



FACULTAD DE DERECHO

**LOS DEBERES DE DILIGENCIA Y LEALTAD DE  
LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE  
CAPITAL TRAS LA LEY 31/2014.**

Autor: Alejandra Roberts Narváez

5º E-3 C

Derecho Mercantil

Director: Daniel Prades

Madrid

Abril de 2017

## **RESUMEN**

La Ley 31/2014, motivada por un incremento de la influencia del gobierno corporativo en las sociedades tras la crisis económica, tiene como objetivo la mejora de esta materia en las sociedades españolas, con el fin de convertirlo en un sistema más competitivo, transparente y eficaz respecto al resto de países. Como consecuencia de ello, se han modificado aspectos de los órganos de administración, con una incidencia en las sociedades cotizadas por su importancia en el mercado. Respecto a la Junta General, se ha promovido la participación de los socios en la gestión, aumentando sus competencias.

Sin embargo, han sido los deberes de los administradores y su responsabilidad, aquellos aspectos que han sufrido un mayor cambio y que son objeto de este trabajo. El deber de diligencia se ha visto flexibilizado para facilitar a los administradores la gestión en entornos de riesgo, con la incorporación de la regla del juicio empresarial del sistema americano. También se ha pretendido una profesionalización del cargo, aunque no lo suficientemente precisa todavía. Por su parte, el deber de lealtad se ha vuelto más estricto, incluyendo su imperatividad. Por último, como novedad, los administradores de hecho han sido incluidos como responsables en el caso de incumplimiento de estos deberes, sin embargo, la inclusión de la exigencia de prueba de dolo o culpa es un aspecto que podría haberse omitido al dificultar el ejercicio de la acción.

**Palabras clave: Ley 31/2014, gobierno corporativo, deber de diligencia, deber de lealtad, responsabilidad de los administradores sociales, regla del juicio empresarial, profesionalización de administradores.**

## **ABSTRACT**

The purpose of The Spanish Law 31/2014, derived from an increase of the influence of corporate governance in companies after the economic crisis, is the improvement of this matter in Spanish companies. It seeks to make the system more competitive, transparent and effective, with respect to the rest of countries. As a consequence, aspects concerning the governing bodies of companies have been modified, especially regarding listed companies due to the importance of them in the market. Regarding the general meeting, the participation of shareholders has been promoted by increasing its powers.

However, the majority of the amendments are made to the provisions on directors, such as their diligence and loyalty duties and their liability, subject matter of this paper. The diligence duty has been relaxed through the incorporation of the business judgement rule from the American legal system, in order to facilitate the management of directors in situations of risk. In addition, the professionalization of the position has been included, but not specified enough. The compliance of the loyalty duty is now imperative and therefore, it has become stricter. On the other hand, the directors in fact have been included as responsible in case of non-compliance of their duties. However, the fact of requiring the proof of fraud or fault is an aspect that could have been omitted because it makes harder the exercise of the action.

**Key Words: Spanish Law 31/2014, corporate governance, diligence duty, loyalty duty, liability of company directors, business judgement rule, profesionalization of the directors.**

## ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>2</b>
<b>1. Introducción .....</b>	<b>3</b>
1.1. Objeto del trabajo y justificación del tema .....	3
1.2. Metodología.....	4
1.3. Estructura del trabajo.....	5
<b>2. Marco Teórico .....</b>	<b>6</b>
2.1. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y sus causas.....	6
2.2. Desarrollo de la normativa de gobierno corporativo en España.....	7
2.3. Modificaciones más relevantes de la reforma.....	9
2.3.1. Modificaciones de la Junta de Accionistas .....	9
2.3.2. Modificaciones del Consejo de Administración .....	12
<b>3. Análisis De Los Deberes De Los Administradores.....</b>	<b>15</b>
3.1. Deber de Diligencia.....	15
3.1.1 Evolución legislativa.....	15
3.1.2. Análisis del Deber General de Diligencia.....	17
3.2 Deber de Lealtad.....	28
3.2.1. Análisis del deber de lealtad .....	28
<b>4. Responsabilidad Ordinaria De Los Administradores. Presupuestos y extensión     subjctiva de la responsabilidad.....</b>	<b>34</b>
4.1. Extensión de la responsabilidad social a los administradores de hecho.....	35
<b>Conclusiones .....</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>41</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

AktG: AktienGesetz.

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 31/2014: Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo.

LSA: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

S.A.: Sociedad Anónima

S.L.: Sociedad Limitada

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Objeto del trabajo y justificación del tema**

El objeto de este trabajo es el estudio de las principales modificaciones en los deberes de diligencia y lealtad de los administradores de las sociedades de capital junto con sus consecuencias, que se han producido tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, Ley 31/2014). Además, se analizan los cambios producidos en el régimen de responsabilidad ordinaria en caso de incumplimiento de dichos deberes.

Respecto a la justificación del tema, el estudio de esta reforma es de gran interés pues ha supuesto una modernización del gobierno corporativo de las empresas españolas, acercándolo al resto de sistemas europeos y haciéndolo más competitivo. Se encuentra orientada no solo hacia una mejora de la eficiencia económica y a una reducción de los problemas de agencia, sino que también incide en aspectos novedosos como la profesionalización de administradores y su retribución. Junto con ello, se lleva a cabo una mayor definición de sus deberes, endureciendo el deber de lealtad y flexibilizando el deber de diligencia para facilitar la gestión de dichos administradores en entornos de riesgo e incertidumbre.

Además, con esta reforma se refleja el incremento de la influencia que esta materia está cobrando en la regulación de la composición y funcionamiento de los órganos en las sociedades. Por una parte, esto se debe al convencimiento generalizado, tanto de agentes sociales como económicos, de la importancia de una buena gestión y transparencia en las mismas, especialmente en las cotizadas. Por otra, la complejidad estructural de estas entidades y la dificultad de establecer la cadena de responsabilidad dentro de las mismas –lo que ha sido causa indirecta de la reciente crisis financiera-, ha producido una desconfianza de los inversores, que les ha llevado a exigir la toma de medidas al respecto.

Todo ello se enmarca en el contexto de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), que surge tras el cambio de papel que juegan las empresas en la actualidad, pasando a ser meros actores económicos a provocar repercusiones en el ámbito político y social. A través de la RSC, estos sujetos se comprometen a cumplir con unas normas en el ámbito social, económico, medioambiental y de buen gobierno<sup>1</sup>. No obstante, aunque una de las críticas que se hacen respecto del cumplimiento de estas reglas por parte de las sociedades, es ante todo la búsqueda de una buena imagen corporativa como motivación subyacente, se tienen que tener en cuenta dos consideraciones. Primero, que independientemente de su objetivo, estas acciones producen efectos positivos para el entorno y el mercado y segundo, que no se les puede exigir un comportamiento más allá de lo que la Ley obliga<sup>2</sup>.

## 1.2. Metodología

En relación a la metodología empleada para este trabajo, se ha hecho uso de fuentes primarias, principalmente fuentes normativas vigentes objeto de estudio, del ordenamiento jurídico español<sup>3</sup> y sus antecesoras<sup>4</sup> junto con aquellas de Derecho comparado.

Asimismo, se han empleado libros de referencia y artículos de revistas legales para la revisión de la doctrina científica y bases de datos -como Aranzadi Westlaw- para la búsqueda de jurisprudencia aplicada al caso.

---

<sup>1</sup> VÁZQUEZ OTEO, O.: “Factores que influyen en la calidad y cantidad de Responsabilidad Social en las empresas españolas. Estudio de caso de las empresas del Ibex 35”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 85, 2015, p. 2.

<sup>2</sup> PRADES CUTILLAS, D.: *la responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 160.

<sup>3</sup> 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 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

### **1.3. Estructura del trabajo**

En cuanto a la estructura del presente trabajo, se divide en tres apartados. El primero hace referencia al marco teórico donde se trata la reforma, sus causas y modificaciones más relevantes con el fin de aportar una visión general.

En el apartado segundo se profundiza por una parte, sobre el deber de diligencia haciendo una mención a la evolución legislativa de este deber y profundizando en dos aspectos: la profesionalización del cargo de administrador y la incorporación del *Business Judgement Rule* al ordenamiento español. Por otra parte, se lleva a cabo un análisis del deber de lealtad y su régimen de imperatividad y dispensa.

La tercera parte, trata las modificaciones en el régimen de responsabilidad de los administradores derivada del incumplimiento de los deberes analizados, principalmente la exigencia de dolo o culpa, la presunción de culpabilidad y la inclusión de los administradores de hecho. Por último, se finaliza con unas conclusiones derivadas del estudio realizado.

## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y sus causas.

La reforma de la LSC con la Ley 31/2014, como se ha mencionado, se ha llevado a cabo para la mejora del gobierno corporativo de las sociedades. El término “gobierno corporativo” ha sido definido por multitud de autores. De esta manera puede quedar establecido, entre otros, como “un sistema mediante el cual las empresas son dirigidas estratégica e integradoramente hablando, y controladas de manera holística (no solo financiera), de manera ética y acorde con cada contexto particular”<sup>5</sup> o también como “un sistema de interacciones entre distintos actores que dirigen a la empresa hacia la creación de valor; no existen asunciones a priori sobre aquellos para los cuales se crea valor: la creación de valor es simplemente el resultado de su interacción”<sup>6</sup>.

