sugerido la doctrina para construir, en nuestro ordenamiento, la obligación de restitución han sido, básicamente, los siguientes:

El primero consiste en aplicar por analogía los arts. 1683 CC y 136 CdC, en los que se establece como sanción, al socio industrial de una sociedad civil o colectiva que concurre deslealmente con la misma, la obligación de restituir los beneficios que de tal infracción haya obtenido.

El segundo consistía en hallar la solución en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto que postulaba, como solución más equitativa, que el beneficio obtenido por el administrador sea aprovechado por la sociedad que ha visto violentada su confianza en aquel al que ha elegido y la acción técnicamente correcta para corregir ese desplazamiento patrimonial es la de enriquecimiento injusto. El tercer fundamento posible de la obligación de restituir los beneficios consistiría en aplicar analógicamente

¹¹⁵⁵ El promotor principal de la referida acción es el Profesor PAZ-ARES que ha defendido esa idea desde “Comentario del Código...”, cit., pp. 1420-1423 que ya anunciaba que “Las posibilidades de que disponemos para incrementar la magnitud de la sanción en el campo del derecho privado son básicamente tres: i) la restitución del enriquecimiento...La primera de las posibilidades mencionadas se comprende intuitivamente como una exigencia de la justicia conmutativa. Consiste simplemente en obligar al administrador responsable no sólo a reparar el daño causado, sino también a devolver el beneficio que le ha procurado la violación de su deber de lealtad. De este modo -sumando la restitución del lucro propio a la indemnización del daño ajeno- se logra, en efecto, el fin deseado, que no es otro que elevar el precio de la deslealtad”.

¹¹⁵⁶ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...*, cit., p. 93, nota 96, señala que “la obligación de restitución por aplicación a la doctrina del enriquecimiento injusto choca con alguno de los presupuestos de la citada doctrina, sin embargo, no se nos antoja imposible una adaptación a la misma”.

¹¹⁵⁷ GIMENO RIBES, M., “La acción de enriquecimiento injusto contra los administradores...”, cit., p. 920, sostiene que “Es sabido que no existe una categoría general de enriquecimiento injusto en Derecho español...sino que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido progresivamente reconociendo el enriquecimiento injusto como categoría general a partir del régimen jurídico de los cuasi-contratos”. Asimismo, STS de 2.3.2018.

el art. 1720 CC en el que se encuentra regulada la obligación de rendir cuentas del mandatario¹¹⁵⁸.

No obstante, la carencia de una norma expresa en sede de deslealtad del administrador de sociedades, la restitución del enriquecimiento encontraba aceptación entre la doctrina y la jurisprudencia¹¹⁵⁹ como aplicación de un principio general del Derecho que prohíbe enriquecerse injustamente a costa de otro¹¹⁶⁰.

En cuanto a la naturaleza de la acción, cabe señalar que el nuevo art. 227.2 LSC debe suponer, en el marco de la exigencia de responsabilidad al gestor social, la superación de la tradicional consideración de la acción de enriquecimiento injusto como un recurso de carácter subsidiario¹¹⁶¹ y considerarla compatible y acumulable a la acción indemnizatoria por daños. En efecto la acumulación entre las acciones de enriquecimiento y de daños se sostiene sobre la base de la distinción entre los presupuestos de aplicación de cada una de las acciones.

Y así, aunque en ambas acciones se plantea un denominador común relativo a un deber de reparación, para ejercitar la pretensión indemnizatoria es preciso acreditar la culpa y el daño, mientras que tales requisitos no son elemento necesario para la acción de enriquecimiento injusto¹¹⁶². En este sentido, la acción de enriquecimiento dispone de un ámbito de aplicación más amplio que la indemnizatoria, pues la invasión patrimonial indebida que la sustenta no sólo no precisa del concurso necesario de la culpa como presupuesto de su aplicación, sino que puede ser exigida respecto de comportamientos realizados de buena fe¹¹⁶³.

Además, la asimetría en cuanto a la naturaleza de la acción es palmaria. Mientras que la acción indemnizatoria persigue recomponer el daño experimentado en el patrimonio

¹¹⁵⁸ LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad...”, cit., pp. 69 y 70.

¹¹⁵⁹ La jurisprudencia venía apuntando, desde antiguo, a la idea de la restitución de los beneficios obtenidos aunque desde la doctrina de la responsabilidad. Así, entre otras: la STS de 29.7.1994, la STS de 26.2.1993 o la STS de 5.2.1992.

¹¹⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho...*, cit., p. 434, en el sentido indicado sostiene que “la regla prohibitiva de enriquecerse injustamente a costa de otro y la acción correspondiente, la *condictio sine causa generalis*, ha sido recibida en nuestro ordenamiento por obra de la jurisprudencia, y en calidad de principio general del derecho..”. En idéntico sentido la STS de 12.7.2000 señala que “a falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia la sustenta en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro”. Por su parte, DIEZ-PICAZO, L. / DE LA CAMARA, M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa.*, ed. Civitas, Madrid. 1991, p. 43, expresa sus dudas sobre si la interdicción del enriquecimiento injusto constituye un principio general del Derecho español, por razón de su “marcado carácter de excepcionalidad”. Sin embargo, el autor admite que la obligación restitutoria se entienda como un principio jurídico, si por tal se entiende “la idea o ideas que sirven de base a una regulación legal y que pueden permitir el ensanchamiento del campo de aplicación de ésta”.

¹¹⁶¹ Así, la STS de 16.9.2014 señala que “...la jurisprudencia mantiene el carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento injusto y cita, en este sentido, la sentencia nº 159/2007, de 22 de febrero, según la cual solo cabe acudir a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en defecto de acciones específicas, como remedio residual o subsidiario pues, si existen acciones específicas, éstas son las que deben ser ejercitadas y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para acudir a la acción de enriquecimiento como se señala en las STS de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003”.

¹¹⁶² PAZ-ARES, C., “Comentario del..”, cit., p. 1682, afirma que “las sanciones indemnizatorias y de enriquecimiento operan cumulativamente, no disyuntivamente...”. “La razón estriba en que sus supuestos de hecho son distintos: la primera opera objetivamente y con independencia de que haya habido daño, la segunda requiere negligencia, daño y relación de causalidad con la conducta del socio”.

¹¹⁶³ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 107.

social sin tener en cuenta el aumento patrimonial experimentado por el administrador, la acción de enriquecimiento se dirige a la restitución de las ventajas que el acto desleal ha proporcionado al administrador, con independencia de que el montante de esa restitución supere el daño causado a la sociedad. En tal sentido cabe sostener el carácter complementario de la acción de enriquecimiento injusto al objeto de obtener la más completa depuración del acto desleal¹¹⁶⁴.

5.1.2. Presupuestos.

Los presupuestos de general aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto son: i) enriquecimiento del administrador, ii) correlativo empobrecimiento de la sociedad, y iii) falta de causa del enriquecimiento del administrador pues la infracción del deber de lealtad no autoriza al administrador a conservar los beneficios. Tales requisitos generales encuentran una modulación en sede societaria –de ahí la necesaria adaptación de la acción de enriquecimiento injusto–.

Y es que, el empobrecimiento de la sociedad, en el marco de los efectos de la deslealtad, no es requisito para el ejercicio de la acción sino que basta el enriquecimiento del administrador satisfaciendo un interés particular que se separa del social. No obstante, a efectos expositivos, haremos referencia a los presupuestos que, genéricamente, son exigidos para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto.

i) Enriquecimiento del administrador: el primer presupuesto se relaciona con el enriquecimiento obtenido por el administrador, que se concreta en una ventaja, utilidad o provecho de carácter económico. Cabe aquí incluir las adquisiciones de bienes, la obtención de créditos, el uso temporal de un bien, la liberación de una obligación o gravamen, el aprovechamiento de los servicios de otro, el consumo de bienes ajenos, etc., esto es, cualquier acto que, en el marco de una situación conflictual, comprometa la imparcialidad y alineamiento del administrador con el interés social.

El enriquecimiento puede ser positivo o negativo. En el primer caso, el enriquecimiento puede producirse a través de un incremento del activo patrimonial o de una disminución del pasivo del interesado. Por su parte, el enriquecimiento negativo evita la producción de una disminución del patrimonio, a través del ahorro de un gasto que debería realizar el gestor¹¹⁶⁵.

ii) Empobrecimiento de la sociedad: el segundo presupuesto se refiere al empobrecimiento de la sociedad, en el sentido de que la ganancia o ventaja obtenida por el administrador debe producirse a costa de un sacrificio o pérdida económica de la sociedad. Este fenómeno se produce, en primer lugar, cuando el empobrecimiento es el resultado de la salida de un valor del patrimonio de la sociedad, en cuyo caso, existe una

¹¹⁶⁴ El Informe Aldama, III. 2.2 -p. 24- señalaba que “Finalmente, cabe destacar que en los casos de violación de los deberes de lealtad se producen situaciones especialmente frustrantes desde el punto de vista de los inversores y de la opinión pública cuando las medidas legales adoptadas respecto del administrador infiel no consiguen la devolución de las cantidades con que se ha enriquecido ilícitamente”.

¹¹⁶⁵ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 102, señala que “la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso. Por esto pueden comprenderse dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevados a cabo por un tercero o de abstenciones realizadas por un tercero, siempre que el beneficio haya evitado de esta forma un gasto que de otra manera hubiera tenido que hacerse”.

relación causal directa entre el empobrecimiento de la sociedad y el enriquecimiento del administrador¹¹⁶⁶.

El empobrecimiento de la sociedad que da lugar al enriquecimiento del administrador puede ser el resultado de un desplazamiento patrimonial de la sociedad hacia un tercero, sea o no persona vinculada de las que señala el art. 321 LSC¹¹⁶⁷, que actúa de sujeto intermedio a los fines de que el bien ingrese en el patrimonio del administrador. En tal caso, se produce una atribución patrimonial indirecta, donde lo relevante descansa en el desplazamiento patrimonial verificado a través de un sujeto intermedio¹¹⁶⁸. Consiguientemente, el centro de atención se dirige a la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre empobrecimiento y enriquecimiento¹¹⁶⁹.

Decíamos, no obstante, que el requisito del empobrecimiento de la sociedad es un presupuesto genérico de la acción en el Derecho común cuya modulación en sede societaria, no es de exigible concurrencia. Es decir, el requisito de la ganancia obtenida indebidamente por el administrador se reputa suficiente para sostener la conducta desleal sin que sea precisa que dicha ganancia suponga una correlativa pérdida para la sociedad a diferencia de lo que sucede en la acción de enriquecimiento ilícito común.

Como consecuencia de lo anterior, cabe decir que el único elemento o presupuesto adicional al del incumplimiento del deber fiduciario es la obtención de una ganancia por el administrador¹¹⁷⁰. Y ello es así, por cuanto la desafección al interés social es más que suficiente para destruir la confianza depositada en el gestor social y exigirle el reembolso de cuanto se enriqueció sin que sea preciso una afectación material consecuente al patrimonio social.

iii) Ausencia de causa del enriquecimiento del administrador: el tercero de los presupuestos se refiere a la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento del administrador y el empobrecimiento de la sociedad. El administrador se encuentra en esta

¹¹⁶⁶ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de...*, cit., pp. 526 y 527, señala que “Por ejemplo, el administrador puede haber recibido bienes entregados o suministrados por la sociedad sin haber satisfecho su precio; el empobrecimiento puede tener su causa en que el administrador haga uso de un bien o que la sociedad preste servicios no retribuidos al administrador”.

¹¹⁶⁷ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 227. Deber de...”, cit., p. 372, señala que “La obligación de entregar a la sociedad las ganancias vincula al administrador, y no a aquellos terceros que pudieran haber obtenido una ventaja económica del comportamiento desleal de éste, salvo que se probara que aquel tercero, en realidad, actúa por cuenta del administrador infiel”.

¹¹⁶⁸ La doctrina admite la acción de enriquecimiento en casos de atribución patrimonial indirecta, denominada acción “*in rem verso*”. Así lo hace DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 102 y 103.

¹¹⁶⁹ La doctrina ha cuestionado el elemento del empobrecimiento consecuente al enriquecimiento como presupuesto necesario de aplicación de la doctrina. Y lo hace sobre la base de la cercanía de la acepción del empobrecimiento con el de daño siendo, en efecto, de contornos difusos la distinción entre uno y otro. Es por ello que la base argumental que excluye el empobrecimiento del actor -de la sociedad- como requisito de la acción se encuentra en que es preciso separar los conceptos de daño y de restitución, tal y como se desprende de las disposiciones legales que regulan los supuestos más representativos de enriquecimiento injusto. Así BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, ed. Civitas. Madrid 1998, p. 334 señala que “el empobrecimiento ni constituye un requisito esencial de la pretensión, ni un parámetro limitador del alcance económico de ésta...”. Asimismo indica que “...El daño, si existe (lo cual no es obvio en todos los supuestos de enriquecimiento injustificado), debe poder ser indemnizado conforme a las exigencias de la responsabilidad civil. La pretensión material de la acción de daños podrá coincidir parcialmente... con la de la pretensión de enriquecimiento injustificado, pero no por ello debe entenderse que el daño constituye un elemento de ésta”.

¹¹⁷⁰ GARCIA-VILLARUBIA BERNABÉ, M., “El deber de lealtad de los administradores...”, cit., p. 3.

situación cuando no puede alegar ninguna razón válida en Derecho que le exima de restituir. La atribución se entiende justificada ya sea porque el ordenamiento autoriza tal consecuencia o porque existe un negocio jurídico válido y eficaz que la ampara.

Por consiguiente, el administrador, como persona que actúa por cuenta e interés del principal, no puede justificar aquellas atribuciones no autorizadas que corresponden a la sociedad. La falta de causa en el enriquecimiento se explica y concreta a través de la aplicación del principio general que prohíbe al gestor la obtención de beneficios personales en el curso del desarrollo de la actividad gestora, salvo autorización o dispensa del principal. En la medida que el administrador no ha sido autorizado para el uso de los bienes y servicios como parte de su remuneración no queda legitimado a la atribución de las ventajas o beneficios que se deriven del mismo¹¹⁷¹.

5.1.3. Distinción entre la acción de indemnización por daños y la acción de enriquecimiento injusto.

Especial mención merece, por último, enfatizar la distinción entre la acción de enriquecimiento injusto y la indemnizatoria así como la relación entre ellas dado que, resulta evidente, que la continua expansión de ambos institutos y sus interrelaciones originales puede producir un solapamiento entre ambas de forma que puedan concurrir sobre un mismo entramado fáctico¹¹⁷². No obstante, cada una de esas acciones tiene presupuestos distintos y requieren, para su éxito, de una prueba de elementos también diferentes.

Así, para que prospere una acción de responsabilidad indemnizatoria debe probarse la existencia de daño -ya sea emergente, ya consista en lucro cesante- junto con la imputación a título de dolo o culpa y el vínculo, nexo o relación causal entre el comportamiento desleal y el daño. Para que se estime la acción de devolución del enriquecimiento, en cambio, el único elemento adicional al del incumplimiento que debe acreditarse es la obtención de una ganancia personal del administrador.

Por tanto, la obligación restitutoria que se genera con el enriquecimiento injusto no se basa en la concurrencia de un ilícito civil que supone la concurrencia de dolo o culpa sino que opera objetivamente¹¹⁷³. No tiene un carácter ni una naturaleza indemnizatoria sino que esta se asienta sobre fundamentos de justicia material. En cambio, con el derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios se pretende resarcir, esto es, compensar el daño causado a otro por alguien que actuó dolosa o negligentemente.

La acción de enriquecimiento injusto, en ningún caso se justifica en el riesgo, sí por el contrario, la acción de indemnización por daños¹¹⁷⁴. Con la primera se atiende a las modificaciones patrimoniales que beneficiaron al administrador. Con la segunda, la sociedad traspassa su pérdida al patrimonio del administrador que deberá indemnizarle con independencia de los efectos económicos que, para él, hayan resultado de su conducta.

¹¹⁷¹ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de...*, cit., p. 528.

¹¹⁷² PEÑA LÓPEZ, F / BUSTO LAGO, J.M., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *AFDUC*, núm. 1, 1997, pp. 141 ss.

¹¹⁷³ PORTELLANO DIEZ, P., “Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades...”, cit., p. 135.

¹¹⁷⁴ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 116

En el caso de producirse un enriquecimiento injustificado puede haberse producido simultáneamente un daño y, a su vez, puede existir daño pero no enriquecimiento injusto. En el caso de que se estime que no hay daños pero sí se deben restituir unos beneficios puede resultar muy difícil diferenciar el concepto de daño del de restitución.