Dicha reforma, tenía como objetivo la búsqueda de un sistema de buen gobierno más eficaz y competitivo<sup>7</sup>. Este objetivo se puede concretar en tres particulares. Primero, potenciar el papel de la Junta General en materia de políticas de retribución de los administradores. Segundo, limitar la influencia de éstos últimos en la Junta para evitar conflictos de intereses y proteger los derechos de accionistas minoritarios y por último, favorecer la transparencia de los mercados. Además, aunque las medidas iban encaminadas a las sociedades cotizadas por su carácter abierto y su consideración como producto (al acceder al mercado secundario de capitales), donde se producen los principales problemas de gobierno corporativo, no se descartó la reforma del resto de sociedades en aquellos aspectos que fuera necesario<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> HILB, M.: *New Corporate Governance. Successful Boards Management Tools*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, p. 4.

<sup>6</sup> HUSE, M. “Internal and External Actors” en *Boards, Governance and Value Creation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 15.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 896.

<sup>8</sup> VIVES RUIZ, F.: “Sentido de la propuesta de reforma en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo” en AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 45-46.

Para esa tarea, se creó una Comisión de Expertos en esta materia en cumplimiento del mandato del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013<sup>9</sup>. Se debía adaptar la legislación española, fundamentalmente la LSC, a las mejores prácticas a nivel internacional de las sociedades capitalistas en la materia que ocupa esta reforma<sup>10</sup>.

El trabajo de la Comisión se asienta sobre precedentes normativos tanto nacionales como internacionales. Por una parte, los desarrollos de la OCDE y el Plan de Acción de 2012 de la Unión Europea. Por otra parte, la Ley de Reforma del Sistema Financiero<sup>11</sup> del 2002 y la Ley de Transparencia<sup>12</sup> de 2003 junto con los Códigos de Buen Gobierno (Código Olivencia, Informe Aldama y Código Unificado de Buen Gobierno), que será tratado en el apartado siguiente<sup>13</sup>.

Su resultado se plasmó en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas el 14 de octubre de 2013, que se ha desarrollado satisfactoriamente sin presiones políticas y sobre todo, teniendo en cuenta la realidad empresarial española a la hora de inspirarse en las normas inglesas, cuyo país es precursor del gobierno corporativo<sup>14</sup>.

## **2.2. Desarrollo de la normativa de gobierno corporativo en España.**

Para entender mejor la reforma objeto de estudio, es importante hacer un breve recorrido sobre el desarrollo del buen gobierno corporativo en nuestro país.

---

<sup>9</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

<sup>10</sup> ZARZALEJOS TOLEDANO, I.: “La reforma de la ley de sociedades de capital” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 37, 2014., p. 77.

<sup>11</sup> Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

<sup>12</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

<sup>13</sup> Véase *infra* parte 2.2 “Desarrollo de la normativa de gobierno corporativo en España”.

<sup>14</sup> VIVES RUIZ, F.: “Sentido de la propuesta de reforma en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo”..., cit., p. 51.

El proceso de reforma se orientó no solo a mejorar el funcionamiento del Consejo de Administración sino también las relaciones entre este órgano y la Junta General para evitar los conflictos de agencia y la asimetría de información derivada de ella<sup>15</sup>. Como resultado, se elaboró un Código de Buen Gobierno que recogía en forma de recomendaciones, la adaptación del funcionamiento y organización de los consejos a los estándares seguidos en Europa.

Posteriormente tras el polémico Caso Enron de 2001 y la *Sabanes-Oxley Act* de Bush, se elaboró el Informe Aldama en 2003. Éste a diferencia del anterior, suponía una combinación de *hard* y *soft law*, ya que incluía disposiciones voluntarias y otras de carácter impositivo (como la exigencia de explicar el cumplimiento o no de las recomendaciones de los Códigos) que se incluyeron en el ordenamiento jurídico, como en la ya derogada Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA)<sup>16</sup>. Asimismo, en la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, se estableció la obligación para las sociedades cotizadas de crear un Comité de Auditoría para reducir riesgos de abuso de poder o comportamientos que fueran en contra del interés social. Además, en la Ley de Transparencia se incluyó para las sociedades cotizadas, la exigencia de recoger el funcionamiento interno de sus órganos para una mayor transparencia frente a los accionistas. Esto les permitía llevar a cabo una inversión más racional con una reducción de los costes de información. Ambas leyes suponían, a su vez, una modificación de la Ley del Mercado de Valores<sup>17</sup>.

El siguiente y último avance se produjo en 2006 con el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (también conocido como Código Conthe), el cual fue actualizado

---

<sup>15</sup> El profesor de Derecho Mercantil, IBÁÑEZ, participante del primer sistema legal de gobierno corporativo con el Código de Olivencia de 1998 relata como fue este proceso. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: “La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencias para el régimen de la junta general” en AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 23-29.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>17</sup> Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

en 2013. Con el Informe Anual de Gobierno Corporativo que deben presentar estas sociedades, se consigue asegurar que éstas, cumplan con la exigencia de informar sobre su grado de cumplimiento de las recomendaciones enmarcadas en dicho Código.

Se puede comprobar como con el paso de los años, se ha ido intensificando las medidas encaminadas hacia una mejora del gobierno corporativo de las sociedades españolas. Igualmente, se ha producido un cambio de mentalidad en este aspecto por parte de los gestores de las sociedades. Se ha pasado de una reticencia y escepticismo recaído sobre este tipo de normas, entendidas como una limitación e intrusión en las facultades de los consejeros, hacia una visión con una connotación más positiva, ya que se extiende la idea de que la transparencia crea valor, pues la propia rectitud ética de los consejeros revierte en su propio beneficio, alineando el interés de gestores y propietarios<sup>18</sup>.

### **2.3. Modificaciones más relevantes de la reforma.**

Las modificaciones más relevantes se pueden estructurar en dos grandes grupos: las referentes a la Junta de Accionistas y al Consejo de Administración. A su vez, en cada grupo se va a hacer un mención especial a las modificaciones que afectan a las sociedades cotizadas de manera específica.

#### ***2.3.1. Modificaciones de la Junta de Accionistas***

En relación a las modificaciones más relevantes que afectan a la Junta de Accionistas, se pueden destacar las siguientes<sup>19</sup>:

a. Competencias. Sus competencias quedan ampliadas para todo tipo de sociedades de capital. En ellas se incluyen la adquisición, enajenación y aportación de activos

---

<sup>18</sup> IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: “La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencias para el régimen de la junta general”..., *cit.*, p.30.

<sup>19</sup> ZARZALEJOS TOLEDANO, I.: “La reforma de la ley de sociedades de capital”, *cit.* pp. 78-81.

esenciales, entendidos estos cuando superen el 25% del valor de los activos en el último balance (art. 160 LSC). Como consecuencia de ello, la adquisición o ventas de determinadas compañías o negocios del grupo requieren la previa aprobación de los accionistas. Además, se le faculta a este órgano para que pueda intervenir en asuntos de gestión del órgano de administración (permitido anteriormente solo para las limitadas), salvo que se disponga lo contrario en los estatutos (art. 161 LSC).

b. Prohibición de derecho de voto cuando conflicto de interés en las S.A. (art. 190 LSC). Un socio inmerso en conflicto de interés no podrá votar sobre: (i) la transmisión de acciones o participaciones sujetas a restricción, (ii) exclusión de la sociedad, (iii) liberación de una obligación o concesión de un derecho a dicho accionista, (iv) asistencia financiera y (v) dispensa del deber de lealtad si es además administrador.

c. Adopción de acuerdos en las S.A. (art. 201 LSC). La regla general para la adopción de acuerdos es por mayoría simple, salvo que se prevean mayorías más elevadas.

d. Derecho de información de los accionistas (art. 197 LSC). La vulneración de este derecho permite al accionista requerir el cumplimiento de informar y los daños y perjuicios ocasionados, pero no se considera causa de impugnación de la junta.

e. Votación separada de asuntos sustancialmente independientes con el fin de evitar una distorsión en las votaciones por la agrupación de materias (art. 197 bis LSC).

f. Régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204 a 206 LSC). Desaparece la distinción entre acuerdos nulos y anulables, siguiendo todos un régimen general. Además produce una limitación en materia de impugnación de acuerdos para evitar su uso abusivo, entre ellos, se requerirá la titularidad de al menos un 1% del capital por un socio, para que este pueda ejercer dicha acción.

Las materias que han sido solo objeto de reforma para las sociedades cotizadas en referencia a la Junta, son las siguientes<sup>20</sup>:

a. Impugnación de acuerdos sociales. Se necesita una participación mínima del 0,1% para ejercitar la acción, la cual caducará en el plazo de 3 meses (art. 495.2 a) y b)).

b. Ejercicio de los derechos de minoría. El porcentaje mínimo de participación para el ejercicio de este derecho queda reducido al 3% (art. 495.2.a) y 519 LSC). Esto se debe, a la dispersión de la propiedad de capital en este tipo de sociedades y para una mayor homogeneidad con la normativa del mercado de valores<sup>21</sup>.

c. Derecho a conocer la identidad de los accionistas. Ostentan este derecho las asociaciones de accionistas y accionistas individuales, de manera exclusiva para determinados fines con al menos un 1% y 3% del capital social respectivamente (art. 497).

d. Competencias adicionales. Se reservan a la Junta General las decisiones sobre (i) la transferencia de actividades esenciales a entidades dependientes; (ii) las operaciones con un efecto equivalente a la liquidación; y (iii) la política de remuneraciones de consejeros (art. 511 bis).

e. Derechos de información. Se exige la publicación de las propuestas de acuerdo sobre todos los puntos del orden del día (excepto los de carácter informativo) y respecto el nombramiento, ratificación o reelección de consejeros (art. 518). Las solicitudes de información, aclaraciones y preguntas, podrán formularse hasta el quinto día anterior al de la celebración de la Junta, debiendo publicarse en la página web junto con las respectivas respuestas (art. 520).

---

<sup>20</sup> CONDE VIÑUELAS, V. y LEÓN SANZ, F.J.: “Nota Informativa sobre la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”. *Nota Informativa Departamento de Corporate Pérez LLorca*, diciembre 2014, pp. 2-3.

<sup>21</sup> ZARZALEJOS TOLEDANO, I., “La reforma de la ley de sociedades de capital”, *cit.* p. 80.

f. Derecho de asistencia. Los estatutos podrán exigir para asistir a la Junta General la posesión de un número mínimo de acciones con un límite de 1.000 (art. 521 bis).

g. Asociaciones de accionistas. Se regula el régimen de estas asociaciones, las cuales deberán: (i) tener una composición de al menos 100 accionistas, con una participación máxima individual del 0,5% del capital con derecho de voto; (ii) su inscripción en el Registro Mercantil; y (iii) llevar contabilidad y auditar sus cuentas anuales (artículo 539.4).

### ***2.3.2. Modificaciones del Consejo de Administración***

En lo que respecta al Consejo de Administración, de manera sintetizada, se han llevado a cabo las siguientes modificaciones<sup>22</sup>:

a. Competencias indelegables (art. 249 bis). Se ha llevado a cabo un mayor desarrollo de estas, entre ellas: (i) establecimiento de las políticas y estrategias sociales, (ii) dispensa del deber de lealtad y (iii) decisiones relativas a la remuneración de consejeros.

b. Remuneración (art. 217 y ss.). Ha supuesto uno de los puntos clave en esta reforma, con medidas encaminadas a una mayor transparencia, adecuación con el mercado y una apropiada regulación de su procedimiento de aprobación. La teoría del vínculo queda superada, ya que la remuneración de los consejeros ejecutivos por sus servicios de dirección y gestión está sujeta únicamente a aprobación del consejo (con quién se deberá firmar un contrato), sin soporte estatutario ni aprobación de la junta. Adicionalmente, estos recibirán una remuneración adicional como meros consejeros, que en este caso está sujeta a los estatutos y la aprobación de la cuantía máxima por parte de la junta.

---

<sup>22</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, T., “Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 75, 2015.

c. Desarrollo de los deberes de diligencia y lealtad y responsabilidad de los administradores. Estas modificaciones van a suponer el objeto de este trabajo, que se verán más adelante<sup>23</sup> (arts. 225 y ss.).

En lo que respecta a las sociedades cotizadas, el art. 529 y ss. se ven afectados de la siguiente manera<sup>24</sup>:

a. Carácter necesario. Todas las cotizadas deberán ser administradas por un Consejo de Administración.

b. Ampliación de las facultades indelegables. Existen mayores restricciones respecto el resto de sociedades.

c. Información. Los consejeros deben poner a disposición la información necesaria sobre los asuntos con el tiempo suficiente para la adopción de acuerdos.

d. Regulación del cargo de presidente y secretario del Consejo. Se requiere la emisión de un informe previo a sus respectivos nombramientos por la comisión de nombramientos.

e. Separación de cargos. En el caso de que el presidente sea un consejero delegado, existirán reglas especiales como el nombramiento de un consejero coordinador independiente.

f. Autoevaluación del desempeño. Este órgano deberá evaluarse anualmente y

---

<sup>23</sup> Véase *infra* parte 3 “Análisis de los deberes de los administradores” y parte 4 “Responsabilidad de los administradores”.

<sup>24</sup> CONDE VIÑUELAS, V. y LEÓN SANZ, F.J.: “Nota Informativa sobre la entrada en vigor de la Ley 31/2014...”, cit., p.3-5.

establecer un plan de acción para su mejora.

g. Nombramiento de consejeros. Se introduce la posibilidad de nombrar como consejeros a no accionistas y se prohíbe la designación de consejeros suplentes.

h. Duración del cargo. Se limita a 4 años.

i. Categorías de consejeros. Se delimitan los cargos de consejeros ejecutivos y no ejecutivos (consejeros dominicales, independientes y otros externos).

j. Comisiones del Consejo de Administración. Se permite la constitución de comisiones en el Consejo, siendo obligatoria al menos, una de auditoría y otra de nombramientos y retribuciones. Además, estas solo podrán componerse por consejeros no ejecutivos, al menos dos de ellos deberán ser independientes.

k. Remuneración. El cargo de consejero deberá ser remunerado con carácter necesario, salvo que se disponga lo contrario en estatutos; también debe de existir una “política de remuneraciones” ajustada al sistema de remuneración estatutario y aprobada por la Junta cada 3 años.

### **3. ANÁLISIS DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES**

A continuación, se va a proceder a un análisis detallado de la reforma sobre los deberes de diligencia y lealtad, junto con sus consecuencias. Es importante recalcar que estos deberes recaen sobre el administrador frente a la sociedad y no frente a terceros<sup>25</sup>. Por ello, la responsabilidad al administrador como obligado a dirigir la empresa social y representar a la misma, no puede ser exigida por un socio o acreedor a título individual sino por subrogación.

Se debe recalcar también el carácter dispositivo del desempeño de los administradores<sup>26</sup>. Tanto el deber de diligencia como el de lealtad están orientados a satisfacer el interés social, de esta manera, pueden ser modulados -aunque el régimen del deber de lealtad sea más estricto que el primero- por acuerdo de los socios (por ejemplo, limitar la cuantía de indemnización por infracción de sus deberes) y su aplicación va a depender del tipo de sociedad en la que nos encontremos. Sin embargo, en ningún caso se permite la eliminación completa de estos deberes, ya que se dejaría el funcionamiento de este órgano al arbitrio de sus miembros.

#### **3.1. Deber de Diligencia**

##### ***3.1.1 Evolución legislativa***

Con el fin de comprender mejor los cambios llevados a cabo en la reforma de la Ley 31/2014, se va hacer una breve mención a la evolución legislativa de este precepto<sup>27</sup>. Hasta la LSA de 1951 no se recoge el modo de actuación de los administradores. Tanto el Código de Comercio

---

<sup>25</sup> ALFARO, J.: “Artículo 225. Deber general de diligencia” en Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/14), Sociedades no cotizadas, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 315. También recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero 110/2004.

<sup>26</sup> ALFARO, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”..., cit., p. 315 y 324.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 898.

de 1829 como el de 1885 trataba a los mismos como mandatarios y por tanto, sus obligaciones se deducían del modelo de conducta de un “buen padre de familia”<sup>28</sup> al que estos últimos estaban sometidos. Este estándar de diligencia, es propio de un “hombre medio” y persona carente de conocimientos especializados<sup>29</sup>. Este régimen también se aplicaba en Italia hasta 2003. Sin embargo, es importante señalar que este modelo quedaba modulado a la naturaleza de la actividad que se desempeñara. De esta manera se reflejan los deseos de adaptarlo a las circunstancias del caso y a exigir una cierta profesionalización del cargo, aspecto que se ha ido intensificando hasta la actualidad.

Es con la llegada de la LSA de 1951 en su artículo 79, cuando se menciona vagamente por primera vez este principio conjuntamente con el de lealtad y el régimen de responsabilidad, estableciendo que los administradores debían desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal. La reforma de esta ley en 1989 con el artículo 127, trajo consigo la separación de estos deberes respecto del régimen de responsabilidad. Posteriormente con la Ley de Transparencia, se añade a este mismo artículo, un segundo apartado por el cual cada uno de los administradores deberá informarse de manera diligente sobre la marcha de la sociedad y se configura por primera vez el régimen jurídico de los deberes de los administradores.

Tras la derogación de esta ley y entrada en vigor de la LSC, en la redacción inicial del artículo 225, se modifica la denominación de este principio pasando a ser “deber de diligente administración”. Posteriormente, con la reforma para la mejora de gobierno corporativo, este deber sufre cambios en dos sentidos. Por un lado, el título del deber de diligencia vuelve a ser modificado y su contenido es ampliado. Por otro, a través del artículo 226 incluye por primera vez la regla del “buen criterio empresarial”, procedente de la jurisprudencia norteamericana a favor de la *business judgement rule*.

---

<sup>28</sup> Art. 1719 Código Civil.

<sup>29</sup> GUERRERO TREVIJANO, C., El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación del Business Judgment Rule al ordenamiento español, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 101.