El concepto de daño implica, en general, cualquier menoscabo material o moral. La sociedad debe haber sufrido una pérdida, una disminución del valor de su patrimonio¹¹⁷⁵, incluido el desprestigio y el daño reputacional y comprendiendo, tanto el daño emergente como el lucro cesante -art. 1106 CC-. Ahora bien, en un escenario de concurrencia de daño y enriquecimiento cabe plantearse la compatibilidad entre ambas acciones a cuyo efecto se mantienen dos posiciones:

i) La que sostiene que ambas acciones se encuentran en una relación de subsidiariedad¹¹⁷⁶ pues, en otro caso, se puede producir un solapamiento con el consiguiente riesgo de que la sociedad obtenga una doble compensación o restitución que no admite nuestro derecho¹¹⁷⁷.

En el sentido apuntado, cuando no se pudieran demostrar los daños y perjuicios ocasionados efectivamente y el vínculo, nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culposa y los daños y perjuicios ocasionados, la acción de enriquecimiento injusto se podría interponer subsidiariamente respecto a la acción de indemnización por daños¹¹⁷⁸. Lo que ya no parece probable es la elección de una u otra con carácter alternativo dados los distintos presupuestos de ambas acciones.

ii) Una segunda posición estima que ambas acciones son compatibles de modo que se pueden interponer conjuntamente. Esto es debido a que tienen distintos presupuestos de aplicación y también distintos fines. Esta postura, mayoritaria en la doctrina¹¹⁷⁹ y en la jurisprudencia¹¹⁸⁰ parece consagrarse con la dicción literal del art. 227.2 LSC. En efecto se reconoce su posible acumulación, en el art. 227.2 LSC, que establece de modo cumulativo y no alternativo la obligación del administrador de indemnizar y de devolver el enriquecimiento obtenido¹¹⁸¹.

5.1.4. Examen de la incorporación de la acción de enriquecimiento injusto.

El expreso reconocimiento de la posibilidad de ejercer la acción de enriquecimiento injusto contra los administradores en caso de violación de los deberes de lealtad ha sido, si bien no exenta de controversia, bien acogida. En primer lugar, desde el punto de vista de la justicia material, hay ocasiones en que la indemnización por daños factible como

¹¹⁷⁵ GARRIGES, J / URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., p. 162.

¹¹⁷⁶ STS de 16.9.2014 o de 18.2.2003.

¹¹⁷⁷ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad...*, cit., p. 682.

¹¹⁷⁸ Así, la STS de 19.2.1999 señalaba que existiendo acciones específicas, éstas son las que deben ser ejercitadas siendo un remedio subsidiario acudir a la acción de enriquecimiento.

¹¹⁷⁹ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 114 y 115; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión...*, cit., p. 336.

¹¹⁸⁰ Entre otras, STS de 19.5.1993.

¹¹⁸¹ GARCÍA ÁLVAREZ, B., "Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital", en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores...*, cit., pp. 166 y 167.

consecuencia del ejercicio de la acción social alcanza un montante para la sociedad que no incluye lo obtenido por el administrador¹¹⁸².

En segundo lugar, desde una posición de carácter preventivo pues junto al efecto persuasivo de responder civilmente de los daños causados se une ahora el de devolver el enriquecimiento injustamente obtenido lo que, hipotéticamente, coadyuvará a prevenir la comisión de actos desleales por parte de los administradores.

No obstante, cabe señalar que la introducción, en sede de deberes fiduciarios, de la devolución del enriquecimiento injusto implica adicionar una institución de contornos borrosos trabajosamente elaborada por la doctrina y jurisprudencia para la resolución de supuestos de muy distinta naturaleza y sometida a presupuestos de ejercicio variables. La aceptación de la acción debe sustentarse en un derecho de naturaleza real en cuya virtud se ha de devolver a su legítimo propietario aquello que le pertenece.

El art. 227.2 LSC admitirá que la sociedad pueda reclamar ese enriquecimiento independientemente de si ha concurrido, o no, daño. No obstante, la parquedad de la norma obligará a integrar su contenido con las reglas comunes relativas al enriquecimiento injusto¹¹⁸³. No obstante, la norma, aunque aparentemente solo prevé un remedio contra la deslealtad del administrador contiene otra de carácter sustantivo que completa el deber de lealtad.

Es decir, anclado el deber de lealtad en el contrato, todas las obligaciones con el mismo conectadas, incluidas las que se desencadenan como consecuencia del incumplimiento, también lo están. Se prohíbe al administrador obtener cualquier ganancia derivada del cargo, al margen de las debidas por la sociedad como contraprestación por los servicios prestados. A esta norma se añade otra implícita en el concepto de devolución del enriquecimiento injusto, a saber: todo beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento se atribuye *ex lege* a la sociedad, quien se encuentra legitimada para reclamarlo del administrador por la relación jurídica de administración¹¹⁸⁴.

La atribución del enriquecimiento genera un Derecho de crédito frente al administrador que incumple su contrato de modo que, no por obvio no merece mención, si el administrador, con su comportamiento desleal no ha obtenido ganancia alguna -v. gr., difunde o comunica una información confidencial por descuido o negligencia que no le proporciona ningún rédito o ventaja- no habrá lugar al ejercicio de esta acción.

Por último, cabe señalar, en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción de enriquecimiento que no ha previsto el legislador la legitimación extraordinaria de la minoría ni necesidad de acuerdo de la junta general lo que debe conducir, por un lado, a la afirmación de la competencia exclusiva del órgano de administración para decidir su ejercicio -al margen de la impartición de instrucciones vinculantes de la Junta conforma

¹¹⁸² PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa...”, cit., p. 4.

¹¹⁸³ ARIAS VARONA, F, J., “Régimen general del deber de lealtad de los...”, cit., p. 94.

¹¹⁸⁴ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 227. Deber de...”, cit., p. 371, que señala que “No se trata tanto de devolver elementos patrimoniales previamente pertenecientes a la sociedad, sino los generados por la actuación desleal, que en virtud de la relación jurídica de administración quedan atribuidos directamente al principal”.

al art. 161 LSC-, y, por otro, a la exclusión, tanto de la legitimación subsidiaria o directa de la minoría¹¹⁸⁵.

5.2. Acción de impugnación.

La acción de impugnación referida en el art. 232 LSC -derivada de la infracción del deber de lealtad- es la acción ordinaria de impugnación de los acuerdos de la Junta general y del consejo de administración y otros órganos colegiados de administración de los arts. 204 y 251 LSC. El primero declara impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. El segundo permite, por idénticas causas -art. 251.2 LSC- la impugnación de los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración.

Por consiguiente, la acción de impugnación tiene por objeto los acuerdos de estos órganos que se hubieren adoptado con infracción de ese deber y, por contenido propio, la declaración de su ineficacia así como las medidas complementarias para eliminar sus efectos prácticos, como la cancelación de los asientos registrales a los que hubieran podido dar lugar¹¹⁸⁶.

Asimismo, a través de la acción de impugnación referida en el art. 232 LSC se podrán impugnar los acuerdos autorizantes de actuaciones desleales, esto es, las actuaciones dispensadas por el órgano de administración -art. 230.2-3º LSC- o la relativa a la obligación de no competir que deberá ser otorgada por la Junta General -art. 230.3 LSC- que resultan ineficaces. Es decir, se puede producir una infracción del deber de lealtad si el acuerdo de dispensa concedido, bien por el órgano de administración, bien por la Junta General, resulta impugnado con éxito y dicho acuerdo de dispensa se declara inválido por ser contrario a las normas estatutarias, a las normas legales o al interés social¹¹⁸⁷.

La acción de impugnación se dirigirá a cuestionar la viabilidad jurídica de la decisión tratando de 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 de modo que, normalmente, habrá de instrumentarse a través de la infracción del interés social¹¹⁸⁸. Obviamente, por su remisión al régimen ordinario de impugnación, no existe especialidad alguna en materia de legitimación activa o pasiva, ni en materia de caducidad de la acción.

5.3. La acción de cesación.

La acción de cesación a que se refiere el art. 232 LSC contiene una pretensión de cumplimiento de las obligaciones derivadas del deber de lealtad por el administrador y se dirige a la declaración de la cesación del incumplimiento en cualquiera de sus

¹¹⁸⁵ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 227. Deber de...”, cit., p. 374, ya que, como señala el autor “una legitimación por sustitución a favor de un sujeto distinto al titular de la acción exige una previsión expresa del legislador”

¹¹⁸⁶ MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber...”, cit., p. 432.

¹¹⁸⁷ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de...”, cit., pp. 111 y 112.

¹¹⁸⁸ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento...”, cit., p. 28.

modalidades incluida la posibilidad de realizar el acto infractor simplemente preparado pero no ejecutado y la de repetir en el futuro el que se realizó en el pasado¹¹⁸⁹.

Debe, además, añadirse cierto componente de especificidad a la acción pues, en otro caso, no parece que el acto desleal no pudiera contenerse mediante el ejercicio de la acción de impugnación. En tal sentido cabe señalar que la acción de cesación está pensada para situaciones infractoras que se prolongan en el tiempo y no para las circunstanciales o coyunturales adoptadas por el órgano, en cada caso, decisor.

Es decir, mediante esta acción se puede pedir que el administrador cese en un comportamiento desleal que todavía se está produciendo y de eficacia duradera y se puede también lograr que se prohíba su reiteración futura o inminente¹¹⁹⁰. No se exige ningún requisito previo para poder interponer esta acción por lo que no parece que será necesario ningún acto de intimación previa al administrador para que cese en su conducta.

Así, se trataría del caso de que el incumplimiento del administrador se refiera a alguna de las prohibiciones impuestas por el deber de evitar situaciones de conflicto de interés -art. 228.e LSC- como el supuesto de la infracción de la proscripción de entrar en competencia con la sociedad -art. 229.1.f LSC-, en cuyo caso se contempla la posibilidad de solicitar la condena a cesar en la actividad que no debió haber realizado y que, según los casos, puede comportar el deber de abandonar el cargo o la enajenación de las acciones o participaciones que aquél posea en una sociedad competidora¹¹⁹¹.

Es decir, el presupuesto de la acción es, además de la propia infracción del deber de lealtad, el riesgo de que uno o varios administradores realicen una actuación concreta contraria a una de las obligaciones que la lealtad impone a estos en el desempeño de su cargo e incluso tras su cese.

El referido riesgo debe ser concreto y altamente probable y no teórico o una mera posibilidad. Se trata pues de un remedio reactivo o preventivo para el cese de la ejecución o para el inicio de la ejecución no constituyendo, en cambio, presupuestos de la acción de cesación, la producción de una lesión patrimonial o daño de cualquier otra naturaleza ni la culpabilidad. Su carácter profiláctico admite pues el ejercicio de la acción con carácter previo a toda lesión.

En todos los casos referidos, se pretende obtener del juez una resolución que ordene el cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad mediante una condena que impondrá al administrador o administradores una obligación de no hacer, cuya ejecución forzosa se

¹¹⁸⁹ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., p. 57, señala que antes de esta reforma de la LSC “se entendía que la acción de cesación se podía interponer en base a los arts. 1098, párrafo 2º y 1099 CC y 710 LEC”.

¹¹⁹⁰ Así se hace en el supuesto contemplado en la STS de 30.10.2013 que admite la acción de cesación solicitando la prohibición de la reiteración futura de la conducta en un caso de infracción del deber de lealtad de los administradores.

¹¹⁹¹ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., p. 61, señala que “La sociedad también dispondrá de la acción de cesación ex art. 18.2ª de la Ley de Competencia Desleal cuando el comportamiento del administrador pueda ser subsumido en alguno de los tipos de actos de competencia desleal como en el caso de que divulgue información confidencial de la sociedad incumpliendo su deber de secreto frente a la sociedad y siempre que éste constituya también una violación de secretos de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal”.

instrumenta, en última instancia, por medio del deshacer lo hecho en contra de la condena de cese a costa del condenado y de las multas coercitivas previstas con carácter general.

En cuanto a la legitimación activa, a la vista de su fundamentación en la infracción del deber de lealtad y la naturaleza contractual del deber, la legitimación corresponde a la sociedad como titular de la relación jurídica -art. 11 LEC- careciendo los socios y la minoría de legitimación de falta de previsión expresa al efecto, ostentando la iniciativa para promover la acción de cesación al órgano de administración (lo que, por razones evidentes, dificultará, a la práctica, el ejercicio de esta acción).

En cuanto a la legitimación pasiva, tratándose de una acción para provocar el cumplimiento de un deber individual, ésta corresponde al administrador o administradores infractores que ostenten el cargo al tiempo de su ejercicio, si bien también podrá ser ejercitada contra el administrador cesado si estamos en presencia de una obligación cuyo cumplimiento efectivo se proyecta más allá de la vigencia en el cargo como es la obligación de guardar secreto¹¹⁹².

Por último, en cuanto a la prescripción de la acción, en defecto de previsión legal y a la vista, nuevamente, de la naturaleza contractual del deber cuya infracción genera el ejercicio de la acción, deberemos acudir a la disciplina de las acciones que no tienen asignado un plazo especial -art. 1964 CC- que es de cinco años siendo el *dies a quo* el momento en que la acción hubiere podido ejercitar de conformidad con lo señalado al respecto con carácter general -art. 1969 CC- que reitera el art. 241 bis LSC.

5.4. La acción de remoción.

Mediante la acción de remoción de los efectos de la conducta desleal del administrador se pretende retornar a la situación preexistente antes de dicha conducta desleal del administrador, esto es, restituir las cosas al estado en que se encontraban con carácter previo al acto desleal o de la adopción de los preparativos precisos para su realización.

La acción de remoción es sustantivamente independiente de la acción de cesación sin perjuicio de que entre esta y aquella pueda existir una relación funcional y práctica en los supuestos en que la cesación no trae consigo la eliminación de los efectos prácticos de la infracción ya cometida o los preparativos de la infracción ya realizados. Asimismo, la acción de remoción está estrechamente vinculada con la acción de anulación de los actos o contratos.

El presupuesto de la acción de remoción es, además de la infracción del deber de lealtad, la pervivencia de los efectos de dicha infracción. No son, en cambio, presupuestos de la acción de remoción ni la producción de una lesión patrimonial o daño de cualquier naturaleza, ni la culpabilidad.

La reconstrucción del estado de cosas anterior a la infracción del deber de lealtad habrá de determinarse casuísticamente atendiendo a la faceta del deber de lealtad que se haya quebrado y a las circunstancias en que ello haya sucedido. Las medidas que se soliciten para la remoción de los efectos deberán estimarse necesarias y proporcionadas habida cuenta de que puede haber terceros implicados que no sabían o no tenían por qué saber

¹¹⁹² MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de...”, cit., p. 434.

que el administrador estaba desplegando una conducta desleal. Igualmente se adoptarán diferentes tipos de medidas en función de las características del supuesto de hecho ante el que nos encontremos¹¹⁹³.

La condena que estime el ejercicio de la acción de remoción impondrá al administrador o administradores condenados una obligación de hacer, cuya ejecución forzosa se instrumenta, en última instancia, por medio de la sustitución de la actuación por el órgano judicial cuando el obrar debido no sea personalísimo y, si no fuere posible, por medio de las multas coercitivas previstas con carácter general. Por último, vale lo señalado en relación a la acción de cesación, *mutatis mutandi*, sobre la legitimación activa y pasiva así como sobre la prescripción de la acción.

5.5. La acción de anulación de los actos o contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

Estrechamente vinculada, decíamos, a la acción de remoción de efectos está la acción de anulación de actos y contratos pues los mismos, al constituir un efecto material de la actuación desleal pueden, en virtud del ejercicio de la acción de anulación, quedar resueltos y removerse sus efectos. Los actos y contratos celebrados por los administradores incumpliendo el deber de lealtad son actos y contratos nulos de pleno derecho como consecuencia del carácter contrario a una ley imperativa -art. 230.1 LSC y 6.1 CC-.

Estamos, por tanto, ante la acción de nulidad prevenida en el art. 1300 CC que encuentra su fundamento en la ilicitud de la causa -art. 1275 CC- por estar, dichos actos o contratos, preordenados a causar un daño ilegítimo a la sociedad y a los socios¹¹⁹⁴. Mientras el administrador no obtiene la dispensa societaria mediante el correspondiente acuerdo de autorización o dispensa por el órgano competente rige la prohibición de realizarlos, y ello sin perjuicio de la facultad de ratificación que corresponde al órgano competente -art. 1310 CC-.

En cuanto a la concreta modalidad de actos o contratos realizados en perjuicio de tercero, la procedencia de la acción no requerirá la participación en la ilicitud causal o, en los términos del art. 1306 CC, la culpabilidad de la contraparte si esta es la sociedad. En cambio, esta condición debe exigirse para anular el acto o contrato realizado con un tercero, al menos como conocimiento debido de que el acto o contrato de que se trate

¹¹⁹³ LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los...*, cit., p. 61, sostiene que “La remoción puede proyectarse, por ejemplo, sobre los objetos en que se ha materializado el acto o contrato desleal como el material publicitario o los productos, mediante su modificación, restitución o incluso destrucción, o sobre los registros que amparan un derecho de propiedad industrial, mediante su cancelación o transferencia a la sociedad”. GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad...”, cit., p. 174, señala, en relación a la acción de remoción, que “Se puede entender incluida dentro de esta acción la posibilidad de pedir la publicación de la sentencia, o la rectificación de informaciones engañosas o falsas mediante las cuales se pueda haber contribuido a producir o se haya producido la conducta desleal del administrador y sus efectos”. Y, por su parte, MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de...”, cit., p. 436, señala que “En particular, la remoción puede comprender, por ejemplo, la devolución de la documentación que contenga la información confidencial en relación con la cual se hubiere incumplido la obligación de guardar secreto, la restitución de activos sociales de los que se haya hecho uso con fines personales, el deshacerse de los medios directa o indirectamente empleados para desarrollar actividades que entrañen una competencia con la sociedad, etc.”.

¹¹⁹⁴ STS de 23.9.2014 que resalta que la ilicitud del negocio resulta de la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto.

encarna una vulneración del deber de lealtad del administrador o administradores de la sociedad¹¹⁹⁵.

La acción de anulación habilita a la sociedad para solicitar la declaración judicial de nulidad del acto o contrato realizado infringiendo el deber de lealtad y, asimismo, solicitar la restitución de las prestaciones intercambiadas entre el administrador y la sociedad o entre el administrador y terceros -art. 1303 CC-.

Puede tratarse de un contrato realizado por el administrador en nombre y por cuenta de la sociedad pero sin que actúe el administrador, en tal caso, en el mejor interés de la sociedad. Normalmente se tratarán de supuestos de autocontratación, ya sea de forma directa, en que el administrador contrata consigo mismo o indirecta, lo más habitual, contratando en nombre y por cuenta de la sociedad con una persona física o una persona jurídica vinculada a él. Igualmente cabe un contrato celebrado por el administrador en nombre y por cuenta propia pero en el que la sociedad podía tener un interés que el administrador no ha respetado.

En cualquier caso, la anulación de los actos o contratos celebrados por el administrador con infracción de su deber de lealtad deberán resolverse conforme a las reglas del Derecho común relativas a la representación. Y es que la autocontratación no está regulada en nuestro Derecho¹¹⁹⁶ si bien la dicción literal del art. 232 LSC al hablar de anulación y no de nulidad se posiciona en la tesis de la anulabilidad por ser actos que exceden los límites de la representación otorgada salvo autorización o ratificación por parte de la sociedad¹¹⁹⁷.

De este modo se favorece y ampara la seguridad del tráfico al igual que se hace en el art. 234 LSC a la hora de abordar el ámbito del poder de representación de los administradores sociales, siempre que los terceros hayan actuado de buena fe y sin culpa grave, esto es, que no sabían o no tenían por qué saber que el administrador estaba incumpliendo su deber de lealtad¹¹⁹⁸.

Por último, en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de anulación, corresponderá a todo aquel que tenga un interés legítimo incluido, por tanto, los socios de la compañía a título individual¹¹⁹⁹. La legitimación pasiva corresponde a las partes del acto o contrato cuya anulación se interesa. A la liquidación de la relación anulada le será

¹¹⁹⁵ MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de...”, cit., p. 437, que señala que “Los actos o contratos expuestos a la acción de anulación son singularmente los realizados por el administrador o administradores mediante el ejercicio de sus facultades con fines distintos de aquellos para los que se les concedieron, los que articulan las transacciones hechas con la sociedad que no estén excluidas de obligación general de abstenerse de realizarlas, los que sirvan de base para el uso de activos de la sociedad para fines privados, los que instrumenten el aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad, los que establezcan el derecho a obtener ventajas o remuneraciones de terceros indebidamente, los que concreten el desarrollo de actividades que entrañen una competencia efectiva con la sociedad, etc. (cfr. Arts. 228 y 229.1 LSC)”.

¹¹⁹⁶ DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho...*, cit., p. 200.

¹¹⁹⁷ RIBAS FERRER, V., *Aproximación al deber de...*, cit., p. 134 y pp. 699-727.

¹¹⁹⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad...”, cit., p. 175.

¹¹⁹⁹ STS de 23.9.2014.

de aplicación el art. 1306.1ª CC si la contraparte es un tercero¹²⁰⁰, y lo prevenido en el art. 1306.2ª CC¹²⁰¹, si lo es la sociedad¹²⁰².

6. La separación o exclusión del administrador por infracción de los deberes fiduciarios.

Entre los efectos de la actuación del administrador de sociedades que infringe sus deberes fiduciarios no cabe obviar su propio cese. Ciertamente la decisión de la compañía de cesar al administrador no va indefectiblemente unida al incumplimiento de los deberes en la medida en que pueden ser cesados en cualquier momento por la Junta sin necesidad de que tal decisión figure como punto del orden del día -art. 223.1 LSC-, si bien concurren especialidades en el régimen de las Sociedades Anónimas en las que, los administradores que tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la Junta General -art. 224.2 LSC-.

Al mismo tiempo, y en el supuesto de que el administrador sea, asimismo, socio de la sociedad, el incumplimiento de sus deberes puede ser una causa suficiente para poder excluirle de la sociedad forzosamente. Para el examen de la separación y exclusión del administrador deberemos tener en cuenta la tipología societaria si bien, en ambos casos, la regulación ha de partir del carácter fiduciario de la relación de administración.

6.1. Cese o separación del administrador.

El cese del administrador, mediante la separación del cargo, es una consecuencia prevista en la disciplina de todos los tipos sociales regulados en nuestro ordenamiento para el caso de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo¹²⁰³. Consecuente a la relación fiduciaria sobre la que se construye la relación de administración, la LSC contempla, cualquiera que sea el modo de organización del órgano de administración de la sociedad, la posibilidad de separar *ad nutum* a los administradores mediante la adopción del acuerdo de Junta aun cuando no conste en el orden del día de la convocatoria (art. 223.1 LSC).

Ahora bien, cabe advertir que en el régimen del cese del administrador, para el caso de infracción de los deberes fiduciarios, no concurre especificidad, -más allá de la causa del cese-, ni se somete a un régimen singular o responde a un proceso autónomo distinto del ordinario del art. 223 LSC. Ello es congruente con la voluntariedad del cargo y su aceptación a discreción del nombrado, y, por consiguiente, gozará de idéntica

¹²⁰⁰ Esto es, “Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”. (Art. 1306.1ª CC)

¹²⁰¹ Es decir, “Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”. (Art. 1306.2ª CC).

¹²⁰² MASSAGUER, J., “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de...”, cit., p. 437.

¹²⁰³ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., p. 58, así “el régimen de la sociedad civil prevé la facultad de los socios de revocar al administrador privativo o al administrador legal siempre que concurra causa legítima (arts. 1692.1 y 1695.1ª CC) y al administrador no privativo *ad nutum* (art. 1692 II CC). El régimen de revocación del administrador legal y del administrador no privativo en la sociedad colectiva es análogo al descrito para la sociedad civil, pues análoga es también su posición en la misma, mientras que con respecto al administrador privativo del Código de Comercio no admite la revocación, sino que establece la alternativa entre la exclusión o el nombramiento de un coadministrador que intervenga en todas las operaciones (art. 132 CdC).

congruencia que el cese del administrador pueda acordarse a la discreción del órgano de voluntad social.

Pues bien, al referido efecto de causalizar el cese en la infracción del deber de lealtad dedican su atención los arts. 230 *in fine* y 238.3 LSC. El primero, en el marco del régimen de imperatividad y dispensa, señala que, en el caso de que el administrador desarrolle actividades competitivas con la sociedad que gestiona y el riesgo de perjuicio para esta haya devenido relevante, la Junta general, a instancia de cualquier socio, resolverá sobre el cese del administrador.

Por consiguiente, se prevé el cese incluso con carácter posterior a la autorización o dispensa para el desarrollo de la actividad competitiva cuando la misma pierda el carácter inocuo para la compañía derivándose un riesgo -que no consumación- de presumible incidencia en la sociedad de la que obtuvo la dispensa.

En cuanto al art. 238.3 LSC, prevé que el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad -o de transigir al ejercicio de la acción- con causa, entre otras, en el incumplimiento de los deberes fiduciarios determinará, con carácter automático, la destitución de los administradores.

6.2. Exclusión del socio administrador.

La exclusión deviene un mecanismo de resolución de conflictos entre los socios de modo que cuando concurre en una misma persona, simultáneamente, esta condición y la de administrador también constituye una consecuencia contemplada en el régimen de los distintos tipos sociales.

Ahora bien, el art. 350 LSC al referirse a las causas legales de exclusión de los socios incluye entre ellas al socio administrador de la sociedad de responsabilidad limitada cuando infrinja, entre otras causas, la prohibición de competencia (o, sigue el precepto, hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia), en absoluta simetría con lo cual se muestra el art. 218.5º CdC¹²⁰⁴.

Por último, cabe señalar que se admite la exclusión del administrador -que debe ser, asimismo, socio- en los supuestos de infracción del deber de lealtad en su faceta de prohibición de competencia lo que provocaría el desalineamiento con el interés social de la compañía y salvo los supuestos de acuerdo social de dispensa o autorización para el desarrollo de las actuaciones en competencia en la forma y con los presupuestos prevenidos en el art. 230 LSC.

¹²⁰⁴ LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los...”, cit., p. 59. En efecto, sostiene el art. 218.5º CdC que el socio que contraviniera la prohibición de competencia podrá ser excluido de la sociedad. Igual facultad de exclusión puede fundarse en los arts. 1706 y 1707 CC con respecto a los socios administradores de la sociedad civil. La exclusión de los administradores por la infracción de las demás prohibiciones que pesan sobre ellos puede acordarse en virtud de la cláusula general del art. 218.7º CdC en el caso de las sociedades colectivas y de la cláusula implícita de exclusión por justos motivos en las sociedades de responsabilidad limitada, mientras que, en las sociedades civiles, basta con la aplicación del art. 1707 CC.

CONCLUSIONES

a) Del Gobierno Corporativo

PRIMERA

El desarrollo social, mercantil y societario impone un progresivo distanciamiento de la economicidad radical de los planteamientos contractualistas del interés social que han dominado la doctrina y jurisprudencia española. En tal sentido, la exigencia, cada vez más instaurada en los ordenamientos continentales, de imponer una cultura de buen gobierno corporativo, descansa sobre planteamientos ideológicos que, si bien guardan mejor acomodo en el institucionalismo, no encajan *-stricto sensu-* ni en el pluralismo ni en el contractualismo puro, ni en las *shareholders theories* ni en las *stakeholders theories*, ni en las teorías del análisis económico del Derecho ni en los planteamientos constitucionales de la justicia distributiva, ni en las concepciones neoliberales ni en las concepciones más proclives a la regulación desaforada, ni tampoco en las variantes de cada una de ellas aisladamente consideradas.

Ninguna de ellas resulta idónea para dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones que plantea el gobierno societario de suerte que se impone abogar por soluciones sincréticas adaptadas a las necesidades de transparencia que el concurrente reclama en un escenario de política legislativa de corte sintomático y superado por el comportamiento del ser social.

SEGUNDA

Las tensiones, de gran actualidad, entre las corrientes que desprecian el intervencionismo de los Estados en defensa de la libertad de organización y la reprivatización del Derecho Societario parten de la necesaria distancia que debe concurrir entre el mercado y el Estado siendo que el principal juzgador del desarrollo operativo y organizativo de las compañías debe ser el mercado, debiendo limitarse los Estados a intervenir allá donde se han producido las actuaciones más gravosas contra bienes jurídicos fundamentales.

La libertad de organización, construida sobre la base de principios democráticos tales como la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre iniciativa y el Derecho de asociación, se opone pues al intervencionismo estatal que descansa en la necesidad de seguridad jurídica dando respuesta a la constante demanda de regulación de los agentes afectados como consecuencia de la extraordinaria incidencia social que pueden tener las decisiones tomadas en el seno de órganos de administración societarios.

Parece imponerse la opción menos respetuosa con la naturaleza iusprivatista del fenómeno societario viéndose sometido el Derecho de Sociedades a una avalancha de disposiciones que lastran su autonomía organizativa y funcional de lo que es buena muestra la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. La autonomía organizativa de las sociedades de capital se constituye así, en el principal instrumento de contención frente a la avidez de los Estados por aprobar y aplicar normas imperativas que pueden llegar a desnaturalizar el Derecho de Sociedades donde la libertad organizativa y la autonomía de la voluntad juegan un papel vehicular.

TERCERA

La inquietud reguladora estatal está provocando una generalizada tendencia a incorporar en los ordenamientos jurídico-privados, -como es el mercantil-, normas con una fuerte orientación hacia el orden público (como son la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia o Ley 24/1988, del Mercado de valores, que revisten una clara función de ordenación).

En tal sentido, se aprecia una propensión por la intervención de los Estados, a través de sus agendas regulatorias, en todo ente que adquiriera una dimensión suficiente como para que sus decisiones tengan una determinada incidencia en la comunidad procurando tutelar el efecto público de la decisión privada. Es decir, imponer un tamiz público a las decisiones adoptadas por unos pocos que pueden provocar efectos sobre muchos. Todo ello conlleva la inidoneidad de seguir definiendo al derecho mercantil en general y el Derecho Societario en particular, como, *stricto sensu*, Derecho Privado especial en la medida en que cada vez son mayores las normas que, incorporadas al Ordenamiento Mercantil, no pueden ser calificadas de derecho privado.

CUARTA

La voluntad de los estados de que las compañías adopten una cultura de buen gobierno corporativo responde a un objetivo garantista y tutelar. Garantista por cuanto pretende garantizar la transparencia informativa en beneficio del inversor, promover el equilibrio de poderes interno y dar respuesta a las tensiones entre la propiedad de la compañía y el efectivo control de la misma. Tutelar en cuanto promueve la defensa y tutela de los derechos de todos los agentes implicados en el desarrollo del objeto social de la compañía *-stakeholders-*.

El escenario primigenio a la proyección normativa ha sido el de las recomendaciones de buen gobierno corporativo en el marco del Derecho blando o *soft law*. Así, la recomendación viene siendo la antesala de la norma en una suerte de retroalimentación compulsiva que ha provocado el progresivo traslado desde la recomendación voluntaria, -si bien sujeta a la regla "*comply or explain*"-, al Derecho imperativo *-hard law-*

QUINTA

Las diferentes herramientas e instrumentos de buen gobierno corporativo deben construirse sobre una cultura de buen gobierno idónea, de suerte que los planes de *corporate*, de *compliance* o las políticas corporativas de responsabilidad social no pueden ser compartimentos estancos, sino que aparecen fuertemente entrelazados entre sí, así como con el escenario corporativo en el que se enmarcan. En congruencia con ello, la cultura de buen gobierno y los instrumentos de buen gobierno corporativo interactúan en una relación de general a especial y de medio a resultado siendo la gestión social la encargada de vehicular la política societaria dirigida a la consecución de los objetivos propuestos por cada instrumento de buen gobierno.

SEXTA

Dentro de un concepto amplio de gobierno corporativo cabe distinguir los instrumentos de ámbito interno, operativo y societario, de los de proyección externa y social. Así, las políticas de *corporate* y de *compliance* promueven la transparencia gestora interna, el control de los flujos de información y el equilibrio entre los órganos de la compañía que encarnan la titularidad dominical y la gestión social operativa.

Por su parte, la responsabilidad social empresarial constituye un trasunto, en el marco corporativo, de una política propia del estado del bienestar conjugando el bienestar general ciudadano con la consecución de beneficios empresariales. El buen gobierno corporativo incide en el marco organizacional promoviendo sinergias entre los conceptos de buen gobierno, transparencia y, por ende, confianza del mercado y de los sujetos que inciden en el desarrollo del objeto social. La responsabilidad social corporativa promueve, a través de decisiones empresariales, la satisfacción de necesidades sociales y el desarrollo de la ciudadanía social.

SÉPTIMA

Los instrumentos de mejora de la gobernanza societaria se edifican sobre el resorte organizacional de la cultura de buen gobierno corporativo y ambos promueven la creación de valor empresarial desde una gestión transparente, eficiente y sostenible. Es por ello que la eticidad que acompaña a tales instrumentos no admite una utilización de los mismos en sede de la política comercial empresarial promoviendo el retorno y monitorizando su despliegue a través de las cuentas de resultados lo que desvirtúa su naturaleza y sentido. En otro caso se estará instrumentalizando su virtualidad de promoción del beneficio social ocultando, bajo un propósito simulado de promover la satisfacción del beneficio social, otro real y disimulado que no se separa de la economicidad radical de la maximización de beneficios.

OCTAVA

El movimiento de gobierno corporativo ha incidido en el tratamiento legal del estatuto jurídico del administrador de sociedades. Así, frente a la tradicional acepción de los deberes de los administradores como presupuesto o fundamento de la responsabilidad por daños se ha pasado a configurar un cuerpo estatutario más detallado, al objeto de encuadrarse en un marco preventivo y disuasorio. En tal sentido, la cultura de buen gobierno corporativo pone el acento en la eficacia *ex ante* del conjunto de deberes del gestor social y no en su eficacia *ex post* derivada del incumplimiento. Se separa pues del tradicional tratamiento de tales deberes en el marco de la exacción de responsabilidad abogando por configurarlos como modelos conductuales en el marco preventivo, profiláctico o precautorio.