Esta evolución refleja la dotación de un mayor peso y toma en consideración de los deberes de los administradores en el desempeño de su función junto con la influencia del movimiento del buen gobierno.

Todo ello ha permitido la existencia de una base legal, estableciendo de manera más clara las obligaciones de los administradores de cara a los accionistas y los propios administradores. A su vez, ha facilitado la labor de los tribunales a la hora de juzgar si se ha llevado a cabo una correcta administración de la sociedad.

### ***3.1.2. Análisis del Deber General de Diligencia***

Como mencionado anteriormente, el título de este artículo fue modificado, añadiéndose el término “general”. Esto hace referencia a la aplicación de este deber a todo tipo de administrador y de cualquier sociedad de capital<sup>30</sup>. Además, derivado de la flexibilidad de la actividad gestora se produce la imposibilidad e inadecuación de establecer unas reglas tasadas para su definición. Se recogen, por tanto, unos criterios para que sean de aplicación al caso concreto.

Se encuentra específicamente regulado en el artículo 225 de la LSC, el cual estipula que el desempeño del cargo debe de llevarse a cabo con “la diligencia de un ordenado empresario”. Este concepto, supone el estándar de enjuiciamiento objetivo y se entiende, como aquella gestión llevada a cabo por un experto empresario sobre su propio patrimonio<sup>31</sup>. La concreción de este deber se encuentra en la Ley, estatutos, el contrato de administración y Códigos de Buen Gobierno del sector donde se enmarque la actividad. De esta manera, en caso de incumplimiento con dolo o culpa, el administrador deberá indemnizar a la sociedad.

---

<sup>30</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”..., *cit.*, p. 899.

<sup>31</sup> ALFARO, J.: “Artículo 225. Deber general de diligencia”..., *cit.*, p. 319.

Respecto al primer apartado, es importante ver como el deber de ejercer el cargo y deberes con diligencia, queda modulado en atención a la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. Primero, esta distinción refleja la realidad social, en la cual existen diversos tipos de cargos en los consejos de administración y por ello, la diligencia exigida a cada uno de ellos queda supeditada al grado de desempeño requerido, no siendo igual para todos ellos<sup>32</sup>.

Segundo, lo mismo ocurre en atención a las funciones, las cuales en medianas y grandes empresas son distribuidas entre los distintos miembros del órgano de administración. Mientras que los consejeros ejecutivos desempeñan prácticamente todas las facultades del consejo (salvo las indelegables), los consejeros comunes tienen atribuidas bien por ley o estatutariamente, una determinada competencia dentro de las comisiones. De esta manera, se combina el deber de representación de la sociedad junto con el deber de gestión y supervisión de la misma llevada a cabo por los consejeros ejecutivos y directivos (función de control interno).

Sin embargo, existen algunas “zonas grises” en la determinación de la competencia de ciertas facultades gestoras entre la Junta y el Consejo que la ley no atribuye a ningún órgano específicamente. Pues, es cierto que la Junta tiene atribuidas competencias expresas del artículo 160 LSC pero también puede impartir instrucciones de gestión o someter a aprobación determinadas decisiones del órgano de administración. Como criterio de aplicación, corresponde al Consejo, la administración ordinaria (actividad empresarial del día a día de la empresa), mientras que la extraordinaria debe de ser compartida con la Junta en los aspectos “que aún perteneciendo formalmente a la competencia de los administradores en cuanto actos de gestión extraordinaria, [inciden] sobre intereses y situaciones jurídicas que afectan a la colectividad de los socios”<sup>33</sup>. A su vez, estos aspectos variarán en atención

---

<sup>32</sup> Se debe distinguir entre presidente ejecutivo, consejero ejecutivo y consejero común.

<sup>33</sup> ALONSO LEDESMA, C.: “El papel de la Junta general en el gobierno corporativo” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 645.

al objeto social recogido en los estatutos, apareciendo otra vez, un límite a la hora de delimitar el contenido de la actividad de los administradores<sup>34</sup>.

Lo mismo ocurre en derecho comparado, donde también se utiliza el objeto social para delimitar los actos del consejo. Por ejemplo, en Alemania se recoge en el artículo 23.3.2º AktG y en la normativa italiana el objeto social es “contenido típico de los deberes de los administradores”<sup>35</sup>.

En atención al segundo apartado del artículo 225 LSC, éste hace referencia a tener la dedicación adecuada y la toma de medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad<sup>36</sup>. El término “dedicación adecuada”, vuelve a traer a colación los distintos tipos de administradores (la cual variará en atención al tipo que se trate) y de unos conocimientos y capacidades necesarias que se adecúen a la actividad que desempeña la sociedad.

Por otro lado, la ley vela por una buena dirección y control de la sociedad por parte de los administradores. Hace referencia al papel de los consejeros en establecer líneas de dirección a los directivos y llevar a cabo la función de supervisión y control, funciones cuyo incumplimiento también derivan en responsabilidad del artículo 236 de esta misma ley.

El último apartado, alude al deber de diligencia como deber de información de la marcha de la sociedad, concepción incluida en 2003 a raíz de la Ley de Transparencia. Todo administrador tendrá el deber de estar informado y el derecho a solicitar la información necesaria a la sociedad, para el ejercicio de su cargo. Es importante hacer hincapié en la orientación que se da a este deber, pues no es el administrador el que debe de informar a

---

<sup>34</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 143.

<sup>35</sup> ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milán, 1979, p. 134.

<sup>36</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”..., cit., p. 900-901.

terceros sino de estar él mismo informado<sup>37</sup>. Además, recalcar que la información que se obtenga debe ir encaminada al interés social y nunca con fines personales. También se incluye en este precepto el deber de investigar, entendido como la obligación de llevar a cabo un análisis crítico sobre la adecuación de la información recibida por directivos y asesores<sup>38</sup>. En este aspecto, se vuelve a hacer mención a la profesionalización del cargo, al requerir unos determinados conocimientos para poder llevar a cabo un correcto discernimiento.

### ***3.1.2.1 Profesionalización del cargo de administrador***

La profesionalización del cargo de administrador es precisamente, donde recae la importancia de este artículo, al suponer una novedad en la legislación. Con esta reforma, el cargo de administrador ha pasado de ser cuasi-inimputable a requerir una mayor dedicación y especialización<sup>39</sup>. Se incluye así una *lex artis*<sup>40</sup> a este cargo, como existe en otras profesiones. De esta manera, siguiendo la teoría de la evolución de Darwin, solo el más apto ejercerá el cargo, ya que las consecuencias de una mala gestión recaerán sobre su propio patrimonio y no sobre el social<sup>41</sup>.

Esta reforma de gobierno corporativo busca alejarse del modelo del “buen padre de familia” para adaptarse a lo requerido por doctrina y jurisprudencia y con ello, al derecho comparado. El legislador tomó de referencia la *AktG* alemana que tiene como estándar de diligencia el concepto de “gerente ordenado”, entendido este como profesional dedicado a la gestión<sup>42</sup>. También la normativa italiana incorporó este estándar tras su reforma en 2003, adaptando

---

<sup>37</sup> PRADES CUTILLAS, D.: *La responsabilidad del administrador...*, cit., p. 144.

<sup>38</sup> ALFARO, J.: “Artículo 225. Deber general de diligencia”..., cit., p. 322.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 4ª edición, Pamplona, 1998, p. 425.

<sup>40</sup> ALONSO ESPINOSA, F.J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Pamplona, 2006, p. 28.

<sup>41</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2006, p. 205 y PRADES CUTILLAS, D.: *La responsabilidad del administrador...*, cit., p. 115.

<sup>42</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 112 y ss.

dicho deber a la naturaleza del cargo y competencias de cada administrador<sup>43</sup>. Junto con estas, el Código de las Sociedades Comerciales portugués también exige la diligencia de “*un gestor criterioso e ordenado*”<sup>44</sup>.

Sin embargo, pueden surgir dudas sobre el concepto “diligencia profesional” (interpretación que se hace del término “ordenado empresario) a la hora de establecer el estándar de comportamiento<sup>45</sup>. Pues, se puede entender bien como la exigencia de conocimientos técnicos por parte del administrador, hasta el punto de requerir una “pericia” en el ejercicio de su cargo, o bien, limitarse a exigir una prudencia y dedicación en sus actuaciones.

Aunque la LSC no lo recoge expresamente, la doctrina española ha utilizado el término pericia a la hora de tratar este deber<sup>46</sup>. Lo mismo ocurre con la doctrina italiana, quien ha interpretado que la pericia queda incluida en las “específicas competencias” derivadas de la naturaleza del cargo que menciona la ley, en tanto en cuanto el nombramiento del administrador se lleva a cabo teniendo en cuenta sus capacidades técnicas y estas deben ser valoradas para determinar su responsabilidad<sup>47</sup>.

Sin embargo, se ha establecido que -salvo que la normativa interna societaria o del sector exija la pericia profesional en sentido estricto- todo administrador que actúe prudentemente, tenga nociones en la administración de empresas y conocimientos técnicos suficientes para valorar la información que reciba de asesores y personas que gestionen la empresa, cumplirá con los requisitos de comportamiento diligente.