Con una regulación más amplia de las exigencias conductuales del administrador en el marco de la diligencia y de la lealtad, en la medida en que ello es posible y conveniente, se pretende evitar conductas infractoras imponiendo una diligencia intensificada y una dedicación al cargo, así como una abstención de las conductas extractoras. Ante tal

esfuerzo delimitador, se pretende, asimismo, facilitar la tipicidad y castigo de la conducta en el juicio revisorio.

b) De la relación de administración.

NOVENA

La relación que une al administrador con la sociedad se enmarca dentro de las relaciones representativas de gestión y se caracteriza por su carácter fiduciario, atípico, bilateral, consensual, oneroso y obligatorio. El alineamiento único y exclusivo con el interés social aporta el elemento fiduciario que fundamenta la relación gestora y causaliza todo el cuerpo prestacional. Ahora bien, la caracterización de la relación del administrador con la sociedad como relación fiduciaria responde al sentido extensivo del término *fiducia* o confianza y, por tanto, identificando “relación fiduciaria” con “relación de confianza” y no con el vínculo intersubjetivo derivado de la concurrencia de un negocio fiduciario.

Así, la relación fiduciaria en su acepción amplia y omnicompreensiva de relación fundada en la *fides* que nos inspira otra persona, no es la que ha acogido nuestra tradición jurídica donde la relación fiduciaria constituye el vínculo interpersonal consecuente a la celebración de una singular tipología relacional, esto es, el negocio fiduciario. En tal sentido, cabe concluir que en la relación fiduciaria derivada del negocio homónimo no encuentra encaje la relación del administrador con la sociedad con la que no comparte simetría conceptual.

DÉCIMA

De los elementos que configuran y delimitan la relación de administración se desprende que la misma no se ajusta, *stricto sensu*, ni a la figura del mandato, ni a la comisión, ni a la prestación de servicios, ni a la figura del factor, ni del agente, ni del *trustee*. Así, bien sea por su atipicidad o bien sea por la especificidad de su naturaleza sincrética (contractual y orgánica), la singularidad de la relación de administración justifica una regulación jurídica independiente edificada sobre la posición fiduciaria que ocupa (la “fiduciariedad” del cargo exige procurar, única, exclusiva y excluyentemente, por la satisfacción del interés social) y que impone una actuación de buena fe.

La identificación tradicional entre el administrador y el agente ha sido consecuencia de la inclusión de los costes derivados de la gestión social dentro de los denominados costes de agencia en la medida en que, dentro de los mismos, se incluye todo coste derivado de la realización de actuaciones por un tercero en nombre y por cuenta del principal empresario. Todo ello al objeto de verificar que tales costes de agencia deben ser menores a los costes de transacción, esto es, a los costes que se habrían producido si las referidas actuaciones se hubieran realizado directamente por el principal empresario.

c) Del Deber de Diligencia.

DÉCIMO PRIMERA

El estándar de diligencia del gestor social se sitúa en la diligencia propia de un ordenado empresario (art. 225.1 LSC) y no en la propia de un buen padre de familia (art. 1094 CC). No obstante, esa acepción del estándar de diligencia propia del administrador no significa que estemos ante un modelo de diligencia que sustituya al estándar civil. El estándar civil de diligencia se redimensiona en sede de la gestión social adaptándose al entorno técnico y especializado del ejercicio de la gestión social.

No estamos pues, en presencia de un estándar de diligencia específico propio de los administradores de sociedades diferente del estándar civil, sino que se trata de idéntico modelo, pero referido, en su aplicación, a un tipo especial de situaciones y de personas, esto es, a los administradores de sociedades en el ejercicio de sus cargos.

Supone pues, el estándar de diligencia del gestor social, una suerte de *lex artis* del administrador, esto es una diligencia específica de carácter elástica en la medida en que se adapta al sector económico en el que se mueve, así como a las circunstancias de tiempo y de lugar. Se consigue con ello, dotar al modelo conductual del gestor social de un plus de juridicidad superando la exigencia de diligencia propia del *honus pater familiae* de corte más moderada y conservadora del patrimonio familiar (esto es, de la gestión patrimonial conservativa).

Tal agravación es consecuente a la función ejercida por el administrador, el entorno concurrente y la observancia exclusiva del interés social. Por consiguiente, no cabe sostener que el estándar de diligencia del gestor social constituya una sustitución o exclusión del estándar civil pues ambas pueden coexistir suponiendo la primera el plus de especialización, tecnificación y profesionalización del que carece la segunda.

DÉCIMO SEGUNDA

El deber de diligencia genérico tiene una proyección funcional en el deber-derecho de información de suerte que la diligencia del ordenado empresario, el ejercicio efectivo del cargo, el despliegue de una dedicación adecuada y la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad devienen impregnados por el deber de información. En tal sentido, no cabe dissociar entre un administrador diligente y un administrador informado. Si no concurre el segundo, no concurre el primero constituyendo una palmaria contravención del deber genérico de diligencia actuar desconociendo los riesgos y no adoptando las medidas que el conocimiento de la situación de la compañía demanda.

El derecho-deber de información radica en la potestad-obligación de administrar y supervisar la marcha de la sociedad. El derecho de información constituye una proyección de la *potestas* en cuanto titular del cargo mientras que el deber de información es una proyección del deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario. Para el cometido gestor, el administrador puede y debe solicitar cuanta información sea necesaria para formarse un criterio razonable siendo que la

desinformación será sólo a él imputable en el juicio de razonabilidad de la conducta. Es por ello que, dada la extraordinaria relevancia del deber de información, cabe identificar información con diligencia y, *a contrario sensu*, desinformación con negligencia.

DÉCIMO TERCERA

En el marco del deber de diligencia, la Ley 31/2014 ha introducido su modulación subjetiva admitiendo un régimen intrasocietario que permita una exigencia funcional diversa entre los distintos administradores existentes con la consecuente admisión, en el marco del juicio conductual, de un reproche que debiera concurrir alineado con la efectiva intervención del administrador en el acto infractor. Por consiguiente, a diferencia del modelo paradigmático genérico que se predica del deber de lealtad, el deber de diligencia no opera igual para todos los consejeros en un entorno funcional diversificado.

La naturaleza del cargo y el ámbito funcional son los dos baremos introducidos en el art. 225.1 LSC que, no obstante, merecen cierta reflexión ante el mantenimiento, con carácter general, de la responsabilidad solidaria de los administradores y la limitación de las causas de exculpación en función de su oposición al acto o acuerdo que ocasionó el daño y de su tentativa para evitarlo (art. 237 LSC). Es por ello que, ante la posibilidad de incurrir en situaciones de injusticia material, es relevante que la valoración conductual parta de la estructura del órgano de administración.

En tal sentido, la diligencia exigible al administrador único o al administrador solidario que, de manera individual, cuenta con todas las facultades de representación y de administración de la sociedad, no puede ser la misma que la de un Consejo de Administración, donde las decisiones se adoptan mediante acuerdo y la representación de la sociedad se ejerce colegiadamente sobre una base de efectiva distribución funcional. Habrá pues que atender a ese marco funcional para, en su caso, eximir de responsabilidad, atendiendo a la inhibición funcional de un administrador sobre un asunto cuya titularidad competencial ostenta otro administrador directamente infractor. Y ello con independencia de aquella solidaridad y su oposición, o no, al acto o acuerdo que ocasionó el daño.

No obstante, en el juicio de responsabilidad, y en el marco de ese escenario operativo diversificado, no tiene cabida la genérica alusión al carácter solidario de la responsabilidad del art. 237 LSC que debiera atemperarse a las características y distribución funcional del órgano de administración. Es por ello que, si el art. 225 LSC impone la adaptación de las exigencias de diligencia a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas, no parece congruente, en defensa de las concepciones garantistas, exigir una solidaridad general en el marco de la responsabilidad que no atienda a la naturaleza y funciones, y ello aun posibilitando las acciones de repetición *ad intra*.

DÉCIMO CUARTA

El juicio de diligencia, tradicionalmente arraigado al modelo paradigmático genérico de cuidado, prontitud, racionalidad y prudencia, además de, en el marco de actuación del gestor social, a la necesaria dedicación y a la buena dirección y control sobre la base de una información adecuada, no puede obviar el componente subjetivo de la pericia del administrador al tiempo del juicio conductual. Salvo específicas excepciones, al

administrador de sociedades no se le exige determinada capacitación personal pero sí se le exige dedicación, racionalidad y un componente motivacional idóneo en la adopción de decisiones, esto es contar con una información adecuada y bastante.

Es decir, se le exige un componente subjetivo de profesionalidad que no ha sido adecuadamente delimitado, pero sí ha sido utilizado en numerosas resoluciones judiciales, en el marco del juicio revisorio, como elemento idóneo para motivar una imputación con el plus de antijuridicidad que implica la capacitación técnica. El motivo de la ausencia de alusión a la capacitación, se debe a que el legislador ha preferido entregar al ámbito de ordenación societaria interna las directrices relativas a la pericia o capacitación del administrador.

No obstante, sí merece cierta reflexión ya que si la capacitación, la experiencia o la concurrencia de una determinada habilidad, ciencia o arte para el desempeño de la función de administración puede ser tenida en cuenta en el examen *ex post* conductual, igual atención merece en la conformación de su conducta como gestor social y en el cumplimiento de sus deberes y, en tal sentido, cabe integrar la pericia, capacitación y experiencia del gestor social en la interpretación del estándar de diligencia del ordenado empresario.

DÉCIMO QUINTA

Con la incorporación a nuestro Derecho positivo de la *Business Judgment Rule* se configura normativamente el deber de diligencia en un doble escenario protector. Por un lado, como modelo conductual en el art. 225 LSC, como deber general y paramétrico que describe un patrón conductual identificado con un obrar diligente en la gestión social. La naturaleza del cargo impone esa descripción funcional de corte modular en la medida en que una descripción detallada que delimite la conducta exigible en cada caso, además de nociva, sería incompatible con la autonomía y discrecionalidad que debe acompañar a la función gestora.

Por otro lado, se dispensa protección al deber de diligencia en el juicio revisorio conductual (art. 226 LSC) en la medida en que la regla de la discrecionalidad empresarial resulta idónea para atemperar el patrón de prudencia exigida al administrador permitiéndole la asunción de riesgos congruentes y razonables con el conjunto de condiciones concurrentes. Asimismo, protege al gestor social del escrutinio judicial y del sesgo retrospectivo promoviendo que sea el mercado, y no el juzgador, el que fiscalice la idoneidad de las conductas desplegadas en la gestión. La *Business Judgment Rule* sitúa pues, su escenario de actuación, en el juicio revisorio donde la concurrencia de sus presupuestos de aplicación determinará la ausencia de antijuridicidad de la conducta.

Ese doble escenario protector del deber de diligencia unido a la naturaleza de la obligación de administración como obligación de medios y la inhabilidad del juzgador de escrutar decisiones de gestión, desacertadas o no, fuera del marco situacional que ocupaba el gestor social al tiempo de su adopción, puede ofrecer un marco de libertad de gestión que ayude y promueva la espontaneidad y autonomía decisional en el ejercicio de una profesión de administrador que, constituyendo el núcleo de las inquietudes reguladoras de los Estados, se ha convertido en una profesión sujeta a constante control y monitorización.

DÉCIMO SEXTA

La introducción en nuestro ordenamiento positivo de la regla de buen juicio empresarial no debe hacernos perder de vista que la aplicación de la regla no es pacífica y que presenta contornos difusos en la medida en que se ha puesto de manifiesto una asimetría conceptual e interpretativa.

Así, la *Business Judgment Rule* puede ser interpretada como un estándar de revisión o como una regla de abstención. Desde la primera posición se admite un juicio revisorio de la decisión empresarial que parte de una presunción *iuris tantum* de diligencia a favor del administrador siendo, el que sostenga la negligencia, quien deberá refutar la presunción de diligencia demostrando que no concurren los presupuestos de actuación diligente.

Desde la acepción de la regla como regla de abstención se crea un espacio de inmunidad a favor del gestor social siempre que se acredite la concurrencia de los presupuestos del obrar diligente. Esta interpretación impone que sea el gestor social quien deba demostrar su conducta diligente sucediéndose, con la alegación de la regla del buen juicio empresarial, un juicio dentro de otro juicio en el que, acreditando todas las evidencias de diligencia impuestas por la regla, queda vedado el escrutinio de su actuación -puerto seguro-.

Se pretende, en ambos casos, someter el enjuiciamiento de la conducta del gestor social a un juicio previo de idoneidad que, si lo supera, impedirá la revisión judicial desprovista del elemento concurrencial al tiempo de su adopción y, por ello, privada de un enfoque posicional integral. De la redacción del art. 226 LSC, cabe inferir que el legislador español ha querido acoger la *Business Judgment Rule* como regla de la abstención o no revisión de las decisiones de los administradores que cumplan los presupuestos de la regla.

No obstante lo anterior, cabe cuestionarse respecto a su naturaleza si estamos ante un criterio rector para determinar el contenido de deber de diligencia o bien es un criterio rector para determinar la imputabilidad objetiva y subjetiva de la conducta del administrador. Es por ello, que la configuración y funcionalidad técnico-jurídica en la aplicación de la regla es susceptible de mayor desarrollo que, a buen seguro, se producirá por la doctrina y jurisprudencia.

d) Del Deber de lealtad.

DÉCIMO SÉPTIMA

El deber de lealtad constituye la proyección, en el marco obligatorio del gestor social, de un principio de tamaño trascendencia y de entronque tan profundo en el ordenamiento que impone cohonestarse con figuras de análoga relevancia como la justicia o la buena fe. En tal sentido, el deber de lealtad es más un principio que un concepto porque aporta una valoración específica. Ante la imposibilidad de hacer una enumeración de las conductas infractoras a la lealtad, se impone una descripción a través de fórmulas paramétricas que, no obstante, no constituyen declaraciones programáticas sino proposiciones objetivas, esto es, normas directamente aplicables.

La lealtad del administrador a la compañía implica fidelidad y alineamiento con su voluntad e intereses de suerte que se trata de un deber tan consustancial a la relación de gestión y administración que exige una aplicación imperativa, salvo supuestos tasados de dispensa. Atendiendo pues, a la posición fiduciaria que ocupa el gestor social, se otorga a la lealtad una incidencia intensificada pues, a diferencia del deber de diligencia, de carácter más genérico en el cumplimiento de las obligaciones y que ninguna especialidad ofrece en la relación de administración, el deber de lealtad es específico de aquellas figuras relacionales con base en la *fides*.

DÉCIMO OCTAVA

El deber de lealtad guarda relación de género a especie, -o de género a subgénero-, con el principio general de buena fe siendo aquel la manifestación de este, en el marco de la gestión social, dirigido a proteger al principal de las actuaciones interesadas. En nuestro ordenamiento, no cabe adicionar, como un deber autónomo más, el deber de actuar de buena fe en el ejercicio del cargo de administrador, a los deberes de diligencia y lealtad, como así se postula desde la doctrina anglosajona, constituyéndose el estatuto del gestor social en una tríada de deberes cada uno de ellos, con autonomía funcional y naturaleza propia.

Así, a diferencia del *Common Law*, -el cual parte de que los deberes de diligencia y lealtad no cubrirían todas las formas de comportamiento indebido y por ello se impone adicionar a los deberes fiduciarios, el deber de buena fe-, nuestro ordenamiento admite una *vis expansiva* de los deberes fiduciarios a otros supuestos no comprendidos en su tenor literal. Ello permite mantener a la buena fe como principio integrador y rector de tales deberes siendo éstos la especificidad de aquel principio general en el seno de las relaciones representativas en “sub-especial”, de las relaciones jurídico privadas en especial, y de todo el Ordenamiento jurídico en general.

DÉCIMO NOVENA

El interés social, al margen de las contiendas doctrinales y hermenéuticas que ha suscitado su acepción en el marco funcional societario, es un principio rector del Derecho de Sociedades español en general, y de la actuación del administrador de sociedades en particular. Dada la imposibilidad de encerrar en fórmulas estancas el conjunto de actuaciones a desarrollar por el administrador societario, el mandato de la observancia del interés social viene a constituir la fórmula para garantizar que el gestor social cumple con los deberes derivados del contrato social.

En tal sentido, la cláusula del interés social constituye el instrumento de contención contra la imposibilidad de regulación completa y exhaustiva *ex ante* de la actividad a desarrollar por el gestor social, de modo que allá donde no llegan, con su regulación, los deberes fiduciarios llega, con su expansión, el interés social que, a su vez impregna, con carácter general, toda la conducta operativa y representativa del administrador constituyéndose en elemento estructural del estatuto jurídico del gestor social.

VIGÉSIMA

El conflicto de intereses constituye la proyección material de la deslealtad del gestor social en el ejercicio del cargo. A los elementos propios del conflicto de interés -esto es, i) colisión, confrontación o pugna entre el interés social y el particular, y ii) riesgo de lesión para el interés social-, se han señalado otros de carácter eventual como son la lesión patrimonial y la intencionalidad del gestor.

No obstante, la lesión patrimonial no puede reputarse como elemento integrante del concepto y delimitación del conflicto de interés. Descansando el cargo de administrador en la *fiducia*, todo conato extractivo de ventajas o beneficios del haber social, con carácter general, provocará que se socave aquella confianza estructurante de la relación de administración y ello con independencia de que el interés particular haya logrado materializarse provocando la efectiva lesión al patrimonio social.

La lesión patrimonial será, eso sí, examinada en el juicio revisorio de la actuación a los efectos de la valoración de la conducta. La efectiva lesión social y la entidad económica de la misma incidirán al tiempo del reproche social, tanto en el marco de la responsabilidad como en el de la valoración, en su caso, del enriquecimiento injusto y otras acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad. No obstante lo anterior, hay que disociar la lesión material a la concurrencia, o no, del eventual conflicto de intereses que se dará si concurre un mero riesgo de lesión patrimonial.

e) De la imperatividad del Deber de Lealtad y Del régimen de dispensa.

VIGÉSIMO PRIMERA

El régimen de dispensa impone una especial reflexión y una labor pedagógica para evitar que el intérprete pueda entender paradójico que el legislador tenga a bien consagrar normativamente el carácter imperativo del régimen en el apartado primero del art. 230 LSC para, sucesivamente en su apartado segundo, diseñar un régimen de excepción o dispensa que permita a la sociedad, cuando ésta así lo estime conveniente, decidir qué supuestos de actuación en conflicto con el administrador tolera, verificada la inocuidad para el interés social.

Se aprecia así, en el art. 230 LSC, la naturaleza privada del fenómeno societario en la medida en que la compañía está habilitada para exencionar la deslealtad del gestor social. En tal sentido, y aunque el otorgamiento de la dispensa en supuestos en los que existe evidente riesgo de lesión patrimonial esté vedado, se abre la posibilidad de que, especialmente en las sociedades menos atomizadas y con accionistas de control, la Junta permita incluso los actos más intensos de deslealtad del gestor social.

El régimen de dispensa permite pues dulcificar, flexibilizar, suavizar o rebajar el alcance de los deberes de lealtad de los administradores atribuyendo a la sociedad una facultad dispositiva idónea para reducir las exigencias conductuales impuestas a los gestores sociales. La posibilidad de dispensa impide concebir la imperatividad del régimen en términos absolutos -sin perjuicio de los supuestos conflictuales prevenidos en la letra b del art. 229 LSC que no se incluyen entre los supuestos dispensables del art. 230 LSC-.

En tal sentido, cabe sostener que la dispensa permite cuestionar la prohibición general de deslealtad desvirtuando la obligatoriedad general del régimen en la medida en que imperatividad y dispensa interactúan como supuestos antagónicos. Sin perjuicio de lo anterior, la dispensa debe enmarcarse en un escenario de excepción, sintomático, inocuo para la sociedad y como respuesta extraordinaria a una situación singular extraordinaria y no recurrente.

VIGÉSIMO SEGUNDA

El art. 230 LSC entra en aparente contradicción con lo prevenido en el art. 236.2 LSC en la medida en que si el primero admite la autorización por la Junta de actos, en inicio desleales, el art. 236.2, en sede de responsabilidad, proclama la responsabilidad de los administradores aun en el caso de que el acto lesivo para la sociedad haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta.

En efecto, una lectura del art. 236.2 LSC desgajada y descontextualizada del art. 230 LSC admite inferir que si la junta otorga una dispensa, en virtud de la cual se autoriza a que el administrador realice un acto o conducta que se considere lesiva para la sociedad, dicha autorización, por mucho que haya cumplido las exigencias legales previstas en el art. 230 LSC, no eximirá al administrador de su responsabilidad ni evitará, por tanto, que pueda ser objeto de la correspondiente acción de responsabilidad. De ser así, ¿de qué serviría la concesión de una dispensa si posteriormente la compañía puede exigir responsabilidad al gestor social por la realización de la conducta autorizada?

Además, siendo que la dispensa debe ser expresa, el acuerdo social que la otorgue se vería posteriormente vulnerado por la propia compañía si le exigiera responsabilidad al gestor social, incurriendo en una clara infracción de la doctrina de los actos propios que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al contenido de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio. Asimismo, supondría un claro desprecio hacia la seguridad jurídica admitir que una declaración de voluntad exteriorizada por un sujeto capaz, no viciada y concordante con la voluntad interna pudiera ser impugnada o negada por el propio autor de la misma.

El art. 236.2 LSC se sitúa en otro escenario que es el de la delegación fraudulenta de facultades del órgano de administración a la Junta. El caso paradigmático es el del órgano de administración que traslada al órgano soberano la adopción de una decisión para que ésta, con menor conocimiento y monitorización del asunto, autorice, adopte o ratifique la decisión. Esa decisión materializada en el acuerdo de Junta no impedirá la exigencia de responsabilidad. Responde dicha norma, por tanto, a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique.

f) Delimitación operativa Diligencia-Lealtad.

VIGÉSIMO TERCERA

Se ha puesto de manifiesto la inclusión de los deberes de diligencia y de lealtad dentro de un macro-deber general de diligencia o dentro del propio principio general de la buena

fe. No obstante, no se ha realizado una tarea de delimitación y disociación del deber de diligencia, por un lado, y del de lealtad por otro. El deber de diligencia es un deber funcional que impone una conducta activa y puede consistir tanto en una acción como en una omisión. El deber de lealtad es un deber disfuncional que impone una conducta omisiva o de abstención protectora del principal. Por ello la diligencia se sitúa en el marco operativo y tiene carácter dispositivo mientras que el deber de lealtad se sitúa en el marco ético y tiene, de entrada, carácter imperativo.

La diligencia tiene una función de impulso y de operatividad inmanentes mientras que la lealtad tiene una función de motivación conductual. La diligencia se centra en el desarrollo de la actuación profesional y tiene un sentido técnico. La lealtad se mueve en el desarrollo moral de la actuación profesional y tiene un sentido deontológico. Es por ello que el juicio de diligencia es técnico y profesional mientras que el juicio de lealtad es ético, moral o axiológico. La infracción a la diligencia se manifiesta en actos de gestión indebida mientras que la deslealtad se manifiesta en actos de distracción o de apropiación indebida.

La diligencia es proactiva y responde al “qué” en el desarrollo de las funciones del gestor social. La lealtad es tuitiva, determina el modo en que deben realizarse actuaciones y responde al “cómo” en el desarrollo de las funciones del gestor social. Es por ello que en el juicio revisorio, el juicio de diligencia es, por lo general, extraordinariamente complejo, pues impone un análisis situacional de imposible idéntica reproducción por el juzgador. El juicio de lealtad es, por el contrario, menos complejo y basta con acreditar la conducta extractiva, no dispensada y dolosa.

g) Efectos derivados de la infracción de los deberes fiduciarios.

VIGÉSIMO CUARTA

La relación fiduciaria del administrador de sociedades para con la sociedad impone que los deberes fiduciarios sean, exclusivamente, de aquel para con ésta, materializándose tal vínculo interpersonal en el contrato de administración. No parece tener cabida en dicho vínculo intersubjetivo una ampliación a terceros que admita nuevos vínculos interpersonales en la medida en que en la relación fiduciaria concurre componentes *intuitu personae*. Es decir, los deberes fiduciarios del administrador los son para con la sociedad que administra. No cabe pues, un deber de lealtad, en particular, para con clientes, con acreedores o con proveedores.

No obstante, tal aserto parece incompatible con el tratamiento de la legitimación activa en el marco de las acciones de responsabilidad contra el gestor social. Es decir, si solo a la compañía debe el administrador diligencia y lealtad, sólo la compañía debería poder exigirle responsabilidad social por la infracción de sus deberes fiduciarios. No obstante, en sede de responsabilidad, se permite la legitimación activa a personas distintas de la propia sociedad generando una legitimación activa artificiosa. Tal régimen de legitimación de la acción social de responsabilidad se muestra pues, desalineado con el elemento personal del contrato de administración e imbuido por las exigencias de justicia material que atienden al restablecimiento, más completo posible, del patrimonio social lesionado.

A tal empeño de promover la restitución íntegra del patrimonio lesionado se dirigen, asimismo, el conjunto de acciones incorporadas a la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, esto es, la acción de enriquecimiento injusto incorporada en el art. 227.2 y las acciones de impugnación, de cesación, de remoción de efectos y de anulación de actos y contratos incorporadas al art. 232 LSC. Acciones que, por otra parte, son compatibles con las acciones de responsabilidad de los arts. 236 y siguientes.

VIGÉSIMO QUINTA

Atendiendo a la distinción tradicional entre la acción social de responsabilidad y la acción individual, esto es, la titularidad del patrimonio lesionado, cabe señalar que la acción individual de responsabilidad no resulta la idónea para fundamentar una reclamación a la administración social en base a la infracción de los deberes fiduciarios. En tal sentido, toda infracción a los deberes fiduciarios, cuya finalidad funcional es el alineamiento con el interés social, provocará una lesión al patrimonio social y, aunque se permita una legitimación plural, el importe de la indemnización que se consiga deberá integrarse en el patrimonio social por ser éste el que sufrió el quebranto.

La inhabilidad de la acción individual para dar fundamento a una acción de responsabilidad por la infracción de los deberes fiduciarios encuentra motivación en: i) la titularidad de la relación fiduciaria, cuyo elemento personal es la sociedad y el administrador que debe aceptar el cargo y sin que despliegue mayores efectos intersubjetivos, ii) la naturaleza de los deberes fiduciarios que, al emanar del contrato de administración se deben a la relación jurídica creada por tal vínculo, y iii) al carácter orgánico del cargo de modo que el gestor social, en su proyección ante terceros, no actúa sino como órgano societario y las relaciones jurídicas que entable en su condición de tal, son a cuenta, riesgo y provecho del haber social.

VIGÉSIMO SEXTA

La acción individual de responsabilidad contra el administrador de sociedades tiene su razón de ser en un comportamiento individual y extrasocietario en el marco de su actuación orgánica y de la que se deriven obligaciones propias extrasociales del gestor con el tercero. Cuando se sitúa la naturaleza de la acción social de responsabilidad en el marco de la infracción de la ley, estatutos y deberes fiduciarios, (mención del art. 236.1 LSC que, por lo demás, deviene reiterativa en la medida en que toda infracción legal y estatutaria implicará, asimismo, una infracción de los deberes fiduciarios), se está haciendo referencia a una conducta lesiva intrasocietaria, esto es, en el desarrollo del objeto social.

Ello impone ubicar a la acción individual de responsabilidad en el marco de una infracción individual y extrasocietaria (que no la especializa del régimen general de responsabilidad civil del art. 1902 CC) pero ejecutada, en su propio nombre, en el ejercicio del cargo de administrador (que sí la especializa y ofrece la singularidad propia de la acción individual). La cuestión estará pues, en dilucidar si la infracción se ejecutó representando a la sociedad, o individualmente y en interés y en nombre propio. Por consiguiente, la acción individual no deriva del contrato de administración -del que

emanan efectos jurídicos entre la sociedad y el nombrado- sino del ejercicio ilícito o abusivo del cargo de administrador.

No obstante, tal criterio de distinción no resulta de incidencia cuando hablamos de infracción de los deberes fiduciarios que, en todo caso, implicará un daño a la sociedad en el marco de tal conjunto de deberes que la doctrina ha conceptualizado como deberes colectivos o sociales y, por ello, no susceptibles de motivar una acción individual pues la titularidad del patrimonio afectado será siempre el de la compañía. Los deberes fiduciarios son pues, únicamente tributarios de la relación fiduciaria derivada del contrato de administración.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Comentario del Código Civil*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, ed. Dykinson. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 2015.

AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981,

AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.

AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas III, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1994.

AAVV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

AA.VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons. Madrid, 2007.

AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*. Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1990.

AA.VV., *Festschrift für Albert Pinner zu seinen. Geburtstag*, Berlín. 1935.

AA.VV., *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y conferencias)*, ed. Tecnos, Madrid, 1971

AA.VV., *Responsabilidad Social Corporativa (aspectos jurídicos y económicos)*, ed. Universitat Jaume I, Castello de la Plana, 2005.

AA.VV., *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, ed. Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1931.

ABRIANI, N., (Dir.), *Derecho Italiano de Sociedades*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Comentario al art. 1258 CC” en **ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. / SANTOS BRITZ, J.**, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, 1992.

ALBADALEJO, M (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Edersa, Madrid, 1989

ALCALÁ DÍAZ, M, A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, en ESTEBAN VELASCO, G., (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999.

- “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores (STS de 21.5.1992)”, *RdS*, núm. 1, 1993.

ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *The American Economic Review*, vol. 62, núm. 5, 1972.

ALEJOS GARMENDIA, B., *Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL J., “¿Acción individual y acción de responsabilidad por pérdidas?”, en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 24.5.2018.

- “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 16.12.2013.
- “Artículo 204. Acuerdos impugnables” en JUSTE MENCÍA, J (Coord), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- “Artículo 225. Deber general de diligencia” en JUSTE MENCÍA, J (Coord), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA, J (Coord), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo.*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- “Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores (I)” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 18.6.2014.
- “Conflictos de interés del socio y personas vinculadas” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha de 22.2.2017.
- “El deber de secreto de los administradores sociales” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 8.8.2018.
- “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *AFDUAM*, núm. 20, 2016.
- “La llamada acción individual de responsabilidad externa de los administradores sociales”, *InDret*, núm. 1/2007.
- “La relación entre la responsabilidad de los administradores y las instrucciones de la junta” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 29.1.2018.
- “Las relaciones entre el deber de diligencia y el de lealtad y los peligros de imponer deberes fiduciarios a discreción” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 24.5.2018.
- “Los costes de transacción” en Juan Luis IGLESIAS PRADA, J. L (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

- “Los estatutos sociales como regla contractual” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 20.7.2015.
- “Seis razones por las que la corporación puede considerarse la mayor innovación no tecnológica que vieron los siglos” en entrada de su blog *Almacén de Derecho* de fecha 12.3.2018.
- “Sociedades de capital: deber de diligencia de los administradores”, en JUSTE MENCIA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo.*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, ed. Civitas. Madrid. 1995.

ALFONSO SANCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.

ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ed. A. Giuffrè, 1979, p. 147

ALONSO ÁLVAREZ, J., “La prevención de delitos en el Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8310. 2014.

ALONSO ESPINOSA, F.J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, en AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons. Madrid, 2007.

ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

- “El Gobierno de las Grandes Empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)”, en ESTEBAN VELASCO, G., (Coord)., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999.
- “Cuestiones en torno a la válida exclusión del derecho de suscripción preferente en determinados supuestos de aumento de capital” en Juan Luis IGLESIAS PRADA, J. L (Coord)., *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los Administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, núm. 198. 1990.

- “El Gobierno de las Grandes Empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)”, en ESTEBAN VELASCO, G., (coord)., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999.

APARICIO, M.L., “La Responsabilidad social corporativa: nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas”, *RD. Ar*, núm.1. 2016.

ARAGÓN REYES, M., “Una apuesta por la involucración de los accionistas”, artículo en Diario Cinco Días, “*El País Economía*” de fecha 5 de octubre de 2015.

ARIAS VARONA, F, J., “Régimen general del deber de lealtad de los administradores. Obligaciones básicas y conflictos de interés” en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, ed. Dykinson. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 2015.

ARROYO MARTÍNEZ I: “Comentario al artículo 133 LSA”, en ARROYO,, I / EMBID, J. M (Dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 1546.

- “Reflexiones en torno al interés social”, en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- “Trust y ley civil”, *RJC*, núm. 1. 1983.

ARSHT, S., “The Business Judgment Rule Revisited”, *Hofstra LR*, 1979, vol. 93, nº 8.

ASCARELLI, T., “Il negozio indiretto e le società commerciali”, en AA.VV., *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, ed. Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1931.

- “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, *RDPC*, núm. 19, 1951.

ASQUINI, A., “Profili dell’impresa”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943.

ASSFALG, D., *Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders: Rechtsvergleichende Studie zur Grenzbereinigung zwischen Schuld- und Treuhandverhältnis*, ed. Mohr, Tubinga, 1960.

BACHMANN, G., “Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?”, *ZHR*, 177, 2013.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, ed. Real Colegio de España, colección: Studia albornotiana, Bolonia 1987.

BAINBRIDGE, S., “Smith v. Van Gorkom”, en *Law & Economics Research Paper Series*, Research Paper, núm. 08-13, UCLA School of Law, 2008.

- “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine”, *Law & Economics Research Paper Series*, UCLA School of Law, Research Paper, núm. 3, 2003.