---

<sup>43</sup> Art. 2392 Código Civil italiano.

<sup>44</sup> Art. 64 Código de las Sociedades Comerciales portugués.

<sup>45</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 144.

<sup>46</sup> Por ejemplo, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 2003, p. 69: “exige que los administradores [...] desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor”.

<sup>47</sup> DELLACASA, M.: “Dalla diigenza alla perizia come parametri per sindacare l’attività di gestioni degli amministratori” en *Contratto e Impresa*, 1999, p. 209.

Por todo ello, al no exigir la ley actual unas capacidades técnicas específicas, se debe seguir avanzando en esta dirección e ir definiendo con mayor precisión y claridad dichos requisitos profesionales. Pues, aunque puedan quedar establecidos en los estatutos sociales o en Junta, no parece apropiado que este aspecto tan importante quede a la discrecionalidad de cada sociedad. Además, tampoco es coherente respecto de la mayoría de profesiones, donde se exige legalmente una determinada cualificación, como la abogacía o ingeniería. La exigencia de unos determinados estudios como la carrera universitaria de Derecho, Economía o Administración y Dirección de Empresas o Máster en alguna de esas materias junto con unos años de experiencia previa en cargos de esos sectores, es una medida que, aunque no garantiza en todos los casos una buena gestión, sí evitaría en gran medida ciertas consecuencias negativas para las sociedades y aunaría los intereses de accionistas y administradores.

La ausencia de requisitos legales en este aspecto, se debe a la libertad de ejercicio de los derechos de propiedad. Cada uno es libre de destinar su patrimonio al desarrollo de una actividad profesional, asumiendo el empresario el propio riesgo. Para atenuar esta carencia, se configuran leyes sobre determinados aspectos del ejercicio del empresario –como pueden ser de carácter fiscal o contable-, con el fin de obligar la incidencia de un profesional en la actividad de la sociedad. Sin embargo, cuando se trata de sociedades capitalistas, en donde se administran bienes ajenos, sí cabe una mayor regulación del cargo de la persona encargada de gestionar dicho patrimonio<sup>48</sup>. Como consecuencia de ello, es compatible también con la libertad de empresa -recogida como derecho fundamental en la Constitución española-, en aras de velar, ante todo, por la seguridad mercantil.

Por ello, un incremento de las exigencias legales respecto al ejercicio del cargo conllevaría a una serie de beneficios. Primero, acabaría o, al menos, reduciría la existencia de testaferros y administradores de hecho en el Consejo como medio para eludir otros la responsabilidad. Actualmente, en caso de calificación del concurso como culpable, la Ley Concursal estipula

---

<sup>48</sup> PRADES CUTILLAS, D.: *La responsabilidad del administrador...*, cit., p. 98.

como efecto la inhabilitación del deudor y de las personas afectadas por dicha calificación por un periodo de entre dos a quince años<sup>49</sup>. En este caso, los administradores y liquidadores afectados deberán cesar en su cargo<sup>50</sup>. Debido a que hasta el momento, no existían unos requisitos determinados para ostentar el cargo de administrador, si una persona carente de formación universitaria aceptaba el puesto y posteriormente, era inhabilitada, apenas tenía consecuencias para la misma. Sin embargo, si estos requisitos se intensifican, pocas personas estarán dispuestas a quedar inhabilitadas de sus profesiones a cambio de actuar como testafierros.

Segundo, llevaría a asegurar en gran medida un ejercicio diligente y leal del cargo, evitando los casos de imposibilidad de indemnización del daño generado a un tercero. Debido a la ausencia de responsabilidad patrimonial en este tipo de sociedades, hay ocasiones en las que ni el patrimonio social ni el del administrador es suficiente para cubrir ese daño<sup>51</sup>.

Tercero, ya existen precedentes, como en la Ley Concursal que exige unas condiciones subjetivas para el nombramiento del administrador concursal de manera clara y precisa<sup>52</sup>, que se podrían tomar a modo de ejemplo y como modelo para el caso. El sujeto al cargo de la administración concursal debe ser o bien (i) abogado en ejercicio o con una experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía de al menos cinco años, con especialización en Derecho Concursal, o (ii) economista, titulado mercantil o auditor de cuentas también con cinco años de experiencia y especializado en el campo concursal, o por último (iii) persona jurídica integrada, al menos, por alguno de las profesiones anteriormente mencionadas y que garantice la independencia y dedicación requerida derivada del cargo.

---

<sup>49</sup> Art. 172 LC.

<sup>50</sup> Art. 173 LC.

<sup>51</sup> PRADES CUTILLAS, D.: *La responsabilidad del administrador...*, cit., p. 99.

<sup>52</sup> La nueva Ley Concursal (aprobada en 2014) se encuentra en un periodo transitorio que no entrará en vigor hasta su desarrollo reglamentario. De momento, se aplica la anterior (en vigor desde 2012) que exige al administrador concursal en su art. 27, el cumplimiento de alguna de las condiciones mencionadas a continuación.

Todo ello, manteniendo el carácter abierto de este deber, cuyo enjuiciamiento sobre su cumplimiento tiene que ser analizado caso por caso y atendiendo a las circunstancias concretas de la sociedad de que se trate con el fin de no caer en una delimitación excesiva y no beneficiosa para el interés social<sup>53</sup>.

### ***3.1.2.2 Incorporación del Business Judgement Rule***

Como se ha mencionado anteriormente, la reforma trajo consigo la incorporación del *business judgement rule* a través del artículo 226 LSC como concreción del deber de diligencia. Se trata de una doctrina de *Common Law* estadounidense que se había incluido ya en otras legislaciones europeas y que finalmente lo ha hecho en la española. Se basa en proteger la discrecionalidad gestora de los administradores para evitar que sean responsables de situaciones de fracaso para la sociedad<sup>54</sup>. Su significado fue recogido en el caso Aroson contra Lewis<sup>55</sup> por el Tribunal Supremo de Delaware, quién establecía que esta regla se entendía como una presunción de que los administradores al tomar una decisión empresarial, actúan con la suficiente información, de buena fe y considerando con honestidad que la decisión vela por los intereses de la sociedad.

Con ello, se intenta flexibilizar la toma de decisiones del administrador, principalmente en situaciones de riesgo e incertidumbre y aportar seguridad jurídica a esta figura, evitando que los accionistas puedan alegar su responsabilidad y los jueces revisar *a posteriori* sus actuaciones.

En relación a la inclusión de la regla del juicio empresarial en los ordenamientos europeos no se ha llevado a cabo de manera homogénea<sup>56</sup>. Se distinguen tres grandes grupos: los países

---

<sup>53</sup> GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, I y II*, 3ª edición, revisada por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, 1976, p. 161.

<sup>54</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 38.

<sup>55</sup> Tribunal Supremo de Delaware en Aroson v. Lewis, Delaware, 1984.

<sup>56</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 65.

que la han integrado en sus legislaciones<sup>57</sup>, aquellos en los que es reconocida de manera jurisprudencial y doctrinal<sup>58</sup> y finalmente aquellos que carecen de la misma en todos los ámbitos<sup>59</sup>. Se tomarán como ejemplo para analizar el sistema alemán, pionero en la codificación de la misma en el sistema continental y el italiano, el cual es semejante al español.

En 2005 con la reforma legal en Alemania, quedó incluido este principio, que hasta ese momento solo se aplicaba por la jurisprudencia. Se añadía que “no se considera incumplimiento la actuación de aquel miembro del Órgano de Dirección que, en la toma de una decisión empresarial sobre la base de la información adecuada, pueda razonablemente sostener que actuó en beneficio de la sociedad”<sup>60</sup>. De esta manera, tanto el Órgano de Dirección como el Consejo de Vigilancia (quien ostenta la función de control de la gestión en las sociedades de capital alemanas, basadas en un sistema dual de órganos) se encuentran sometidos legalmente a la *business judgement rule* en materia de decisiones empresariales. Con ello, se ha buscado crear un área legal de inmunidad para contrarrestar las facilidades otorgadas a los accionistas para ejercer la acción de responsabilidad<sup>61</sup>.

En lo que respecta a Italia, no se ha recogido normativamente pero los tribunales aplican a la hora de analizar la diligencia de los administradores el principio de “incuestionabilidad de las decisiones de gestión de los administradores”. Este está inspirado en dicha norma y prohíbe que los jueces entren a analizar el fondo de las decisiones empresariales, tan solo estudian si el procedimiento que se llevó a cabo para tomarlas fue “razonable”<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Entre ellos se encuentra Alemania, Portugal, Croacia y Rumanía

<sup>58</sup> Países como Italia, Lituania, Luxemburgo y Holanda.

<sup>59</sup> República Checa y Letonia.

<sup>60</sup> Artículo 93 AktG.

<sup>61</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 73.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal de Milán de 26 de junio de 1989, Caso *La Centrale*.

Por su parte, en España, esta regla queda enmarcada en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio y se entenderá que la discrecionalidad empresarial sigue un estándar diligente siempre y cuando el administrador haya actuado de buen fe, sin interés personal, en base a la información suficiente y mediante un procedimiento de toma de decisiones adecuado. De ello se deduce que al igual que en Alemania e Italia, se sigue la “doctrina de abstención”, por la cual los jueces no revisarán las decisiones de los administradores, salvo que los demandantes demuestren la mala fe en sus actuaciones, recayendo así la carga de la prueba en los que ejerciten la acción.

En relación al término “decisiones estratégicas y de negocio”, parece paradójico que se haya utilizado este término, pues puede ser fruto de conflicto en la aplicación práctica. Por una parte, porque es un concepto jurídico no utilizado de manera habitual en nuestro Derecho societario, lo que puede llevar a dudas sobre su alcance. Por otra parte, porque es a su vez, distinto y más restrictivo al empleado en otros ordenamientos (en los cuales se utiliza el término “decisión empresarial”), donde incluso han existido problemas de interpretación del mismo.

Aunque este término invite a pensar que hace referencia solo a decisiones sobre política general de la sociedad y no tanto sobre la estructura y organización, este término alcanza a aquellas decisiones en las que los administradores disfrutan de cierta discrecionalidad para elegir, tanto de carácter interno como orientadas al objeto social<sup>63</sup>.

Cabe resaltar, la redundancia del segundo apartado del artículo 226 LSC en el que excluye de la discrecionalidad empresarial, las decisiones que afecten de manera personal sobre administradores o personas vinculadas a los mismos. Pues, esto queda amparado en el deber de lealtad, el cual queda excluido *per se* de este principio y sobre el cual no cabe modulación, a diferencia del deber de diligencia.

---

<sup>63</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: El deber de diligencia de los administradores..., cit., p. 259-260.

Además, este precepto se debe interpretar, de manera positiva como un sistema para delimitar el estándar de diligencia exigible legalmente y no como una fórmula que permita tolerar las negligencias llevadas a cabo por los administradores<sup>64</sup>. No es más que un modo de aportar seguridad jurídica al administrador, ya que en caso de probarse que su actuación no ha sido acorde a los requisitos que exige esta norma, el sujeto no quedará eximido de responsabilidad.

En base a todo lo anterior, es una medida beneficiosa pues, permite que accedan a estos puestos personas cualificadas que no rechacen el cargo por inseguridad a ser sujetos a un procedimiento por responsabilidad y lleven a cabo proyectos de inversión que aunque entrañen cierto riesgo, sean beneficiosos para los accionistas<sup>65</sup>. Además se evita, por una lado, la arbitrariedad de los jueces, quienes no siempre cuentan con las capacidades técnicas suficientes para enjuiciar dichas decisiones ni conocimiento sobre las circunstancias que circunscribían al caso. Por otro lado, también se impide la intromisión en la gestión de los accionistas, quienes están dotados de la acción de restitución de los administradores, sin tener que recurrir a la acción de responsabilidad. Todo ello, sin dejar inmunes a los administradores por sus actuaciones, al quedar modulado en el artículo 225 y 236 LSC.

Por último no podemos olvidar, que el deber de diligencia es una obligación de medios y no de resultado<sup>66</sup>, es decir, requiere que las acciones se lleven de manera diligente, pero no exige al administrador el éxito empresarial. Esta diferencia tiene una gran incidencia a su vez, en la carga de la prueba pues en este tipo de obligaciones la ley exige al acreedor acreditar la carga de la prueba por falta de diligencia y no viceversa.

De todo lo anterior, se puede concluir que debido a la naturaleza de las sociedades, hay aspectos que no pueden quedar tasados y debemos acudir a la normativa interna de cada una

---

<sup>64</sup> GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores...*, cit., p. 236.

<sup>65</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital...*, cit., p. 233.

<sup>66</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital...*, cit., p. 235.

de ellas para su limitación. El deber general de diligencia ha quedado configurado por tanto, como un deber en el que gracias a la incidencia del gobierno corporativo, se ha profundizado en la profesionalización del cargo y la inclusión de la protección de la discrecionalidad empresarial. Aún así, siempre cabe la mejora y debe seguir esta tendencia para un mayor claridad de los deberes de los administradores en aras de establecer su responsabilidad y evitar su inmunidad.

### **3.2 Deber de Lealtad**

#### ***3.2.1. Análisis del deber de lealtad***

La LSC en su artículo 227 recoge el deber de lealtad. En su primer apartado se requiere al administrador el desempeño leal, propio de un fiel representante y de buena fe, lo cual se encuentra estrechamente relacionado con un comportamiento diligente. Además el artículo añade la búsqueda del interés social para definir este deber. Debido a la ausencia de definición legal de este concepto, se debe acudir a la jurisprudencia y doctrina para determinar este concepto. Han quedado superadas tanto las corrientes jurisprudenciales institucionalistas como las de carácter contractualista, que lo entendían como el interés común de todos los socios o accionistas<sup>67</sup>, dado que no siempre todos los socios persiguen los mismos intereses. Por ello, el interés social entendido como el interés de la sociedad, se refiere a la conjunción de todos los intereses que la sociedad -como persona jurídica- tiene en cada momento (pasando por las etapas de supervivencia, crecimiento o equilibrio). Estos intereses son a su vez, independientes y autónomos tanto respecto de los accionistas como de los gestores, acreedores, trabajadores y demás afectados e interesados<sup>68</sup>. Aunque esto no exime que éstos

---

<sup>67</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 y del 7 de marzo de 2006.

<sup>68</sup> RIBAS FERRER, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, 2010, p. 108: “con el nacimiento de la sociedad existe un interés social propio e independiente del que pueda corresponder a los socios individualmente considerados”.

últimos se tengan en cuenta en la toma de decisiones, siempre y cuando se respete la primacía del interés social respecto del resto de intereses en caso de colisión entre ellos<sup>69</sup>.

En relación a la infracción de este deber, en el segundo apartado de este artículo se exige no solo la obligación de indemnizar el daño producido al patrimonio de la sociedad (derivado del régimen de responsabilidad) sino también se ha añadido la exigencia de devolver a la misma el enriquecimiento injusto por parte del administrador. Ante esta modificación, cabe hacer dos consideraciones. La primera, la posible unificación de este apartado con lo dispuesto en el artículo 232 de esta misma Ley. En este artículo se recogen las distintas acciones que se pueden ejercitar en caso de incumplimiento del deber de lealtad<sup>70</sup> y se precisa que estas son compatibles con la indemnización por daños y perjuicios junto con el enriquecimiento injusto. Por ello, se entiende que todo lo anterior podía haberse unificado en un solo precepto.

Sin embargo, si se ha llevado a cabo una mención separada del enriquecimiento, se puede llegar a pensar que el legislador ha buscado con ello, establecer la regla especial aplicable solo en caso de incumplimiento del deber de lealtad. Esta regla consiste en que todo beneficio obtenido por el administrador como consecuencia del incumplimiento de dicho deber queda atribuido *ex lege* a la propia sociedad, la cual podrá reclamarlo independientemente de que ese incumplimiento pueda o no haber ocasionado daños a la compañía<sup>71</sup>. Se diferencia así de la acción de enriquecimiento ilícito del Derecho común, en la cual se precisa que la ganancia suponga una correlativa pérdida para la sociedad. Aun así, el legislador podría haber sido

---

<sup>69</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”..., *cit.* p. 903.

<sup>70</sup> Estas son las acciones de: impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de actos y contratos celebrados por los administradores en caso de incumplimiento del deber de lealtad.

<sup>71</sup> GARCÍA VILLARUBIA, M.: “El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad” en *Las infracciones al deber de lealtad, El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, n.º 35, 2015, p. 3.

más explícito estableciendo qué se entiende por enriquecimiento y así evitar posibles problemas de interpretación futuros<sup>72</sup>.

La segunda consideración es la compatibilidad de ambas acciones. Cada una exige unos presupuestos y elementos de prueba distintos, pudiéndose acumular ambas. Sin embargo, aunque la Ley no lo recoja expresamente siguiendo una interpretación teleológica (naturaleza indemnizatoria), dicha acumulación de acciones no permite la acumulación de cantidades derivadas de dicho incumplimiento, ya que esto implicaría una mejora improcedente para la sociedad. De esta manera, a la hora de calcular el daño a indemnizar, se deberá descontar la parte que el administrador debe devolver derivado del enriquecimiento<sup>73</sup>.

En el artículo sucesivo, la Ley profundiza en este deber estableciendo una serie de obligaciones básicas de hacer y no hacer. El administrador debe ejercitar sus facultades inherentes al cargo así como las delegadas, hacia los fines para las que han sido otorgadas. Además, con la obligación de mantener en secreto toda información a la que se ha tenido acceso derivado del cargo (incluso una vez cesado del mismo), queda ligada la confidencialidad al deber de lealtad. También se ha concretado que en caso de conflicto de interés directo o indirecto, la persona debe abstenerse tanto de deliberar como de votar las decisiones problemáticas, excepto en las decisiones que recaigan directamente sobre el propio administrador como su nombramiento o revocación.

Un aspecto que se ha añadido a raíz de la reforma es que las decisiones sean tomadas de manera individual, “con libertad de criterio o juicio e independencia” sin estar coaccionado por terceros tanto dentro como fuera del Consejo, como pueden ser accionistas u otros *stakeholders* con los que existan relaciones personales u otros intereses. Este principio

---

<sup>72</sup> JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 227. Deber de lealtad” en Comentarios de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 371.

<sup>73</sup> JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 227. Deber de lealtad”..., *cit.*, p. 374-375.

supone uno de los pilares de un buen gobierno corporativo. Por ello, su inclusión de manera expresa en la Ley está dotada de coherencia en base a los fines de la reforma.

También se enumera con carácter preventivo y de manera separada el deber de evitar situaciones de conflicto de interés entre los intereses personales y sociales. En particular, a no llevar a cabo por parte del administrador transacciones con la sociedad (entendidas estas en un sentido amplio como todo negocio jurídico), excepto si se cumplen dos condiciones. La primera, si se trata de operaciones ordinarias, es decir, operaciones derivadas de la actividad normal societaria y sujetas a las mismas condiciones que para los clientes. Segunda, que tengan escasa relevancia, que como bien recoge la norma, se refleja en términos patrimoniales al no requerirse dicha información para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

Tampoco hacer uso del cargo como aval o respaldo con el fin de obtener operaciones con terceros para beneficio personal ni hacer uso de activos (tangibles e intangibles) con fines privados. Un ejemplo común es el empleo de información privilegiada para llevar operaciones en beneficio propio. Este tipo de regulación se encuentra también en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como es la Ley de Mercado de Valores donde queda definido el concepto de información privilegiada y el uso que se debe hacer de ella<sup>74</sup>.

Otros deberes explícitos son no aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, la recepción de regalos o prestaciones de terceros (teniendo este la obligación de rechazarlas, excepto aquellas que sean de mera cortesía y sean proporcionales al caso concreto) y finalmente, no llevar a cabo competencia desleal, regla presente siempre en la legislación societaria y de manera reiterada en la jurisprudencia.

---

<sup>74</sup> Artículo 80 y ss. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores.

Además, todo tercero, tanto persona física o jurídica (como puede ser un grupo societario) vinculado con el administrador que lleve a cabo estas actividades contrarias al deber de lealtad no quedará exonerado de responsabilidad.

Por último, el deber de informar de cualquier situación de conflicto y recogerse en la memoria anual para asegurar una mayor transparencia.

### ***3.2.1.2 Régimen de Imperatividad y Dispensa***

La inclusión del artículo 230 LSC ha supuesto una novedad tras la reforma. En él se acentúa el carácter imperativo de este deber así como el régimen de responsabilidad en caso de incumplimiento, no pudiendo verse alterado mediante estatutos, acuerdos parasociales o normativa reglamentaria en el caso de las sociedades cotizadas. Además, esta imperatividad muestra en sentido contrario, la no aplicabilidad del régimen flexible de otros deberes como el de diligencia, anteriormente expuesto<sup>75</sup>.

Esto es compatible, a su vez, con su segundo apartado que establece una dispensa a dichas prohibiciones tanto a un administrador como a persona vinculada a este. Pues, el hecho de que la sociedad permita un determinado acto por entenderse que no va a ser contrario al interés de ésta, no implica una derogación del deber de lealtad. Cabe recalcar que será de carácter especial, solo para casos específicos y cuyo objeto serán las prohibiciones establecidas en el artículo 229.1 LSC. En el caso de la prohibición referente a ejercer actividades que supongan competencia efectiva<sup>76</sup>, solo quedará dispensada si no supone ningún daño en sentido amplio o en caso de que se produzca, los beneficios posteriores sufragaran los daños iniciales.

---

<sup>75</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, *cit.* p. 911.

<sup>76</sup> Art. 229.1f) LSC.

Por último, es importante mencionar la existencia de revocar dicha dispensa. Cualquier socio tiene derecho a plantear el cese de aquel administrador que obtuvo la dispensa anteriormente mencionada pero que en este momento el ejercicio de la determinada actividad en conflicto supone un riesgo relevante para la sociedad. Supone, por tanto, un derecho de minoría, pudiendo ser alegado por cualquier socio que demuestre ese riesgo en un sentido amplio (como por ejemplo, pérdida de contratos, trabajadores, dispensa cuestionada por inversores, etc). Además, se trata de un caso específico de cese de administradores, distinto del general y del especial referente a administradores con intereses contrapuestos a la sociedad<sup>77</sup>, que no tiene que encontrarse en el orden del día. Igualmente, la Ley deja establecido de manera clara en estos casos la no existencia del derecho de voto por parte del administrador dispensado respecto su cese<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Art. 223 y 224.2 LSC respectivamente.

<sup>78</sup> DÍAZ MORENO, A.: “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)” en *La ley de reforma de la LSC, Análisis GA&P*, Diciembre, 2014. Esto se recoge en el artículo 190.1e) LSC: “El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230”.

#### **4. RESPONSABILIDAD ORDINARIA DE LOS ADMINISTRADORES. PRESUPUESTOS Y EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD.**

El régimen ordinario o de gestión de responsabilidad, se recoge en el artículo 236 LSC y regula la acción social, la cual está basada en el daño causado por el administrador en el ejercicio de sus funciones. Es de gran utilidad para concretar el deber de diligencia del administrador, que como se ha analizado anteriormente tiene un carácter abierto e indeterminado.

Sin embargo, se entiende que no es necesaria la precisión que se ha incluido a través de la reforma, de la exigencia de dolo o culpa en el incumplimiento de los deberes como administrador. De esta manera, se produce un retroceso en la legislación ya que se vuelve a una situación similar a la de la LSA de 1951, donde se exigía abuso de facultades, dolo o negligencia grave. Se requiere por tanto, probar no solo el incumplimiento de alguno de los deberes, la existencia de daño (emergente o de lucro cesante) y la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento sino también la imputación de dolo o culpa. Entendemos que este requisito en vez de facilitar, obstaculiza el ejercicio de la acción de responsabilidad, ya que probar la intención de perjudicar por parte del administrador entraña gran dificultad al encontrarse la prueba en el fuero interno de la persona o en el reconocimiento expreso por parte de la misma.

Para contrarrestar de manera parcial este efecto, se establece la presunción *iuris tantum* de culpabilidad siempre que la acción sea contraria a la Ley o estatutos. La distinción que se hace, entre lo recogido en la ley y estatutos frente a las conductas antijurídicas del incumplimiento de los deberes –que también tienen su fundamento en ley y estatutos-, se debe a que solo estarán sujetas a dicha presunción, las obligaciones de resultado. De esta manera, recae en el administrador la obligación de demostrar la ausencia de culpa en esos casos, no pudiendo exigir a la sociedad la prueba de violación de sus deberes como el de secreto o la percepción de retribuciones de terceros. Por ello, sigue existiendo la dificultad anteriormente mencionada, al seguir recayendo en el ejercitante de la acción social, la carga

de la prueba en las obligaciones de medios (las cuales, casualmente, suponen el eje de las funciones de los administradores).

Por otra parte, la no exoneración de responsabilidad del administrador por aquellos actos lesivos adoptados, autorizados o ratificados por la Junta (recogidos también en este artículo) tiene dos grandes implicaciones<sup>79</sup>. La primera es el carácter vinculante de las instrucciones no lesivas de la Junta, que deberán ser ejecutados por el administrador aún sin considerarlos los más oportunos, limitando así la discrecionalidad del mismo. La segunda, la situación paradójica en la que se encuentra el administrador cuando al no deber ejecutar un acto contrario a la ley ordenado por la Junta, pueda estar sometido a la dimisión o el cese solicitado por aquellos que dictaron la orden no ejecutada.

Por último, una modificación con fines aclaratorios ha sido establecer que las acciones de responsabilidad tanto individuales como sociales, prescribirán en un plazo de 4 años a contar desde el día en que hubiera[n] podido ejercitarse<sup>80</sup>.

#### **4.1. Extensión de la responsabilidad social a los administradores de hecho.**

Una de las importantes novedades tras la reforma ha sido la ampliación de la responsabilidad a los administradores de hecho. Aunque ya se venía aplicando por los jueces, de esta manera queda plasmado en la ley lo que tanto doctrina como jurisprudencia habían venido concretando<sup>81</sup>.

El administrador de hecho, queda definido en el artículo como *“tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título,*

---

<sup>79</sup> JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad” ..., *cit.*, p. 452.

<sup>80</sup> Artículo 241 bis LSC

<sup>81</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre 721/2012 delimita así este concepto antes de la inclusión del mismo en la ley: *“quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades [...]”*.

*las funciones propias de administrador (denominados administradores aparentes), como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad (administradores ocultos)”.*

Sin embargo, no se hace alusión al requisito de habitualidad o regularidad en ejercicio de la actividad por parte del sujeto, que doctrina y jurisprudencia consideran vital para poderle imputar responsabilidad. De todos modos, esta omisión legal, no puede utilizarse para considerar de manera automática como administrador de hecho a sujetos vinculados al Consejo, como puede ser la sociedad matriz o el socio de control<sup>82</sup>. Como consecuencia, un aspecto negativo de ello es que, aunque una decisión ocasional de un sujeto ajeno a los administradores de derecho haya tenido efectos devastadores para el interés social, no se le podrá considerar como administrador de hecho e imputarle responsabilidad<sup>83</sup>.

Por otra parte, es importante aclarar que el apoderado, no queda incluido en este concepto salvo que se haga un uso fraudulento de sus facultades. De esta manera, haciendo alusión a la jurisprudencia<sup>84</sup>, siempre que un apoderado actúe regularmente por mandato de los administradores, no será equiparado a un administrador de hecho. Solo cuando bien, se nombra administrador a persona insolvente para derivar en ellas la responsabilidad y apoderado a aquella que asume la verdadera gestión y control, o bien, cuando el administrador formal carece de funciones efectivas y es el apoderado quien lleva a cabo la administración *de facto*.

Además, no solo se limita esta figura a personas en el seno de la sociedad. También, terceros como entidades bancarias acreedoras o franquiciadores siempre que cumplan con los

---

<sup>82</sup> JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”..., *cit.* , p. 456.

<sup>83</sup> PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del administrador...*, *cit.*, p. 233.

<sup>84</sup> JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”..., *cit.* , p. 455.

requisitos mencionados, también podrán considerarse como “*shadow directors*” de acuerdo a la terminología anglosajona.

Este artículo también dota de responsabilidad al Director General por la administración de la sociedad en caso de que la sociedad se encuentre organizada por un consejo de administración y éste no haya delegado sus facultades a uno o varios Consejeros Delegados. En ausencia de el primero, será responsable quien tenga facultades de más alta dirección de la sociedad, ya que se presume que el encargado de la gestión diaria, debe asumir responsabilidad en ausencia de administrador<sup>85</sup>.

Todo ello, no exonera de responsabilidad a los administradores de derecho, quienes serán responsables solidarios<sup>86</sup> por una administración sin la diligencia debida que exigida ni cumpliendo con el deber de actuar con “independencia de juicio y desvinculación de instrucciones de terceros”, concreción del deber de lealtad<sup>87</sup>.

El único problema, a efectos prácticos, con el que nos enfrentamos aquí es la acreditación por parte del demandante de la efectiva administración llevada a cabo por un sujeto distinto del administrador.

---

<sup>85</sup> JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”..., cit. , p. 458-459.

<sup>86</sup> Artículo 237 LSC.

<sup>87</sup> Artículo 228 d) LSC.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Debido al carácter abierto de la actividad gestora de una sociedad, es difícil y en ocasiones, poco recomendable, la fijación de los deberes de los administradores de manera taxativa. Específicamente en el deber de diligencia, a la hora de establecer unas reglas para cada actividad gestora y la exigencia de determinados conocimientos técnicos para su ejercicio. Por ello, el objeto social, las funciones atribuidas y la naturaleza del cargo suelen ser aspectos utilizados para modular el cumplimiento de este deber.

Sin embargo, a través del requisito para el administrador de llevar a cabo la diligencia de un ordenado empresario junto con una dedicación adecuada, se introduce la profesionalización del cargo de administrador. Aun así, al interpretarse como la obligación de una actuación prudente y de poseer unos conocimientos técnicos que permitan valorar la información recibida, se entiende que esta exigencia no es suficiente y se debe continuar profundizando y precisando aún más. Esta importancia se debe a que, a través de la profesionalización se ayudaría a evitar un mal gobierno en las sociedades. Entre otras cosas, la figura de testafierros desaparecería, pues nadie estaría interesado de ser inhabilitado de su profesión en caso de concurso culpable; aseguraría un cumplimiento diligente y leal, reduciendo los daños causados al patrimonio social y de terceros (que en ocasiones no es cubierto íntegramente por falta de patrimonio); y se acercaría a otras profesiones, donde una *lex artis* es exigida.

Por otra parte, la inclusión del *business judgement rule* a este deber, supone también un avance. Se asimila a la legislación de otros Estados -como Alemania- y se dota de seguridad jurídica a las decisiones de los administradores, flexibilizando su toma de decisiones que entrañan un determinado riesgo o se enmarcan en cierta situación de incertidumbre.

No obstante, es dudosa la elección por parte del legislador del término “decisiones estratégicas y de negocio” para determinar el objeto de esta regla, pues al no haber sido empleada comúnmente en el ordenamiento jurídico español y no estar definida, puede derivar en problemas de aplicación de la norma.

**SEGUNDA.** A través de la reforma, se asevera el régimen de lealtad. Primero, al incluir la imperatividad del régimen y responsabilidad asociada. Segundo, se amplía el contenido obligacional en caso de incumplimiento. Ambas modificaciones, se encuentran encaminadas a una mejora en el gobierno corporativo de las sociedades españolas, pues siempre una mayor concreción en aspectos tan importantes como son los deberes de los administradores, ayudan a asegurar una mejor toma de decisiones del Consejo.

Respecto a la infracción de este deber, cabe resaltar la mención expresa que se hace en la Ley, de no solo exigir la obligación de indemnizar el daño producido al patrimonio de la sociedad – aplicable también al deber de lealtad- sino también se ha añadido la exigencia de devolver a la misma el enriquecimiento injusto por parte del administrador.

**TERCERA.** Por último, a través del artículo 236 LSC que regula el régimen de responsabilidad social de los administradores en el ejercicio de su cargo, se hace una inclusión de los administradores de hecho en dicha responsabilidad, quedando plasmado legalmente lo aplicado por jurisprudencia y doctrina hasta el momento.

Por otra parte, aunque en este precepto se haga omisión a la exigencia de habitualidad del ejercicio de la actividad de administrador, no exime que sea requisito necesario para su aplicación. Esto, tiene como desventaja, la imposibilidad de imputar responsabilidad a un administrador *de facto*, que con un sola decisión, genere un fuerte daño en el patrimonio social.

Además, se incluye la presunción *iuris tantum* de culpabilidad cuando la acción sea contraria a leyes y estatutos, entendidas estas como obligaciones de resultado. Sin embargo, se entiende que se produce un retroceso en el desarrollo del gobierno corporativo al incluir la exigencia de dolo o culpa para probar la existencia de responsabilidad en el resto de casos (obligaciones de medios). Esto se debe, a que el núcleo del ejercicio del cargo de administrador está formado por este tipo de obligaciones y, por ello, se obstaculiza, el

ejercicio de la acción de responsabilidad ordinaria al entrañar una gran dificultad el hecho de probar la existencia de este requisito.

## BIBLIOGRAFÍA

### OBRAS DOCTRINALES

ALFARO, J.: “Artículo 225. Deber general de diligencia” en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/14), Sociedades no cotizadas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 313-324.

ALLEGRI, V.: *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milán, 1979.

ALONSO ESPINOSA, F.J.: *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Pamplona, 2006.

ALONSO LEDESMA, C.: “El papel de la Junta general en el gobierno corporativo” en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 615 y ss.

CONDE VIÑUELAS, V. y León Sanz, F.J.: “Nota Informativa sobre la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”. *Nota Informativa Departamento de Corporate Pérez LLorca*, diciembre 2014.

DELLACASA, M.: “Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l’attività di gestione degli amministratori” en *Contratto e Impresa*, 1999, p. 209-233.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2006.

DÍAZ MORENO, A.: “Deber de lealtad y conflictos de interés (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)” en *La ley de reforma de la LSC, Análisis GA&P*, Diciembre, 2014.

GARCÍA VILLARUBIA BERNABÉ, M.: “El deber de lealtad de los administradores. La acción de nulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad” en *Las infracciones al deber de lealtad, El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, n.º 35, 2015.

GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, I y II*, 3ª edición, revisada por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, 1976.

GUERRERO TREVIJANO, C.: *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación del Business Judgment Rule al ordenamiento español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

HILB, M.: *New Corporate Governance. Successful Boards Management Tools*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012.

HUSE, M.: “Internal and External Actors” en *Boards, Governance and Value Creation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 12-32.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: “La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencias para el régimen de la junta general” en AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 21-31.

JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 227. Deber de lealtad” en *Comentarios de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 361-375.

JUSTE MENCÍA, J.: “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad” en *Comentarios de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 443-462.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 2003.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, T.: “Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de régimen de gobierno de las sociedades no cotizadas”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 75, Madrid, 2015.

PRADES CUTILLAS, D.: *La responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital en la jurisprudencia del TS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RIBAS FERRER, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, 2010

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 4ª edición, Pamplona, 1998.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 894- 917.

VÁZQUEZ OTEO, O.: “Factores que influyen en la calidad y cantidad de Responsabilidad Social en las empresas españolas. Estudio de caso de las empresas del Ibex 35”, CIRIEC-España, revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 85, 2015.

VIVES RUIZ, F.: “Sentido de la propuesta de reforma en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo” en AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 45-62.

ZARZALEJOS TOLEDANO, I.: “La reforma de la ley de sociedades de capital” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 37, 2014, pp. 77-88.

## **LEGISLACIÓN**

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

Código Civil italiano (Codice Civile).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo.

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.

Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre 721/2012 (RJ 2013\2405).

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril 400/2007 (RJ 2007\2410).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo 186/2006 (RJ 2006\5700).

Sentencia del Tribunal de Milán de 26 de junio de 1989, Caso *La Centrale*.