BARBA FAU, S: “La evaluación del Consejo de Administración como instrumento al servicio del gobierno corporativo”, *InDret* . 2/2014.

BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno.*, ed. Civitas. Madrid 1998.

BAUMS, T., “Corporate Governance in Germany: System and Current Developments”. *Working Paper, Universität Osnabruck*. 1988.

BENAVIDES FRANCO, J. “Historia del gobierno corporativo en el mundo. Definición y objetivos del gobierno corporativo”. *Libro Blanco De Gobierno Corporativo. Confecámaras*. Serie Básica, 2003.

BERLE, A y MEANS, G., “*The Modern Corporation and Private Property*”, ed. Mcmillan, New York, 1933.

BESELER, G., *Die Lehre der Erbvertragen*, vol. I. Kessinger legacy Peprints, ed. Kessinger Pub Co, 2010.

BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, *RDP*, 1ª edición, Madrid, 1969.

BISBAL MENDEZ, J., “La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada” en PAZ-ARES, C (Coord)., *Tratando de la sociedad limitada*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.

BLAIR, M. “Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the twenty-first century”. Washington D.C: *Brookings Institution Press*, 1995.

BLOCK, D., BARTON, N & RADIN, S., *The Business Judgement Rule: fiduciary duties of corporate directors*, ed. Wolters Kluwer Legal & Regulatory U.S. Nueva York, 1998.

BLUNTSCHLI., *Deutsches Privatrecht*. Tomo I. Múnich, 1853.

BOLÁS ALFONSO, J (Dir)., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. Estudios de derecho judicial, Madrid, 2000.

BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: arts. 229 y 231”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.

BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la LSRL”, *RDM*, 1995.

BORDA, A., *La teoría de los actos propios.*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos aires. 1986.

BORGIOIOLI, A., *L'amministrazione delegata*, ed. Nardini. Centro internazionale del libro. Florencia, 1982.

BOYLE A. J y BIRD, J., *Company Law*, ed. Jordan Publishing. 2007.

BROSETA PONT, M.,/MARTINEZ SAINZ, F., *Manual de Derecho Mercantil.*, ed. Tecnos, Madrid, 2019.

BUITRAGO FLORIAN, H.K., / BETANCOURT PRIETO, M.d.M., “El Gobierno corporativo como pilar fundamental para la sostenibilidad de la economía”. *Gestión & Desarrollo*, núm. 10 (1), 2013.

CADBURY, A., “Corporate Governance and Development”. *Prólogo. Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo*, Focus, 2003.

CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad Anónima*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

CALSAMIGLIA, A., “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219.

CANARIS, C.W., *El sistema en la jurisprudencia.*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

CARBAJALES, M: “Hacia un buen gobierno corporativo”, *RAF*, núm. 90, 2003

CARNELUTTI., “Appunti sulle obbligazioni”, *Riv. Dir. Comm*, Vol I, 1915.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101 Código Civil”, en ALBADALEJO, M (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Edersa, Madrid, 1989.

CASILLAS BUENO, J.C. / VÁZQUEZ SÁNCHEZ, A., *Manual de la empresa familiar*, ed. Deusto, Bilbao, 2005.

CASTRO DE CIFUENTES, M., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, *RDP*, núm. 1, 1986.

CERRATO CRESPÁN, I., “El deber general de diligencia y la protección de la discrecionalidad empresarial”, en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, ed. Dykinson. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 2015.

CHAMORRO DOMINGUEZ, M de la C., “Publicación del estudio sobre las prácticas de supervisión y aplicación de Corporate Governance en los Estados miembros de la Unión Europea”, *RdS*, núm. 34, 2010.

CLARK, R., “Agency costs versus fiduciary duties”, en PRATT, W. y ZECKHAUSER, R., *Principals and agents: the structure of business*, Harvard Business School, Boston, 1985.

COASE, R., “The nature of the firm”, *Economica, New Series*, 1937., vol. 4, núm. 16.

- “The problem of social cost”, *JL& Econ*, núm. 3, 1960.

COOTER, R. y FREEDMAN, B., “The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences”, *NY Univ. LR*, núm. 66, 1991.

CORTINOVIS ASPERT, M.: “Reflexiones sobre el Gobierno Corporativo en España”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 10. 2006.

COUTINHO DE ABREU, J.M., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, *RdS*, núm. 19, 2002.

CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, ed. Montecorvo. Madrid, 1984.

CUADRADO IGLESIAS, M., “La gestión en el Código civil”, *AAMN*, t. 32, 1993.

DAVIES, P / HOPT, K / NOWAK, R / VAN SOLINGE, G., *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, ed. OSO, Oxford. 2014.

DE ANDRÉS ALONSO, P / SANTAMARIA MARISCAL, M., “Un paseo por el concepto de gobierno corporativo”, *RRSE*, vol. 2, núm. 2, mayo-agosto 2010.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.

DE CASTRO APARICIO, M., “Buen gobierno y ética en los negocios, ¿nueva tendencia o recuperación de principios?”, *UNACC*, núm. 40, 2012.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto”. *RDN*, Julio-Diciembre 1966.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, 1985.

DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria Generale della responsabilità Civile*, ed. Giuffrè, Milano, 1946.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J, M^a., *Derecho de Sociedades*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

DE LA CAMARA, M., “La administración de la Sociedad Anónima”, *RJN*, 1992.

DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, ed. Bosch. Barcelona, 1965.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, ed. McGraw-Hill. Madrid. 1997.

DE MOTT, D., *Beyond metaphor: An analysis of fiduciary obligation*, en *Duke L.J.*, vol., 1988.

DE ORDUÑA, C / VIÑOLAS, P.: “Gobierno corporativo y valoración de empresas”. *RAF*, núm. 90.

DEL MORAL GARCIA, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Societas delinquere non potest..., sed puniri potest!”, artículo en la página web del CGAE, de fecha 18.1.2016.

DEMOGUÉ R., *Traité des obligations*, T. V. Paris, 1925.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2004.

- *El administrador de hecho de las sociedades.*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima.*, ed. Motecorvo, Madrid. 1995.

DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *Análisis GA&P*, 2014.

- “La business judgment rule”, en AAVV., *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital.*, GA&P, 2015.
- “La Business judgment rule en el proyecto de ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”. *Análisis GA&P*. Julio 2014.

DÍEZ PICAZO, L., *El principio general de la buena fe.*, ed. Civitas, Madrid, 1986.

- *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*, ed. Bosch, Barcelona, 1963.
- *La representación en el Derecho privado*, ed. Civitas, Madrid, 1992.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial.*, ed. Thomson Civitas. Vol I. Madrid. 2.012.
- *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa.*, ed. Civitas, Madrid, 1991.
- *La seguridad jurídica y otros ensayos.*, ed. Civitas, Madrid, 2.014.

DUQUE DOMINGUEZ, J. F., “Escritura, Estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas”, en ALONSO UREBA, A (Coord)., *Derecho de Sociedades Anónimas en homenaje al Profesor José Girón Tena.*, ed. Civitas. Tomo I. Madrid. 1991.

- “La tutela de la minoría”, *RCSIC*, Valladolid, 1957.

EASTERBROOK, F. A y FISCHER, D.R., “Contract and fiduciary duty” *J. Law & Econ*, vol. XXXVI, 1993.

- “The economic structure of corporate law”, *Harvard University Press*. Cambridge. London, 1.991.

EELS, R., “The rationale of Corporate Philantropy”, *Vital Speeches of the day*, 1956.

EISENBERG, M., “An overview of the Principles of Corporate Governance”, *Bus. Law*, vol. 48, 1992.

- “The duty of good faith in corporate Law”, *Del. JCL*, vol. 31, 2006.
- “The structure of corporation Law”, *Colum. LR.*, Vol. 89, 1989.
- “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham LR*, núm. 62. 1993.
- “Whether the business-judgment rule should be codified”. *Background study: business judgment rule*, vol 28, 1995.

EISENHARDT, K., “Agency theory: An assessment and review”. *Academy of Management Review*, núm. 14, 1989.

EMPID IRUJO, J. M., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, *RCDI*, núm. 685, 2004.

- “La responsabilidad social corporativa ante el derecho mercantil”, *CDC*, núm. 42. 2004.
- “Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons. 2016.
- “Art. 65. Prohibición de competencia” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- “La codificación del gobierno corporativo”, *RDBB.*, núm. 140. 2015.
- “La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.
- “La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.
- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ed. Tecnos, Madrid, 2009.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons. 2016.

- “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.
- “La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la Junta y de los socios en los grupos de sociedades*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.
- “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *RDM*, núm. 281. 2011.

ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

ESTEBAN RIVERO, J.S., “Aproximación a la nueva LSC para la mejora del gobierno corporativo”, *RDM*. Noviembre 2014.

ESTEBAN VELASCO G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en BOLÁS ALFONSO, J (Dir)., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.*, ed. Estudios de derecho judicial, Madrid, 2000.

- “Artículo 160. Competencia de la junta”, en ROJO, A / BELTRÁN, E (Dirs)., *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, Tomo I, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011.
- “Administradores de Sociedades Anónimas”, *EJB*, 1995.
- “Art. 12. Administradores” en PAU PEDRÓN, A (Coord)., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- “Interés Social, Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, en AA.VV., *Responsabilidad Social Corporativa (aspectos jurídicos y económicos)*, ed. Universitat Jaume I, Castello de la Plana, 2005.
- “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en PAZ-ARES, C (Coord)., *Tratado de la Sociedad Limitada*, ed. Fondo Cultural del Notariado. Madrid, 1997.
- “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J (Coord)., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias.*, ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2014.
- *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*, ed. Civitas, Madrid, 1982.

ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia del autocontrato”, *ADC* , núm. LXVI-III, 2013.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad configuración e incidencia de su infracción en la calificación del concurso y en la responsabilidad concursal”, *RdS*, núm. 43, 2.014.

FALKENHAUSEN, J., “Die Haftung ausserhalb der Business Judgment Rule”, *NZG*, 17, 2012.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, ed. Civitas. Madrid. 2001.

FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A “Deber de lealtad del administrador cesado. (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)”, *RGD*, núm. 655, 1999.

FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, ed. Tirant lo Blanch. Madrid, 2010.

- “Códigos de conducta y administración de sociedades” en AA.VV., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, ed. McGraw-Hill, Madrid. 1996.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a, “La prescripción de las acciones de responsabilidad” en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Reus, Madrid. 1929.

FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe: El principio general en el Derecho Civil.*, ed. Montecorvo, Madrid, 1984.

FEST, T., “Darlegungs – und Beweislast bei Prognoseentscheidungen im Rahmen der Business Judgment Rule”, *NZG*, 14, 2011.

FINN, P., *Fiduciary Law and the Modern Commercial World*, ed. McKendrick, Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations, Oxford University Press, 1992.

- Fiduciary Obligations. *Law Book Company Limited*, Sydney 1977.

FONT GALÁN J. I., “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad” en AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, ed. Marcial Pons. Madrid, 2007.

- *El derecho de información de los administradores sociales*, ed. Eprinsa, Córdoba, 2002.

- “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *RdS*, núm. 25, 2005.

FONTRODONA, J, y SISON, A.J.G., “The nature of the firm, agency theory and shareholder theory: a critique from philosophical anthropology”, *JBE*, núm. 66, Springer, 2006,

FRANKEL, T., “Fiduciary Law”, *Oxford University Press*, New York, 2011.

FREEMAN, R.E. / HARRISON, J.S. / WICKS, A.C. / PARMAR, B.L. Y COLLE, S., “Stakeholder theory: the state of the art”. *Cambridge University Press*, Cambridge, 2010.

FRIEDMAN, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase its profits”, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970.

FUEYO LANERI, F., “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”, *RDJ*, tomo 55, núm.1, 1958.

GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital”, en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir)., *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons. 2016.

- “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, *Rev. DN*, núm. 254, noviembre 2011.

GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico”, *AAMN*, núm. 23, 1981.

GARCÍA CRUCES, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en Juan Carlos SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C / OLEO BANET, F / MARTÍNEZ FLÓREZ, A (Coords.)., *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

GARCIA FIGUEROA, A., Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy., ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J (Coord)., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2014.

GARCIA VALDECASAS, G., “La gestión de negocios ajenos. (Aportación a una teoría general)”, *RDP*, vol. 41, 1957.

- “La esencia del mandato”, *RDP*, núm. 331, 1944.

GARRETA SUCH, J.M / POLO E., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, ed. Marcial Pons. Madrid. 2014.

GARRIDO GARCIA, J.M., “Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de sociedades” *Revista Supersociedades*, núm. 10, 2.015.

GARRIGUES, J / URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, ed. Madrid. 1976.

- “Anotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa”, en AA.VV., *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y conferencias)*, ed. Tecnos, Madrid, 1971.

GARRIGUES, J., “La protección de las minorías en el Derecho español”, *RDM*, núm. 72, Madrid, 1959.

- *Curso de Derecho Mercantil*, vol I., ed. JG. Madrid. 1983.
- *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, ed. Civitas Ediciones. Madrid. 2016.
- *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. 1, *RDM*, 1963.

GASALLA DAPENA, J.M / BLANCO COTANO, J.M: “La confianza como factor clave del comportamiento organizacional: la dirección por confianza”, *RRSE*, núm. 9. 2011.

GIERKE, O., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, edición especial MCMLIV, *Comunidad de libros científicos, Darmstadt, "Libelli"*, Vol. XVII, 1902.

- *Deutsches Privatrecht*, ed. Duncker & Humblot. Leipzig, 1985.

GIL CREMADES, J.J., “Estudio preliminar” en ENGISCH, K., *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*, ed. Universitaria de Navarra, Pamplona, 1968.

GIMENO RIBES, M., “La acción de enriquecimiento injusto contra los administradores por vulneración del deber de lealtad”, en EMBID IRUJO, J.M (Dir.), *Derecho de Sociedades de Capital Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016

GIRGADO PERANDONES, P., “La incorporación de las reglas de buen gobierno en la ley de sociedades de capital”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades anónimas.*, ed. Benzal, Madrid, 1976.

- “Sobre las características generales desde los puntos de vista político, jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad anónima en el derecho español”, *ADC*, vol. 12, núm. 2, 1959.

GOMÁ LANZÓN, I., “Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios”, *RDBB*, núm. 134, 2014.

GOMÁ, J., *Ejemplaridad pública*, ed. Taurus, España. 2009.

GOMEZ ASENSIO, C., “El alcance efectivo de la business judgment rule en el derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal”, *RdS*, núm. 45. 2015.

GÓMEZ SUÁREZ-LLANOS, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima”, *ADC*, vol. 15, núm. 4, 1962.

GONDRA ROMERO J.M., “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones (La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico)”, *RDM*, núm. 269, 2008.

- “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, *RDM*, núm. 278, 2010.
- “La estructura jurídica de la empresa”, *RDM*, núm. 228, 1998.

GONZALEZ CABRERA, I., “El conflicto de interés de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal”, *RDCP*, núm. 20, 2.013.

GONZALEZ MORAN, L., *La responsabilidad civil del médico*, ed. Bosch. Barcelona, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, ed. Civitas, Madrid. 2009.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., / **EMBED IRUJO, J.M.**, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, ed. Tecnos, 2009.

GOWER, L.C.B., *Principles of modern company Law*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1992.

GRIMALDOS GARCIA, M.I., “Órganos de administración: consideraciones generales”, en EMBED IRUJO, J. M. (Dir.), *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria.*, ed. Marcial Pons. Madrid. 2016.

- “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.

GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgment rule”. *RdS*, núm. 37, 2011-2012.

GUAJARDO CANTÚ, G / ANDRADE DE GUAJARDO, N.E: *Contabilidad financiera. La administración de las sociedades desde la perspectiva del gobierno corporativo*, ed. McGraw-Hill. México. 2008.

GUERRA MARTÍN, G. J., “El gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo”, *RdS*, Aranzadi, Navarra, 2003.

- “La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital” en GUERRA MARTÍN, G (Coord)., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la «business judgment rule» al ordenamiento español*, ed. Civitas, Pamplona, 2014.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006.

GURREA MARTINEZ, A., “El blindaje de los administradores sociales en sus decisiones de gestión”, en *Revista Iuris & Lex*, 7 de noviembre de 2014.

- “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español”, en *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo, Working Paper Series*, 2014.

HABERSACK, M., “Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung”, *ZHR*, núm. 177, 2013.

HAIROU, M., *Précis de Droit Administratif*, ed. Dalloz. Paris. 2002.

HAMILTON, R., *The law of corporations in a nutshell*, ed. West Academic Press; Edición: 6th Revised edition, Minnesota, 2010.

HANSMANN, H / KRAAKMAN, R. H., “The End Of History For Corporate Law”, *Yale Law School Working Paper*, núm. 235, 2.000.

HAUSSMANN, F., *Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht*. Mannheim. Berlín. Leipzig, 1928.

HENRY FAYOL / TAYLOR, FREDERICK W., *Principios de la administración científica Administración Industrial y General*, ed. El Ateneo. Madrid, 1987.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, ed. Madrid. 1972, Madrid.

HERNANDEZ SAINZ, E., “El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflictos de intereses en la sociedad”, *RdS*, núm. 6. 1996.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social”, *RdS*, núm. 46, 2016.

- “El procedimiento de negociación de la compraventa y de otras transmisiones de PYMES: due diligence” en HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord)., *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, ed. Bosch, Barcelona, 2014.
- “La configuración estatutaria del deber de diligente administración”, *RdS*, núm. 34. 2.010.
- “La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones”, *ADC*, tomo LXIX, fasc. IV, 2016.
- “Presupuestos del deber de lealtad: art 227.1” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.
- *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

HERNANDO MENDIVIL, J., “Carga de la prueba en el nuevo art. 226 LSC (business judgment rule)”, publicado en el blog *Derecho Mercantil*, de fecha 30 de enero de 2015, accesible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html>.

HERNANDO NIETO, E.: “El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 62. 2012.

HERRERA CUEVAS, E., “La responsabilidad de los administradores (II). La acción social de responsabilidad (artículo 134 TRLSA)”, en GIMENO-BAYÓN, R y GARRIDO, L (Dirs)., *Órganos de la Sociedad de Capital*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HIERRO ANIBARRO, S., “Gobierno corporativo sin mercado de valores” en HIERRO ANIBARRO, S (Dir)., *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

- “Buen gobierno de la Pyme y de la empresa familiar en la Unión Europea” en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009.
- “Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S (Dir)., *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

HOLGER FLEISCHER, LL. M.: “La Business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, *RDM*, núm. 246. 2002.

HOPT, K.J., “Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: regulating directors conflicts of interests” en HOPT, H.J., / TEUBNER, G., *Corporate governance and directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analysis on Corporate Social Responsibilities*, ed. de Gruyter, Berlin and New York, 1985.

HÜFFER, U., *Aktiengesetz*, ed. C.H. Beck, Múnich, 2008.

IBÁÑEZ JIMENEZ, J., “Banking Professional Conflicts of Interest in European Securities Markets”, *JIB& LR*, vol. 24, issue 9, Londres, 2009.

IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, ed. Tecnos. Madrid, 1971.

J.R. HANKS., “Evaluating recent State Legislation on director and Officer Liability Limitation and Indemnification”, *Bus. Law.*, 1988.

JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure”, *JFin&Econ*, Harvard University, 1976.

JOHN BLEWITT., *Understanding Sustainable Development*. Earthscan Publishers, London, 2008.

JOHNSON, S / LA PORTA, R / LÓPEZ-DE-SILANES, F / SHLEIFER, A., “Tunnelling”. *Am. Econ. Rev.*, vol. 90, núm. 2, 2000.

JOHNSTON, J., “Natural Law and the fiduciary duties of business managers”, *JM& Mor*, vol. 8, núm. 1, 2005.

JORDANO FRAGA, F., “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, *RGLJ*, núm. 1, 1985.

- *La responsabilidad contractual.*, ed. Civitas, Madrid, 1987.

JUSTE MENCÍA, J., “Algunas reflexiones sobre las instrucciones de la Junta en materia de gestión y la responsabilidad de los administradores”, en JUSTE MENCÍA, J / ESPÍN GUTIÉRREZ, C (Coord.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum en honor a Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.

- “Artículo 227. Deber de lealtad”, en JUSTE MENCIA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo.*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.

- “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en JUSTE MENCIA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.

- “Artículo 229: Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en JUSTE MENCIA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.

- “Deberes de los administradores”, *RdS*, núm.24, 2005.

- “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.
- “La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.
- *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, ed. Aranzadi. Pamplona. 1995.

KARSTEN SCHMIDT., *Derecho comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

KÖHLER, J., „Studien über Mentalreservation und simulation“, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, (Jheringsche Jahrbücher), ed. Bd . 16, 1978.

KORBER, RS y BÜRGERS, T., *Heidelberger Kommentar Aktiengesetz.*, ed. Buch. XXV, S. Gebunden, 2011.

KRIEGER, G., “Organpflichten und Haftung in der AG”, en KRIEGER/SCHNEIDER (Dir.), *Risikobereiche und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat*, ed. Schmidt, Köln, 2007.

LACRUZ BERDEJO, J.L (Dir.), *Elementos de Derecho civil*, ed. Dykinson, vol. II.2º. Madrid, 2010.

LARA R., “La acción social de responsabilidad: Ejercicio por la sociedad”, en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- *Metodología de la ciencia del Derecho.*, ed. Ariel, Barcelona, 1994.

LARGO GIL, R., “La exclusión del derecho de suscripción preferente”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas III, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, *RDP*, 1980.

LASSON., *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, ed. Bessersche Buchhandlung, Berlin, 1871.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital.*, ed. Comares, Granada, 2003.

- “Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la Sentencia del tribunal Supremo de 8 de enero de 2008)”, *RdS*, núm. 32, 2009.

LIZCAINO, J.L., “La transparencia, entre Responsabilidad Social Corporativa y la exigencia legal”. Presentación en la III Jornada “eDemocracia”, *eTransparencia* para

el buen gobierno de las empresas y las organizaciones sociales a través de la Nuevas Tecnologías. Madrid. 2004.

LLEBOT MAJÓ, J.O., "El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)", en **RONCERO SANCHEZ, A** (Coord)., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, ed. Aranzadi. Madrid, 2016.

- "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)", *RDM*, núm. 220, 1996.
- "El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", *RdS*, núm. 7. 1996.
- "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", en **ROJO, A** y **BERTRÁN, E** (Dirs.)., *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.
- *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

LOBATO GOMEZ, J.M., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *ADC*, vol. 45, núm. 2, 1992.

LOJENDIO ORBORNE, I., "Delimitación de competencias entre los órganos de la Sociedad Anónima y modificación de balance", *RDM*, núm. 140-141. 1976.

LOPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la Sociedad anónima*, ed. Bosch, Barcelona, 1986.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: "El gobierno corporativo de las sociedades mercantiles y la protección de los accionistas minoritarios". *Revista eXtoikos*, núm. 21, 2018.

LUCENÓ OLIVA, J.L. / HERRERA BLANCO, R., "El Compliance como responsabilidad del consejo de administración". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923. 2016.

MACEY & MILLER., "Trans Union reconsidered", *Yale LJ*, vol. 98, 1988.

MACÍAS RUANO, J.A., "Ámbitos de la responsabilidad de los administradores sociales. De impunes a presuntos culpables" en **GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B / COHEN BENCHETRIT, A** (Dirs)., *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

MAMBRILLA RIVERA, V / QUIJANO GONZALEZ, J., "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en **RODRÍGUEZ ARTIGAS, F** (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas: (estructura de gobierno y Mercados)*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2. Madrid, 2006.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

- “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, *RdS*, núm. 24, 2005.
- “La acción social de responsabilidad” en GUERRA MARTÍN, G (Coord)., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

MARSHALL, A., *Principios de economía*, ed. Síntesis. Madrid, 2006.

MARTIN LEON, A., “Negocios fiduciarios y usucapión”, *ADC*, tomo XVI, 2013.

MARTINEZ ECHEVARRIA, A (Dir)., *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores.*, ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., “Consideraciones sobre el derecho de información del administrador y en particular, del consejero”, *RdS*, núm. 12, 1999.

MARTINEZ SANZ, F / PÜTZ, A., “De los Administradores”, en ARROYO, I / EMBID, J.M / GÓRRIZ, C (Coords)., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ed. Tecnos, Madrid, 2009.

- “Los Administradores responsables”, en ROJO, A y BERTRÁN, E (Dir.)., *La responsabilidad de los administradores de las sociedad mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016.
- *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, ed. Civitas. Madrid, 1998.

MARTINEZ-CORTÉS GIMENO, J., El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas, *CDC*, 2.016.

- **MASSAGUER J.**, “Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad” en JUSTE MENCÍA, J (Coord)., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.
- “Artículo 232. Infracciones derivadas del deber de lealtad”, en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de buen gobierno*, ed. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª ed., julio 2015.

- “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *RDM*, núm. 303. 2017.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil”, *AAMN*, Tomo 30, 1991.

MESSINEO, F., “Il contratto in genere” en CICU, A / MESSINEO, F (Dirs.), Trattato di Diritto civile e commerciale, ed. XXI, vol. 1. 1973.

MICHAEL E. PORTER y MARK R. KRAMER., “La creación de valor compartido”. *Harv. BR.* Enero 2011.

- “Strategy and Society: the link between competitive advantage and Corporate Social Responsibility” *Harv. BR.* Diciembre, 2006.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al art. 7” en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- “Buena fe”, *EJB*, I, 1995.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *AFDUAM*, núm. 4, 2000.

MONTÉS PENADÉS, V., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión, 9. Contratos de Gestión”, *Cuadernos y Estudios CGPJ*, 1995

MORENO L., “Agregado del bienestar, responsabilidad corporativa y ciudadanía social”, *RRSE*, núm. 9, vol. 3 núm. 3, 2011.

MORILLAS JARILLO, M.J., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, ed. Universidad Carlos III. Madrid, 2015.

- *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, ed. La Ley. Madrid, 2002.

MÚGICA ALCORTA, R., “Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores”, *RUD*, Bilbao, 2010.

MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, ed. Aranzadi. Pamplona, 1999.

NAVARRO MASIP, J., “La doctrina de la ignorancia deliberada: presunción de dolo?”. *RD. Ar.*, núm. 3, 2012.

NETTER, O., “Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich", en AA.VV., *Festschrift für Albert Pinner zu seinen. Geburtstag*, Berlín. 1935.

NOVAK, M., “On corporate Governance. The corporation as it ought to be”, *The AEI Press*, Washington DC, 1997.

OLIVENCIA RUIZ, M., “¿Los Códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los Códigos de buen gobierno? Revista *UNACC*, núm. 40, 2012.

- “El buen gobierno de las sociedades y su evolución”, *RDB*, núm. 108/2007.

ORTEGA GUTIERREZ, D., *Los conceptos jurídicamente indeterminados en la jurisprudencia constitucional española.*, ed. Dykinson, Madrid, 2.009.

OTERO MOYANO, A., “Imperatividad del deber de lealtad de los administradores y posibilidad de dispensa”, en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, ed. Dykinson. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 2015.

PAN, E.J., “Rethinking the Board’s Duty to Monitor: A Critical Assessment of the Delaware Doctrine”, *Flo. St. Univ. LR*, vol. 38, 2011.

PARMAR, B.L / FREEMAN, R. E / HARRISON, J.S / WICKS, A.C / COLLE, S.D / PURNELL, L., “Stakeholder theory: the state of the art”., *Cambridge University Press*, Cambridge, 2010.

PASCUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

PAZ ARES, C: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, Pamplona, 2003.

- “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- “Anatomía del deber de lealtad” en RONCERO SANCHEZ, A (Coord)., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, ed. Aranzadi. Navarra. 2016.
- “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” Working Paper núm: 182, Barcelona, *InDret* 1/2004.
- “El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa”, en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”, *RAD*, núm. 4, 2010.
- “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas”. *InDret*. 1/2014.
- “La economía política como jurisprudencia racional”, *ADC*, vol 34, núm. 3, 1981.
- “Principio de eficiencia y derecho privado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. BROSETA PONT*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades mercantiles*, ed. Civitas, Madrid, 2.003.

PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

PEÑA LÓPEZ, F / BUSTO LAGO, J.M., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *AFDUC*, núm. 1, 1997.

PERDICES HUETOS, A. B., “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001)”, *RdS*, 2002.

- “Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas”, en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Dir.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, ed. Cizur Menor, Madrid, 2014.

PEREZ CARRILLO, E.F., *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009.

- “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”. *RdS*, núm. 14, 2.000.
- “Gobierno corporativo comparado”, en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009.
- “Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método”, *RDM*, núm. 257, 2005.
- *La administración de la Sociedad Anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- “Introducción. Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas” en PEREZ CARRILLO, E.F (Coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2009.

PERIS-ORTIZ, M, RUEDA ARMENGOT, C, DE SOUZA RECH, C, PÉREZ MONTIEL, M: “Fundamentos de la teoría organizativa de la agencia. Nuevas corrientes de pensamiento económico”, *Rev. Econ*, núm. 865, 2002.

PICO I JUNOY, J., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Aspectos procesales”. *V|Lex*, en el Link: <http://vlex.com/vid/administradores-mercantiles-procesales-39127511>.

PIERSON, PAUL., “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics”, *Am. Pol. Sc. Rev.*, vol. 94, núm. 2, 2000.

POLO SANCHEZ, E., “La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada”, en PRÍES Y PICARDO, A / BALDO NIETO, C / ALMOGUERA GÓMEZ, A (Coord)., *La sociedad de responsabilidad limitada.*, ed. Dykinson, Madrid, 1998.

- “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (arts. 123 a 143 LSA)”, en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA., *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV., ed. Civitas. Madrid. 1992.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

- *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2.016.
- “La estructura del órgano de administración y el estatuto del administrador en las sociedades cotizadas iberoamericanas”, en AA.VV., *El Gobierno corporativo en Iberoamérica. Fundación de Instituto Iberoamericano del Mercado de Valores*, Madrid, 2015.

POSNER, R. A., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *JLS*, núm. 8, 1979.

PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital. En la jurisprudencia del TS*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2014.

PUGLIATTI, S.: “Il conflitto d’interessi tra principale e rappresentante”, en AA.VV., *Studi sulla rappresentanza*, ed. Guiufrè. Milano, 1965.

PUIG BRUTAU, J., “La relación fiduciaria”, en PUIG BRUTAU, J (Dir.), *Medio siglo de estudios jurídicos*, (Biblioteca jurídica Cuatrecasas) ed. Tirant lo Blanch. 1997.

QUIJANO GONZALEZ / DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La Responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos*, ed. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L, Valladolid, 1985.

- “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación, los suplentes”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la Ley 2/1995*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- “Deber, y Derecho, de información de administradores” en ALONSO LEDESMA, C (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ed. Iustel. Madrid. 2006.

RABASA, O., *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*, ed F.E. México. 1944.

RABEL “Nachgeformte Rechtsgeschäfte”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, vol. 27, 1907.

RACHLINSKY, J., “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”., *U. Chicago LR*, núm. 65, 1998.

RAGEL SÁNCHEZ, L .F., “Principios y criterios legales de la interpretación del contrato”, *RD. Ar*, núm. 3, 2009.

RAMOS HERRANZ, I., “El deber de abstenerse de usar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”, *RdS*, núm. 44, 2015.

RAMS ALBESA, / J., MORENO FLÓREZ, R.M. / RUBIO SAN ROMÁN, J.I., *Apuntes de Derecho Civil Patrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

RATHENAU, W., *Vom Aktienwesen-Eine geschäftliche Betrachtung*, ed.. Fisher, Berlín, 1922.

RAWLS, J., *Una teoría de la justicia*, ed. Fondo de cultura económica. México. 1997.

RECALDE CASTELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la business judgment rule” en EMPARANZA SOBEJANO, A (Dir)., *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital.*, ed. Marcial Pons. 2016.

REGELSBERGER, F., “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession” en AA.VV., *Archiv für die civilistische Praxis*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880.

REGLERO CAMPOS, L.F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, L.F (Coord)., *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Cizur-Menor: Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2008.

REPORT, C., “The financial aspects of corporate governance”, *European Corporate Governance Institute*, London. 1992.

RIBAS FERRER, V., “Art. 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio”, en ROJO, A / BELTRÁN, E (Dir)., *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, Tomo I, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011.

- “Artículo 230. Prohibición de competencia”, en ROJO, A / BELTRÁN, E (Dir)., *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, Tomo I, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011.
- “Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital”, *RdS*, núm. 38, 2.012.
- “El deber de lealtad (art.226)” en ROJO, A / BELTRÁN, E (Dir)., *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, Tomo I, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011.
- Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2004.
- *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ed. La Ley. Madrid, 2010.

RIBSTEIN L. E.: “Are Partners fiduciaries”, *U. Il. L&E*, Working Paper 10. 2005.

- “Fencing and Fiduciary Duties”, *Boston Univ. LR*, Vol. 91, núm. 857, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, en RAMS ALBESA, J / MORENO FLÓREZ, R. M^a., *Comentarios al Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *RDM*, núm. 248, 2.003.

ROCA GUILLAMÓN, J., “Art. 1258” en ALBADALEJO, M (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ed. Edersa. Madrid. 2000.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La acción social de responsabilidad” en GUERRA MARTÍN, G (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

- “El deber de diligencia”, en ESTEBAN VELASCO, G (Coord), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999.
- El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993 (una primera aproximación al régimen proyectado)”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la Ley 2/1995.*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas: (estructura de gobierno y Mercados)*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2. Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *Tratado de sociedades mercantiles*, ed. Porrúa, S. A., México, 1947.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: “El empresario: concepto, clase y responsabilidad”, en URÍA / MENÉNDEZ., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Civitas. Madrid, 2006.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ROSENBERG, D., “Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule”. *The Berkeley Electronic Press*, BePress Legal Series, Working paper, 1067, 2006.

ROSS, S. A., “The Economic Theory of Agency. The Principal’s Problem”, *Am. Econ. Rev.*, 1973.

RUANO BORRELA, J.P., “El gobierno de la sociedad anónima” en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*. Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1990.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, ed. Nauta S.A., Madrid, 1969.

RUFFINI, F., *La classificazione delle persone giuridiche: in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, ed. Fratelli Bocca, Milan, 1936.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007.

RUMPF, M.: *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgefchäfte en ” en AA.VV., Archiv für die civilistische Praxis*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880.

SABOGAL BERNAL, L. F., “El interés social: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa”, *Revista e-mercatoria*, núm. 10, 2011.

SALAS FUMAS, V., “Indicadores de riesgo a partir de los resultados contables de las empresas”, *REF*, núm. 7. 2004.

SALDAÑA VILLOLDO, B., “Acciones de responsabilidad: arts. 239 a 241 bis” en HERNANDO CEBRIÁ, L (Coord)., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, ed. Bosch. Barcelona, 2015.

SALE, H. A., “Delaware’s good faith”, *Cornell L.R.*, vol. 89, núm. 456, 2004.

SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración.*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ ÁLVARES, M.M., “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *RDM*, núm. 27, 1998.

- “El código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración”, *RdS*, núm. 11, 1998.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Ius publicum-Ius privatum. Gobierno corporativo y mercado de valores (una lección)”, *ADC*, vol. 54, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, ed. Aranzadi. Vol I. 37^a ed. Madrid, 2015.

- *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, tomo IV, ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.

- *Los administradores de las sociedades de capital*, ed. Thomson. Navarra. 2007.

- “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima”, en AAVV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital”, *RdS*, núm. 15, 2.000.

- “Deber de abstención del administrador en conflicto de interés con la sociedad”, en CUÑAT, V / MASSAGUER, J / ALONSO, F. J / GALLEGU, E (Dirs)., *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2.013.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas: (estructura de gobierno y Mercados)*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2. Madrid, 2006.

- “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, núm. 246, 2002.
- “La acción social de responsabilidad (Algunas cuestiones pendientes)”, *RDM*, núm., 281, 2011.
- “La primacía de los accionistas y la Responsabilidad social corporativa: ¿una compatibilidad posible?”, Ponencia presentada al Seminario La responsabilidad social corporativa y sus actores. Mitos y desafíos de la Responsabilidad Social Corporativa, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad” en MORILLAS JARILLO, M. J. (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz.*, ed. Universidad Carlos III. Madrid, 2015.
- “Una misión difícil: evaluar la diligencia de los administradores” CUÑAT, V / MASSAGUER, J / ALONSO, F. J / GALLEGO, E (Dirs.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- “Los consejeros independientes y la reorganización del consejo de administración”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 21, 2008.

SANTOS BRITZ, J., *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal.*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

SAVIGNY, M.F.C., *Sistema de derecho romano actual*, Centro Editorial de Góngora, Tomo II, Madrid, 1924.

SCHMIDT, D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, ed. Joly éditions, Paris, 2004.

SCHULTZE: “Treuhänder im geltendem bürgerl. Recht”, en *Jher, Jahrb*, 1901.

SCOTT, A.W. / FRATCHER, W. F., *The law of trusts*. 4ª ed. Boston: Little, Brown, 1987, sub. 2-16

SCOTT, E / CHEN, B., “Fiduciary Principles in Family Law”, *Colum. LR*, Oxford University Press, Paper No. 14-577. 2019.

SCOTT, K. E., “Corporations Law and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *Stan. Law Review*, núm. 35, 1983.

SERRANO CAÑAS, J.M., “La incorporación de la Business Judgment Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley mercantil*, núm.6, septiembre 2014.

- *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 2008.

SHEPHERD, J. C., “Towards a unified concept of fiduciary relationships”, ed. *Law Q. Review*. 51. 1981.

- *The Law of Fiduciaries*, ed. The Carswell Company Limited. Toronto 1981.

SHLEIFER A y VISHNY R, W., “A Survey of Corporate Governance”. *JF*, 1997.

SIMONART, V., “Conclusions générales”, en AA.VV., *Les conflits d'intérêts*, ed. Bruylant, Bruxelles 1997.

SINIBALDO DE FIESCHI (Inocencio IV) *Apparatus (Commentaria un quinque libros decretalium)*, Strassburg. 1477.

SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, ed. Titivillus, Libro 5, cap.1,

SMITH, G., “The critical resource theory of fiduciary duties”, en *Vanderbilt L. Rew*, vol. 55, 2002.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A.: “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Revista Universitas*, Universidad Pontificia Javeriana, vol. 53, núm.108, Bogotá, 2004.

SORIANO, J.E., “Gobernanza y Cajas de Ahorros”. *Centro de gobierno corporativo. Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2013 accesible en <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/files/GobernanzaYCajasDeAhorro.pdf>.

SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, *RDM*, núm. 85. 1962.

TARDÍO PATO, J.A., *Los principios generales del derecho*, ed. Bosch. Barcelona, 2.011.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia”, *Estudios de Deusto*, vol. 52, 2014.

TRÍAS SAGNIER, M., “El sistema de protección del accionista inversor”, *RdS*, núm. 14, Madrid, 2000.

UHLMAN, R.: “The legal status of corporate directors”, ed. *U. L. Rew.*, núm. 19, Boston, 1939.

URIA, R., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, ed. Civitas, 1999.

- “La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho del Mercado”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 37, 1998.
- *Derecho Mercantil*, Marcial Pons. Madrid. 1999.

VALERO Y VICENTE, A., *Política de empresa. El gobierno de la empresa de negocios*, ed. Eunsa, Pamplona, 1997.

VÁZQUEZ, ALBERT, D., “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma del gobierno corporativo”, en VÁZQUEZ, ALBERT, D / CALAVIA MOLINERO, J.M., *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Colección RJC, 2015.

VELERDAS PERALTA, A., “Órgano de Administración II. Deberes y responsabilidad de los Administradores” en EMBID IRUJO, J.M (Dir)., *Derecho de Sociedades de Capital Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ed. Bosch, Barcelona, 1991.

VINTER E., *A Treatise on the History and Law of the fiduciary relationship*, ed. Stevens, 2nd edition, 1938.

VIVES RUIZ, F., “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B / COHEN BENCHETRIT, A (Dir)., *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

- “La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil”, *RAJL*, Madrid, 2014.

VON HAYEK, F.A., *Estudios de filosofía política y economía*, Unión Editorial, Madrid, 2012.

VON IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano*, ed. Marcial Pons, Madrid. 2005.

- *El fin en el derecho*, ed. Heliastra, Buenos Aires, 1978.

VON SAVIGNY, F.C., *De la vocación de nuestra época para la legislación y para la ciencia del Derecho*, ed. Committee, Universidad Carlos II, Madrid, 2015.

WEBER, M., *Economía y Sociedad*, ed. Fondo de cultura económica. México. 2014.

WILLIAM T. A., “Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem”., *North. Univ. LR*, núm. 96, 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, S.A, Madrid, 1988.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ed., Trotta. Madrid 1995.

ZANNONI, E. A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, ed. Astrea, Buenos Aires.

ZARATIEGUI, J.M., *Alfred Marshall y la teoría económica del empresario*, ed. Ediciones Universidad de Valladolid, 2002.

ZULUAGA ISAZA, F / LOTERO ROBLEDO, M., “Los problemas de agencia en materia societaria: análisis comparado”, *Universidad EAFIT*. Escuela de Derecho. Medellín. 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Resoluciones del Tribunal Constitucional

STC de 21.4.1988

STC de 26.9.1995

Resoluciones del Tribunal Supremo

STS de 25.6.1945

STS de 7.2.1962

STS de 21.3.1969

STS de 29.11.1969

STS de 22.11.1971

STS de 2.6.1982

STS de 12.6.1982

STS de 28.6.1982

STS de 2.7.1982

STS de 13.12.1982

STS de 23.4.1984

STS de 20.5.1986

STS de 1.10.1986

STS de 6.4.1987

STS de 12.2.1988

STS de 8.3.1988

STS de 8.3.1988

STS de 20.5.1988

STS de 29.9.1988

STS de 7.3.1990

STS de 2.4.1990

STS de 21.1.1991

STS de 30.1.1991

STS de 30.1.1991

STS de 19.2.1991

STS de 11.10.1991

STS de 22.10.1991

STS de 4.11.1991

STS de 4.11.1991

STS de 5.12.1991

STS de 5.2.1992

STS de 5.2.1992

STS de 5.3.1992

STS de 21.5.1992

STS de 21.5.1992

STS de 6.6.1992

STS de 26.2.1993

STS de 5.4.1993

STS de 19.5.1993

STS de 26.6.1994

STS de 29.7.1994

STS de 3.2.1995,
STS de 12.6.1995
STS de 12.6.1995
STS de 22.6.1995
STS de 22.6.1995
STS de 26.10.1995
STS de 30.10.1995
STS de 5.2.1996
STS de 14.2.1996
STS de 30.5.1997
STS de 4.7.1998
STS de 18.9.1998
STS de 31.12.1998
STS de 10.1.1999
STS de 19.2.1999
STS de 19.2.1999
STS de 29.4.1999
STS de 2.7.1999
STS de 2.10.1999
STS de 16.11.1999
STS de 14.2.2000
STS de 16.2.2000
STS de 4.3.2000
STS de 22.5.2000
STS de 28.6.2000
STS de 12.7.2000
STS de 2.10.2000
STS de 6.10.2000
STS de 30.11.2000
STS de 31.1.2001
STS de 19.2.2001
STS de 9.4.2001
STS de 20.7.2001
STS de 30.7.2001
STS de 11.9.2001
STS de 4.10.2001
STS de 5.12.2001
STS de 8.2.2002
STS de 14.3.2002
STS de 2.4.2002
STS de 7.6.2002
STS de 23.9.2002
STS de 29.11.2002
STS de 30.1.2003
STS de 18.2.2003
STS de 28.2.2003
STS de 4.4.2003
STS de 9.4.2003
STS de 27.5.2003
STS de 2.7.2003

STS de 15.7.2003
STS de 17.9.2003
STS de 31.10.2003
STS de 22.1.2004
STS de 11.2.2004
STS de 4.3.2004
STS de 14.3.2004
STS de 24.3.2004
STS de 30.3.2004
STS de 7.5.2004
STS de 26.7.2004
STS de 16.12.2004
STS de 9.1.2005
STS de 24.2.2005
STS de 21.3.2005
STS de 26.4.2005
STS de 11.5.2005
STS de 22.12.2005
STS de 7.3.2006
STS de 22.3.2006
STS de 6.4.2006
STS de 21.6.2006
STS de 22.2.2007
STS de 14.3.2007
STS de 29.3.2007
STS de 12.4.2007
STS de 29.11.2007
STS de 8.2.2008
STS de 14.3.2008
STS de 12.5.2008
STS de 14.5.2008
STS de 12.6.2008
STS de 18.7.2008
STS de 27.11.2008
STS de 1.12.2008
STS de 2.12.2008
STS de 5.12.2008
STS de 4.12.2009
STS de 19.1.2010
STS de 22.2.2010
STS de 29.3.2010.
STS de 1.6.2010
STS de 20.7.2010
STS de 22.7.2010
STS de 14.10.2010
STS de 4.11.2010
STS de 30.11.2010
STS de 9.12.2010
STS de 17.3.2011
STS de 19.5.2011

STS de 4.10.2011
STS de 4.11.2011
STS de 17.11.2011
STS de 7.12.2011
STS de 19.12.2011
STS de 17.1.2012
STS de 7.3.2012
STS de 13.6.2012
STS de 18.6.2012
STS de 25.6.2012
STS de 16.7.2012
STS de 3.9.2012
STS de 8.10.2012
STS de 4.12.2012
STS de 22.12.2012
STS de 26.12.2012
STS de 20.6.2013
STS de 30.10.2013
STS de 23.12.2013
STS de 14.1.2014
STS de 23.5.2014
STS de 24.5.2014
STS de 26.5.2014
STS de 3.9.2014
STS de 16.9.2014
STS de 23.9.2014
STS de 26.12.2014
STS de 12.1.2015
STS de 2.9.2015
STS de 11.12.2015
STS de 3.3.2016
STS de 16.3.2016
STS de 7.4.2016
STS de 18.4.2016
STS de 5.5.2016
STS de 1.6.2016
STS de 13.7.2016
STS de 2.2.2017
STS de 27.2.2017
STS de 10.5.2017
STS de 20.12.2017
STS de 2.3.2018
STS de 11.9.2018

Resoluciones de Audiencias y Juzgados

SAP de Alicante de 15.7.2010
SAP de Alicante de 7.5.2009
SAP de Almería de 9.3.2002.
SAP de Asturias de 24.7.2014

SAP de Baleares 15.10.2018
SAP de Baleares de 11.10.2012
SAP de Baleares de 17.2.2003.
SAP de Barcelona de 19.1.2012
SAP de Barcelona de 19.1.2018
SAP de Barcelona de 23.2.2004
SAP de Barcelona de 23.6.2009
SAP de Barcelona de 27.4.2006
SAP de Córdoba de 27.1.1997
SAP de Islas Baleares 20.12.2010
SAP de León de 27.2.2014
SAP de Madrid 12.4.1999
SAP de Madrid de 11.5.2018
SAP de Madrid de 13.9.2007
SAP de Madrid de 13.9.2007
SAP de Madrid de 14.7.2006
SAP de Madrid de 22.4.1998
SAP de Madrid de 22.4.2016
SAP de Madrid de 25.11.2011
SAP de Madrid de 25.11.2011
SAP de Madrid de 28.10.2011
SAP de Madrid de 7.4.2001
SAP de Madrid de 21.12.2002
SAP de Madrid de 8.2.2008
SAP de Madrid, de 12.11.2010
SAP de Madrid, de 4.5.2012
SAP de Málaga de 4.6.2015
SAP de Navarra 15.2.1995
SAP de Pontevedra de 24.1.2008
SAP de Pontevedra de 24.12.2012
SAP de Pontevedra de 31.6.2009
SAP de Sevilla de 15.11.2013
SAP de Sevilla de 15.11.2013
SAP de Sevilla de 3.11.2015
SAP de Tarragona de 4.3.2003
SAP de Vizcaya de 16.9.2010
SAP de Zaragoza de 13.5.1998
SJPI e Instrucción nº 1, Ávila, de 11.9.2017
SJMerc de Donostia-San Sebastián de 7.11.2016
SJMerc de Madrid de 6.10.2014.
SJMerc nº 1 de Oviedo de 20.4.2009
SJMerc nº 2 de Bilbao de 27.7.2015
SJMerc nº 2 de Bilbao, de 27.7.2005
SJMerc nº 2 de Palma de Mallorca de 15.12.2015
SJMerc nº 2 de Palma de Mallorca de 30.5.2016
SJMerc nº 3 de Madrid de 16.7.2013
SJMerc nº 3 de Madrid de 30.10.2013

Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

RDGRN de 23.4.2013
RDGRN de 24.6.1993
RDGRN de 1.3.1993
RDGRN de 26.2.1991
RDGRN de 31.10.1989
RDGRN de 4.5.2005
RDGRN de 13.2.2012
RDGRN de 23.4.2013
RDGRN de 5.7.1982
RDGRN de 20.11.1989
RDGRN de 28.4.2015
RDGRN de 3.9.1999
RDGRN de 12.2.2012
RDGRN de 28.4.2015
RDGRN de 24.6.1968

Common Law Cases.

Case LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., de 1989
Case Geddes v. Anaconda Copper Mining Co., de 1921
Case Backus v. Finklestein de 1924
Case Popperman v. Rest Haven Cemetery, Inc., de 1961.
Case Godbold v. Branch Bank, de 1847
Case Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co., de 1963.
Case Burkhart v. Smith, de 1931
Case Percy v. Millaudon, 1829
Case Dodge v. Ford Motors Co., el 7 de febrero de 1919
Case Aronson v. Lewis -Delaware, 1984
Case Smith v. Van Gorkon
Case Brehm v. Eisner del año 2000
Case Citron vs. Fairchild Camera and Instrument Corp., de 1989
Case McMullin vs. Beran, de 2000
Case Weinberger v. Uop, Inc., de 1983
Case Shlensky v. Wrigley de 1968
Case Selheimer v. Manganese Corp. Of America de 1966
Case Stone v. Ritter -Delaware de 2006
Case Dodge v. Ford Motor Co. de 1919
Case Howard Smith Ltd. y Ampol Petroleum Ltd. de 1974
Case Towers v. Premier Waste Management Ltd. de 2.011
Case Boardman v. Phipps de 1967



UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI