



FACULTAD DE DERECHO

**LÍMITES EN LA ACCIÓN DEL
ADMINISTRADOR ÚNICO EN UNA
SOCIEDAD DONDE ES ACCIONISTA Y HAY
CONFLICTO ACCIONARIAL**

Autor: Sofía Consuelo Rubiales Villegas

5º E3 D

Área de Derecho Mercantil

Tutor: Abel B. Veiga Copo

Madrid
Abril 2018

RESUMEN

Este trabajo estudia los deberes y derechos de los órganos de las sociedades de capital. El órgano de administración y la junta general son dos órganos esenciales en el gobierno de una sociedad. Cada uno de ellos tiene un ámbito competencial autónomo, con unos deberes y unos derechos. El órgano de administración tiene encomendada la gestión y representación de la sociedad, y son dos máximas las que tienen que regir su comportamiento, esto es, han de actuar bajo el estándar de un ordenado empresario y un representante leal. Por su parte, los socios se organizan en la junta general que es el órgano soberano de la sociedad y funciona bajo el principio mayoritario. El interés social ha de regir la actuación de ambos órganos. Sin embargo, mientras que el administrador actúa en representación de un interés ajeno no siempre sucede lo mismo con el socio donde suele haber una mayor convergencia entre su interés personal y el interés social, pues es el interés personal de varios socios en que se concreta en una finalidad común, y este es el interés de la sociedad.

Palabras clave: Órgano de administración, deber de diligencia, deber de lealtad, protección de la discrecionalidad empresarial, conflicto de interés, socio-administrador, socio minoritario.

ABSTRACT

This paper studies the duties and rights of the corporate bodies of capital companies. The administrators and the general meeting are two essential organs in the governance of a society. Each of them has an autonomous area of competence, with some duties and rights. The management body is entrusted with the management and representation of society, that are the two maxims that must govern their behaviour, that is, they must act under the standard of an orderly businessman and a loyal representative. On the other hand, the shareholders are organized in the general meeting that is the sovereign organ of the society and works under the majority principle. The social interest must govern the performance of both bodies. However, while the administrator acts on behalf of someone else's interest, it is not always the same with the partner where there is usually a greater convergence between their personal interest and the social interest, since it is the personal interest of several partners in which it is specified in a common purpose, and this is the interest of society.

Keywords: Administrators, duty of care, duty of loyalty, business judgment rule, conflicts of interest, administrator partner, minority partner.

ÍNDICE

| | |
|--|---------------|
| 1. INTRODUCCIÓN | - 4 - |
| 2. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN..... | - 6 - |
| 2.1 Deberes de los administradores..... | - 9 - |
| 2.1.1. Deber de diligencia..... | - 13 - |
| 2.1.2. Protección de la discrecionalidad empresarial | - 23 - |
| 2.1.3. Deber de lealtad | - 29 - |
| 3. LOS SOCIOS | - 41 - |
| 3.1 Los derechos del socio | - 41 - |
| 3.2 Competencias del socio en la junta general en asuntos de gestión..... | - 42 - |
| 3.3 Derechos de la minoría..... | - 43 - |
| 3.4 La figura del socio-administrador en la junta general..... | - 45 - |
| 4. CONCLUSIÓN | - 50 - |
| 5. BIBLIOGRAFÍA | - 53 - |

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CCo: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

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.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Todo sistema de gobierno corporativo está integrado por un conjunto heterogéneo de instrumentos de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo, los administradores y, en su caso, el grupo de control) y los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios).¹

Se pueden distinguir dos órganos con un ámbito competencial autónomo dentro del gobierno de una sociedad: el órgano de administración y la junta general. A cada órgano la Ley le otorga una serie de competencias que permiten el correcto funcionamiento de una sociedad en el tráfico mercantil. Así, se permite que los socios con una finalidad común actúen por medio de una persona jurídica para desarrollar un objeto social. Una vez creada la sociedad, mediante un contrato social, se crea una persona jurídica independiente de sus socios. Esta persona jurídica está constituida por una serie de órganos que permiten a ésta actuar.

Estos órganos son el órgano de administración y la junta general. Son dos órganos independientes y diferenciados con competencias distintas. El primero se dedica a la gestión y representación de la sociedad, mientras que el segundo es el propietario del capital. Una diferencia importante entre ambos es el interés de cada uno en la sociedad. Los administradores son gestores de intereses ajenos, mientras que los socios tienen un interés personal que han plasmado en un contrato social, creando el interés social. No obstante, no siempre interés social y el interés personal de los socios coinciden.

No es de extrañar en la organización que tienen las sociedades de capital en España que en una misma persona física coincidan la persona del administrador y del socio único o socio mayoritario. Considerando que cómo órgano los intereses son distintos, en ocasiones es muy complicado delimitar los límites de actuación de uno y otro, y diferenciar el interés social del personal del administrador.

¹ Cfr. PAZ-ARES, “Anatomía del deber de lealtad”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, pp. 43-65, p.43, nº 39

Son dos órganos diferenciados, y nuestro Derecho de sociedades debido a ello los trata de forma diferenciada, a pesar de que en ocasiones coincida en la misma persona. Puesto que las competencias de uno y otro son distintas, la regulación diferencia los derechos, deberes y obligaciones de uno y otro.

El problema común que se encuentra en estos casos, es la desprotección de los intereses de los socios minoritarios, que como propietarios de una pequeña parte del capital pueden estar sometidos al abuso de los mayoritarios. Adicionalmente, este abuso será mayor si en la misma persona coincide el administrador y el socio mayoritario.

El estudio de ambos órganos también merece ser separado, y es por ello, que la estructura de este trabajo de investigación será la siguiente. En un primer lugar, se analizarán los deberes de los administradores, es decir, el deber de diligencia y el deber de lealtad. Deberes que tienen su origen en normativa anterior a la actual Ley de Sociedades de Capital, y que han sido regulados bajo el estándar de ordenado empresario y representante leal. En un segundo lugar, se analizará la junta general como órgano soberano de una sociedad. Pero debido a la amplitud del tema de estudio, analizaremos de una manera meramente enunciativa e introductoria las competencias del socio en la junta general en asuntos de gestión y los derechos de la minoría. Por último, acabaremos analizando en un supuesto concreto la figura del socio-administrador en la junta general.

2. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El Título VI de la LSC regula la administración de la sociedad estableciendo en las disposiciones generales, en el Capítulo I, que es competencia de los administradores la gestión y representación de la sociedad.

El órgano de administración puede ser definido como órgano ejecutivo y representativo de la sociedad, cuyas funciones son, principalmente, la gestión ordinaria de la sociedad y la representación de la misma frente a terceros. Órgano necesario y permanente. Es un órgano separado de la junta de accionistas y que no puede ser suplido por ésta en caso de vacante del órgano de administración. Ejecutará los acuerdos o decisiones de la junta general o del socio único, respectivamente. El órgano de administración está sometido a la voluntad y control de la junta general, tal y como establece la LSC.²

Corresponde al órgano de administración de una sociedad la gestión de la sociedad porque es necesaria para el desarrollo del objeto social. Los administradores, para la consecución de este fin social, han sido dotados de un ámbito de competencia general, englobando todos aquellos actos que no corresponden a otros órganos de la sociedad. Además, el órgano de administración tiene un ámbito competencial autónomo respecto a los demás órganos sociales, tiene una competencia exclusiva en los actos de gestión de la sociedad. Los administradores ejercen estas funciones exclusivas bajo su responsabilidad, dejando sin efectos *ad extra* los acuerdos de la junta general, que sólo tendrán eficacia *ad intra*. La primera de las direcciones de la actuación del administrador va dirigida al desarrollo del objeto social, lo que conlleva la titularidad de la representación social. Esta dirección se concreta en que los administradores han de cuidar de la gestión social, y, por tanto, los actos que tienen influencia en el patrimonio social. Por ello, el patrimonio de la sociedad es objeto de la administración. La segunda de las direcciones de la actividad del órgano de administración es la referida a la organización de la vida de la sociedad en cuanto a funcionamiento de la misma y respeto de los derechos individuales de los socios.³

Dentro del autoorganismo que las propias normas societarias establecen de un modo más limitado o amplio, nuestra LSC enumera las cuatro posibles modalidades que tiene una sociedad de organizarse, siendo estas las únicas posibilidades entre las que una sociedad

² SÁNCHEZ CALERO, “De los administradores de la sociedad”, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005, pp. 37-54, pp. 37-44

³ SÁNCHEZ CALERO, “De los administradores de la sociedad”, cit., pp. 41-45

debe elegir y establecer en sus estatutos sociales. Son: administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores mancomunados y Consejo de administración.

Se ha pasado de una relación de mandato entre el administrador y la sociedad a un órgano social, donde, los administradores, por el simple hecho de su designación y de la aceptación del nombramiento, vienen a ocupar dentro de la estructura social una posición orgánica con un contenido funcional mínimo e inderogable. Su naturaleza de órgano social implica que los propios actos realizados por las personas que en cada momento lo integren han de imputarse directamente a la sociedad.⁴ La teoría orgánica defiende que en una sociedad cada órgano es independiente y autónomo, sin haber una relación de jerarquía entre los órganos sociales. Cada órgano social tiene soberanía dentro de sus facultades o competencias.⁵

El origen de una sociedad se encuentra en un negocio jurídico constitutivo que refleja la unión voluntaria de personas. Es un contrato con una doble eficacia: obligatoria y organizativa. Como contrato obligatorio es justificado jurídicamente en la realización de un fin común y no en la idea de la reciprocidad de las relaciones sinalagmáticas. Se derivan de esta condición de contrato obligatorio una serie de derechos y obligaciones que se desprenden de la condición de socio, donde cabe destacar la obligación de administrar o las obligaciones derivadas del deber de fidelidad o de lealtad, y los derechos relativos a la gestión y el control, como el derecho de administrar o el derecho de información. Como contrato de organización, unifica el grupo y permite a la sociedad tener relaciones externas. Así la sociedad adquiere personalidad jurídica con capacidad de obrar unitariamente y con una autonomía respecto del patrimonio de los socios. La sociedad interna será aquella que despliega exclusivamente una eficacia obligatoria, reduciéndose a una relación obligatorias. La sociedad externa será la que responde al modelo legal, con personificación jurídica, la que es sujeto de derecho y se rige por el Derecho especial de la persona jurídica. En estas sociedades externas que tienen su origen en el contrato de la sociedad se encuentran las dos vertientes: obligatoria y organizativa.

⁴ Cfr. URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Sociedad Anónima: Órganos sociales. Los administradores”, *Curso de Derecho Mercantil*, [APARICIO (Coord.)], I, Madrid, 2006, pp. 957-995, p.956 y PAZ-ARES, “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, *Curso de Derecho Mercantil*, [APARICIO (Coord.)], I, Madrid, 2006, pp. 469-501, pp. 475 y ss

⁵ ARROYO, “Reflexiones en torno al interés social”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1845- 1858, p. 1854 y PAZ-ARES, “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, cit., pp. 475 y ss

Los derechos y obligaciones que derivan del contrato social dan lugar a relaciones obligatorias entre la sociedad y los socios, y con ocasiones a relaciones obligatorias directamente entre los socios. De esta última relación nace la *actio pro socio* que se encuentra generalmente suprimida por la eficacia organizativa, que es la que da lugar a la personalidad jurídica y tiene una función subsidiaria.⁶

La elección de administrador de una sociedad se realiza considerando la persona que es nombrada, es un nombramiento que se hace *intuitu personae*. Esto quiere decir, que el administrador debe ser considerado para el puesto y nombrado como administrador por sus características, conocimientos y capacidades.⁷ Pero cabe cuestionar si realmente en la práctica es así. Por lo que la realidad dista en ocasiones del mero desiderátum. No sería de extrañar el administrador nombrado en función del cargo que ostenta en la compañía, como puede ser el empresario o director general que es nombrado administrador. El director general como tal puede tener poderes para actuar en nombre de la sociedad, pero su responsabilidad es principalmente en el ámbito estratégico y gestión de la sociedad *ad intra*. Puede que por razón del cargo se le nombre también administrador, pero no en función de sus características personales como debería ser. Además, la Ley no establece exigencias mínimas para poder acceder al cargo, sino que se limita a establecer las incompatibilidades. Cabe cuestionar este nombramiento también cuando se limita en los estatutos que para ser administrador es necesario ser socio, puesto que prima la condición de socio sobre las características y cualidades personales del posible administrador. También, sería cuestionable en los casos en los que, en el Consejo de administración, uno de los administradores es nombrado por los socios minoritarios que suelen elegir y proponer al administrador que va a ser nombrado en función del interés que el mismo tenga en la defensa de los intereses de los socios minoritarios y no en la defensa del interés social.

⁶ PAZ-ARES, “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, cit., pp. 475 y ss

⁷ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 313-324, p.316 y ss

2.1 Deberes de los administradores

En el Capítulo III del Título VI se regulan los deberes de los administradores. Son tres los deberes fiduciarios del administrador de los que se derivan el resto de actuaciones. Los administradores deben actuar con diligencia (artículo 225 de la LSC) y lealtad (artículo 227 de la LSC). En la LSC también se regula la protección de la discrecionalidad empresarial (artículo 226 de la LSC). Estas son las dos máximas que deben regir el comportamiento de los administradores en la sociedad y han sido reguladas con la LSC, es decir, desde la LSA se ha reforzado el régimen de responsabilidad de los administradores.

Deben actuar con diligencia y lealtad frente a la sociedad, entendiendo que deben actuar como las partes del contrato social hubieren previsto en el mismo y hubieran formulado adecuadamente, es decir, como razonablemente se hubieren adoptado en el contrato.⁸ El régimen de responsabilidad al que quedan sometidos los administradores está dirigido principalmente para resarcir a la sociedad los daños patrimoniales que la infracción dolosa o negligente de los administradores haya causada a la misma, o en su caso, a determinados socios o terceros.⁹

En la LSA, precedente a la actual LSC, el artículo 127 recogía el deber de diligente administración estableciendo que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

El estándar del “ordenado empresario” se traduce en la imposición de un deber de diligencia o de cuidado a los administradores, que deben desempeñar el cargo con dedicación y profesionalidad al objeto de contribuir así al éxito económico de la sociedad. Y, el estándar del “representante leal”, en cambio, se materializa en un deber de lealtad o de fidelidad de los administradores, que están obligados a anteponer en todo momento los intereses de los accionistas a los suyos propios.¹⁰ En la LSA se recogía cómo han de desempeñar el cargo los administradores estableciendo estas dos características. (*Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.*)

⁸ PAZ-ARES, “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, cit., p. 483

⁹ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pp. 981

¹⁰ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pp. 958 y ss.

Para determinar el alcance de las exigencias del ordenado empresario que la LSA aludía en su artículo 127 sobre el ejercicio del cargo del administrador, hay que analizar la figura de empresario o comerciante. Comerciante o empresario y administrador no es lo mismo, pero se asimilan sus funciones puesto que se le exigen condiciones similares. Los artículos 281 y siguientes del CCo regulan la figura del mandato mercantil, del comerciante y la relación jurídica que se establece entre el mandatario y el mandante no es la misma que se establece entre administrador y sociedad. En la antigua LSA se exigía que el administrador tuviera capacidad y que esté en condiciones para ejercer el comercio y, además, que en el ejercicio de su cargo despliegue la diligencia de un ordenado empresario. Se refiere la ley al término empresario para que el administrador cuide la gestión social ya que actúa en nombre y representación de la sociedad, ya que al menos socialmente, el administrador es empresario. Adicionalmente, la actividad gestora del empresario tiene que ser ordenada, es decir, ha de aplicarse a aquellos actos que conforman una regular y prudente buena administración-gestión.¹¹ Esta regular y prudente buena administración tiene su origen en el artículo derogado 887 del Código de Comercio¹². En la actual Ley Concursal se encuentra recogido en el Capítulo I del Título VI, “De la calificación del concurso”. En estos artículos se recogen supuestos en los que se presume la culpabilidad de los administradores admitiendo prueba en contrario y supuestos que en todo caso son culpables. Se establecen actuaciones que deben llevar a cabo los administradores para entender una ordenada y prudente buena administración-gestión. Anteriormente, hemos visto que el patrimonio de la sociedad es objeto de la administración, y es por ello que se hace referencia aquí a la Ley Concursal que regula una situación en la que un deudor ha llegado a una situación de insolvencia. Si el comportamiento se realiza con dolo o culpa hay que atender al Derecho concursal, que mide esta ordenación prudente del administrador que tiene encomendado la gestión del patrimonio de la sociedad como la principal dirección de actuación.

Seguida de la expresión de ordenado empresario, la LSA establece que también se ha de ejercer el cargo como un representante leal. Estamos ante otro concepto jurídico

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005, pp. 161-206, pp. 169 y 170

¹² Artículo 887 CCo (derogado): “Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas”

indeterminado. Con representante leal el legislador quiere expresar que el administrador gestiona intereses ajenos, los de la sociedad y ha de interponer el interés social al interés personal.

La LSC divide este artículo en dos deberes que tienen una regulación propia, en distintos artículos, y son los deberes de diligencia y de lealtad. La LSC sigue incluyendo las expresiones de ordenado empresario y representante leal, pero en lugar de enmarcarlo en un único artículo lo divide en los dos deberes fiduciarios del administrador.

Distinguimos entre un deber general de diligencia, dentro del cual se encuentra la protección de la discrecionalidad empresarial, y un deber de lealtad, todo ello englobado dentro del deber general de buena fe. Estos deberes de los administradores se aplican tanto a los administradores de derecho como lo de hecho, así como a los cargos con labores de gestión en la sociedad.¹³

Se ha llegado a un mismo concepto doctrinal y jurisprudencial, en el ámbito penal y societario de lo que se entiende por administrador de hecho.¹⁴ Es administrador de hecho cualquier persona que conjuntamente por otras o por sí sola, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra.¹⁵ El administrador de hecho es aquel que gestiona la sociedad y desarrolla el objeto social en nombre y representación de la sociedad. Incluye tanto el administrador aparente, como el oculto, como aquel con el cargo viciado de nulidad o caducado.¹⁶

La doctrina distingue entre administrador notorio, que es el administrador que gestiona en el tráfico de la sociedad como administrador, pero sin el título correspondiente, y administrador oculto, que es aquel que no se presenta como administrador, pero domina de manera indirecta la administración de la sociedad. En el primer caso es relevante analizar la protección del tráfico, y en el segundo la seguridad jurídica. Los actos del administrador notorio conservan su validez, pues derivan de una situación objetiva de

¹³ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 613-634, p. 617 y 618

¹⁴ ASTARLOA, “¿Por fin un concepto unívoco de <<administrador de hecho>> en Derecho penal y Derecho societario?”, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 60-67, Extraordinario, p. 60 y ss.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio 816/2006, (FJ 2º), [RJ 2006/7317]

¹⁶ DOMÍNGUEZ, “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1299- 1320, p. 1318

aparición. La actuación diligente se exige al que administra con independencia de la validez de su título, y es por ello que su responsabilidad sigue las reglas generales del administrador de derecho. El administrador oculto genera una mayor problemática porque no se presenta como administrador ante terceros. Suele tomar la condición de director, gerente o apoderado general, o actuar en la sombra, como es el caso de una entidad de financiación que impone a la sociedad las decisiones que han de tomar los administradores por el poder que tiene sobre ella. La responsabilidad es la propia del administrador de derecho.¹⁷

En la práctica se encuentran diversas situaciones que se pueden enmarcar dentro de la tipología de administrador de hecho. Encontramos el administrador designado en junta, pero no inscrito, ante el cual parte de la jurisprudencia¹⁸ entiende que la inscripción no es constitutiva, pero el Tribunal Supremo también ha establecido que el plazo para la prescripción para ejercitar acciones contra el administrador cuenta desde su inscripción. También, el administrador notorio, que es aquel que actúa como administrador sin título facultativo a tal efecto. Dentro de esta tipología encontramos, además, el que actúa externamente con un poder general, pero sin ocultar el carácter de pleno gestor y, el que actúa ocultando el carácter de gestor. En tercer lugar, el socio único que excede las facultades otorgadas por la Ley a la junta, donde en la práctica establecer el límite entre socio y administrador es muy complicado. Lo mismo sucede con los grupos de sociedades. En cuarto lugar, encontramos al administrador del administrador, donde se interponen sociedades con el objetivo de controlar al administrador de la sociedad principal. Por último, el administrador oculto parasitario, el cuál es el más difícil de identificar como administrador de hecho porque es el cliente o proveedor único de la sociedad y obliga a la administración a aceptar las condiciones impuestas por ellos.¹⁹

La norma del artículo 226.1 de la LSC limita el supuesto de hecho de la infracción del deber de diligencia recogido en el artículo 225.1 de la LSC.²⁰ Los deberes de diligencia

¹⁷ PERDICES, “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 de 2001 (RJ 2001, 7489)”, RDS nº 18, 2002, pp. 277-287

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 [LA LEY 20306/2007]

¹⁹ PRADES, “Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas”, Diario La Ley nº 7168, 2009 [LA LEY 11125/2009]

²⁰ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 325-360, p. 327

y de lealtad pesan sobre el administrador frente a la sociedad y no frente a tercero, y se ha de considerar del conjunto del órgano de administración.²¹ Mientras que el deber de diligencia puede por medio de los estatutos sociales limitar la responsabilidad de los administradores sin ser eliminado completamente, el deber de lealtad no puede suprimirse por esta vía.²²

2.1.1. Deber de diligencia

El deber de diligencia del administrador que es definido con idéntico significado al deber de fidelidad se engloba dentro del deber de actuar de buena fe genérico, y consiste en el conjunto de obligaciones del administrador puestas al servicio de la tutela del interés social en el cumplimiento de su prestación gestora.²³

En primer lugar, se establece en la Ley que los administradores deben desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos tanto por las leyes como por los estatutos o normas internas de la sociedad con la diligencia de un ordenado empresario, considerando la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a los administradores. También se incluyen las normas relativas a la especialidad del negocio al que se dedica la sociedad.

Además, tienen que tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas que sean necesarias para la buena dirección y control de la sociedad. Y, tiene el deber y derecho de exigir y recibir por parte de la sociedad la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Los administradores tienen que tomar decisiones en función de los intereses de la sociedad y por ende de los accionistas que expresan esa voluntad social, y no pueden perseguir su propio beneficio.

La Ley marca un estándar al que todo administrador se tiene que acoger, pero es necesario un análisis más exhaustivo y el complemento tanto de la doctrina como de la jurisprudencia con el fin de poder ver las implicaciones del deber de diligencia en la figura del administrador. La LSC regula con cláusulas generales los deberes de los administradores. Como hemos explicado anteriormente el estándar fijado es el de

²¹ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 315

²² ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 324

²³ RIBAS, “Configuración sistemática y contenido del deber de lealtad”, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, LA LEY 3319/2011, Madrid, 2010, p. 15

ordenado empresario y representante leal, pero al ser conceptos jurídicos indeterminados es preciso un complemento jurisprudencial y doctrinal. El deber de diligencia, junto con el de lealtad que posteriormente analizaremos, constituye el contenido más abstracto del contrato del administrador con la sociedad. No son normas imperativas, sino que en cuanto que están establecidos en función del interés social, son dispositivas. No se especifican casos concretos en la LSC, sino que se establece el estándar al que el administrador se tiene que acoger. El deber de diligencia es el estándar al que el administrador se tiene que acoger, donde las normas están a disposición de las partes, la sociedad y el administrador. Ahora bien, se pueden elaborar grupos de casos que condensen los estándares, y en algunos casos se sustituyan estos por reglas imperativas, como por ejemplo el artículo 190 de la LSC, donde se prohíbe, imperativamente, la actuación del administrador, y no se trata de una revisión posterior de la conducta del administrador a los estándares marcados por la LSC, a actuar como un ordenado empresario.²⁴

El deber de diligencia es un estándar de conducta, es una forma en la que se espera que el administrador se ocupe de sus cometidos, mientras que la responsabilidad derivada por la infracción de este deber es un estándar de revisión que tiene como consecuencias la indemnización a la sociedad, o la abstención del administrador de volver a actuar de ese modo, o la ineficacia del negocio jurídico celebrado. El estándar de conducta se traduciría en la antijuricidad, en la infracción del deber de diligencia, y el estándar de revisión en la culpabilidad, imputar subjetivamente esta infracción debido a una conducta dolosa. Es muy complicado sostener esta imputación subjetiva puesto que se toma como referencia un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, la Ley ha establecido algunos supuestos en los que se presume esta conducta culposa o dolosa, cuando el acto es contrario a la Ley o a los estatutos de la sociedad.²⁵ El estándar de conducta dicta la manera en que una persona debe comportarse y un estándar de revisión es la prueba que aplica un juez cuando revisa la conducta del administrador para determinar la responsabilidad. El estándar de conducta aplicable a los administradores bajo el deber de cuidado, de diligencia, incluye el deber de supervisar, de tomar decisiones prudentes o razonables, el deber de emplear un proceso adecuado para tomar decisiones. La *business judgment rule*, es el estándar de los jueces que se aplica para determinar si un

²⁴ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 316

²⁵ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 319

administrador ha violado su estándar de conducta según lo dictado por el deber de diligencia. La protección de la discrecionalidad empresarial implica que para poder exigir responsabilidad a los administradores que han actuado dentro de un margen de discrecionalidad la negligencia ha debido ser muy grave. Se protegen las normas que no son razonables, siempre que no sean irracionales.²⁶

El deber de diligencia tiene que encuadrarse dentro de una obligación de medios, no de resultados, los administradores tienen que ser valorados en el ejercicio de sus funciones, pero no en función del resultado beneficioso o perjudicial que produce a la sociedad. En sus actuaciones y decisiones el administrador tiene que soportar un riesgo que es inherente al cargo y lo que se le exige es que actúe de manera diligente, considerando su actividad profesional y el carácter empresarial que reviste.²⁷ No podemos olvidar que es un nombramiento hecho *intuitu personae*, por lo que la existencia de negligencia no puede valorarse en comparación con lo que habría hecho un administrador diligente sino con lo que habría hecho el administrador concreto si hubiera adoptado una decisión informada y desinteresadamente.²⁸

Dividiremos el deber de diligencia en dos partes para estudiar los derechos, deberes y facultades que conllevan. El estándar del ordenado empresario que incluye, por un lado, el deber de fidelidad y por otro, el deber de cuidado.

Deber de fidelidad

El deber de fidelidad es una especial obligación de diligencia que concreta la buena fe general, del que se derivan exigencias de carácter general que afectan a la actividad gestora.²⁹ La buena fe general es la referida al modelo previsto en el Código Civil referido con carácter general en el derecho de obligaciones, y que tiene como referente al buen padre de familia, diligencia que se exige del hombre medio, pero al que no se le exige conocimientos de una profesión determinada. El deber de fidelidad concreta esta buena

²⁶ EISENBERG, Corporations and other business organizations, 2005 [non vidi, STOUT, “Corporate directors [and officers] making business judgments in Tennessee: The Business Judgment Rule”, University of Memphis Law Review nº 445, 2013”]

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005, pp.161-206, p. 169

²⁸ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 322

²⁹ RIBAS, “Configuración sistemática y contenido del deber de lealtad”, cit., p. 16

fe general pues se exigirán los conocimientos del ordenado empresario.³⁰ Buena fe en el sentido objetivo, como norma de conducta que exige comportarse según un modelo determinado.³¹ Se exponen a continuación.

a. Deber de administrar en interés social.

Los administradores tienen reservada la actividad de gestión que consiste en desarrollar el objeto y promover el fin social a través del deber de administrar. Está directamente relacionado con el deber de fidelidad del administrador pues es donde reside el contenido de las normas de conducta del administrador, y la primera consecuencia de esto es el deber de administrar en interés de la sociedad.³²

Derivado de ello, el administrador tiene un derecho de oposición a los acuerdos sociales cuando son contrarios a los intereses de la sociedad. El deber de diligencia de los administradores obliga y legitima a no ejecutar los acuerdos de la junta que se entiendan contrarios al interés social, aun cuando estos hubieren sido aprobados por la junta general.³³

Este derecho de oposición de los administradores se ve reflejado en los supuestos en los que los acuerdos de la junta general son impugnables. Se recoge en el artículo 204 de la LSC, que diferencia entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Serán nulos cuando sean contrarios a la Ley. Y, serán anulables cuando sean contrarios al interés social o a los estatutos. Nos centraremos en los acuerdos anulables por ser contrarios al interés social. Se recoge en el apartado 1 del artículo 204 de la LSC que serán impugnables los acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Se establecen, por lo tanto, tres requisitos por la Ley: lesión del interés social, beneficio de uno o varios socios o de terceros, y relación de causalidad entre el acuerdo social y la lesión del interés social, bastando con que sea previsible con seguridad un daño o lesión

³⁰ RIBAS, “Configuración sistemática y contenido del deber de lealtad”, cit., p. 12

³¹ RIBAS, “Los deberes de los administradores”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2011, pp. 1608-1663, p. 1609

³² RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 16

³³ SÁNCHEZ CALERO, “Administradores”, *Comentarios a la LSA*, IV, 1994, p.109 [non vidi, cit. RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, p. 52]

futura³⁴, es decir, daño cierto pero potencial³⁵. En relación al primer requisito, como interés social ha de entenderse según la teoría contractualista que ha sido la acogida por la jurisprudencia, es decir, el interés común de los socios conjuntamente considerados. En cuanto al segundo, beneficio de uno o varios socios o de terceros debe entenderse tanto en el ámbito económico como en el ámbito jurídico, político, social o profesional. Con este requisito se observa que el legislador no sólo ampara el interés social sino todo aquello que no responda a una necesidad razonable de la sociedad que sea en beneficio de unos socios y en perjuicio o detrimento de otros.³⁶ En el caso de las terceras personas no es necesario que tengan relación contractual u orgánica con la sociedad, sino que lo relevante es que se produzca un beneficio ajeno, independientemente del beneficiario. Por último, el tercer requisito, relación de causalidad entre la lesión al interés social y el beneficio de uno o varios socios o de terceros, esto es, que el beneficio sea consecuencia de la lesión al interés social. Cumplidos estos requisitos es necesaria la prueba de los mismos, se exige una cumplida prueba, directa, indirecta o por presunciones.³⁷ En el artículo 206 de la LSC, en su apartado segundo, se establece que los administradores están legitimados para impugnar los acuerdos anulables, que habrán de seguir los trámites regulados del juicio ordinario y las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier administrador puede actuar no entendiéndose necesario por la doctrina que se actúe según la estructura del órgano, y, además, debe ser administrador en el momento en el que se impugna el acuerdo, ya que si no estaríamos ante un tercero con interés legítimo que impugna el acuerdo. Encontramos en este último requisito, la condición de administrador en el momento de impugnar el acuerdo que, en el caso de impugnar acuerdos anulables por ser contrarios al interés social, el tercero con interés legítimo no tiene legitimidad para iniciar la acción de impugnación, ya que la LSC solo establece esta legitimidad para el caso de acuerdos nulos, es decir, aquellos contrarios a la Ley.³⁸

b. Deberes de comunicación: información y consulta

³⁴ VALPUESTA, “Arts. 204 a 208. Impugnación de acuerdos de la junta general”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 542-568, p. 551 y ss

³⁵ ROJO, “La impugnación de acuerdos”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2011, pp. 1434-1481, p. 1442

³⁶ VALPUESTA, “Arts. 204 a 208. Impugnación de acuerdos de la junta general”, cit., p. 551 y ss

³⁷ ROJO, “La impugnación de acuerdos”, cit., p. 1444

³⁸ VALPUESTA, “Arts. 204 a 208. Impugnación de acuerdos de la junta general”, cit., p. 560 y ss

Los deberes de comunicación son esenciales para la coordinación y control de la gestión societaria. Estos deberes tienen dos ángulos a analizar: derecho de información a los socios y deber de consulta al resto de administradores. El deber de información del administrador será analizado dentro del deber de cuidado de éste.

El socio tiene un derecho de información, aunque con ciertos límites, que se encuentra regulado en los artículos 196 y 197 de la LSC. El ordenamiento hace un mayor hincapié en los deberes de comunicación a los socios de los cierres de ejercicios para la aprobación de las cuentas anuales y aprobación de la gestión social, y cuando se produzcan operaciones de cierta envergadura.³⁹

El artículo 196 de la LSC regula el derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada mientras que el 197 hace lo propio para la sociedad anónima. En opinión de parte de la doctrina, es un derecho del socio, un derecho político, que es independiente al voto y vinculado en estos dos artículos de manera exclusiva al socio.⁴⁰ No incluye, por ejemplo, al administrador que no es socio, o personas con permiso de asistencia a la junta. Otra parte de la doctrina, asocia este derecho de información con el derecho de voto, puesto que la finalidad del ejercicio de este derecho por los socios es el ejercicio responsable y adecuado del derecho de voto.⁴¹

Para que el derecho de información de los socios se pueda ejercitar son los administradores los que deben ofrecer las informaciones pertinentes mediante respuesta en la propia junta o mediante la entrega de un informe previamente.⁴²

Por otro lado, los administradores deben comunicar, informar y consultar al resto de administradores para coordinar sus actuaciones y permitir un control que sitúe la gestión social en la misma dirección. Son los deberes de comunicación interna a los demás administradores, de tal manera que la información sirva para el cumplimiento de las funciones de los administradores. La Ley exige que los administradores estén informados

³⁹ RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 17

⁴⁰ VALPUESTA, “Arts. 196 y 197. Derecho de información en las sociedades de capital”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 504-517, p. 506 y 507

⁴¹ GARCÍA-CRUCES, “Derecho de información”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dir.)], I, Madrid, 2011, pp. 1372-1388, p. 1372 y 1373

⁴² GARCÍA-CRUCES, cit., p. 1375

en todo momento de los asuntos sociales y para ello la comunicación entre los administradores es esencial.⁴³ El grado de comunicación exigible varía en función del órgano de administración adoptado por la sociedad. Este deber tiene su fundamento en el Código de Comercio, donde el gestor tiene el deber de consultar al principal cuando sea preciso y relevante por la naturaleza del negocio.⁴⁴

De esta última vertiente, desencadenan los deberes de confidencialidad o secreto, pues no pueden los administradores transmitir información reservada o que conozcan por razón de su cargo que puedan causar daños a la sociedad. Será analizado en el deber de lealtad de los administradores.

Deber de cuidado del administrador

El deber de cuidado del administrador depende de la categoría más general de deberes de fidelidad, a su vez, subconjunto de los deberes de diligencia, cuya ubicación general se encuentra en el deber general de buena fe. El deber de cuidado tiene una aplicación general de las conductas del administrador, con la exclusión de los conflictos de interés, que quedan sujetos al deber de lealtad.⁴⁵

a. Deber de atención

El administrador debe implicarse en la gestión social cumpliendo las funciones que tenga atribuidas con la atención, el empeño y la determinación adecuadas.⁴⁶

Se exige una conducta activa del administrador, una implicación en el cumplimiento de las funciones que tiene el administrador como consecuencia del cargo que ostenta, esto es, el deber de ejercer efectivamente el cargo.⁴⁷

⁴³ CERRATO, “El deber de diligencia de los administradores y la protección de la “discrecionalidad empresarial””, Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo (*Ley 31/2014*), [ARIAS y RECALDE (Coord.)], Madrid, Estudios Mercantiles, nº 3, pp. 75-84, p.78 y 79

⁴⁴ RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 17

⁴⁵ Cfr., RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 18

⁴⁶ RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 18

⁴⁷ URÍA MENÉNDEZ, “Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”, 2015, pp. 7 y 8

La exigencia del deber de atención varía en función de las facultades otorgadas al administrador. Es de especial relevancia en el caso en el que la sociedad se organice como un Consejo de administración. Este deber implica un comportamiento dirigido a un cumplimiento eficaz de la obligación de administrar. Es necesaria una participación activa, que comprende la obtener la información debida en cada caso, la preparación adecuada de las reuniones y un seguimiento constante de los asuntos de su competencia. Además, asistir y participar de manera activa en las decisiones promoviendo las reuniones de carácter extraordinario que sean necesarias, y vigilar el cumplimiento de las decisiones o acuerdos tomados. También, han de estar atentos a los riesgos inherentes al negocio y a cualquier irregularidad en la gestión social y conservación y custodia de los bienes materiales. Se incluye en este deber llevar a término las iniciativas que, sin estar asignadas de una manera expresa, sean propias de sus funciones, como puede ser la oposición a acuerdos tomados que sean contrarios al interés social.⁴⁸

b. Deber de profesionalidad

A pesar de no exigirse la acreditación a los administradores de una cualificación necesaria (salvo en los supuestos tasados en la ley como en los mercados financieros), los administradores si tienen el deber de actuar con la profesionalidad y competencia que requiere el cargo. Es a lo que se refiere primordialmente el artículo 225 de la LSC con la mención al “ordenado empresario”. Por un lado, se encuentran las obligaciones jurídicas (legales, estatutarias y profesionales) y por otro, el deber de actuar con los conocimientos, experiencia y capacidades requeridas. El administrador no podrá alegar desconocimiento o ignorancia en aquello que le es exigible en su condición, se presumirá su competencia profesional.⁴⁹

c. Deber de vigilancia o supervisión

Las facultades que han sido delegadas entran dentro del ámbito de responsabilidad de los administradores, y es por ello necesaria la supervisión de los órganos y personas en quienes los administradores deleguen sus facultades.

⁴⁸ RIBAS, “Los deberes de los administradores”, cit., p. 1614

⁴⁹ RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 19

Los consejeros en su conjunto tienen un deber de cuidado sobre la evolución de los negocios de la sociedad que no se excluye por el hecho de la delegación de funciones.⁵⁰

La función de supervisión está directamente relacionada con el deber de estar informado, y exige a los administradores fiscalizar los sistemas de control internos y estar seguros de que la información recibida por el consejo es la adecuada para desempeñar sus funciones y ha de reaccionar en caso contrario.⁵¹

d. Deber de estar informado y Derecho de información del administrador

Los administradores tienen el deber a exigir la información que consideren necesaria para poder ejercer efectivamente el cargo y tomar las decisiones adecuadas cumpliendo sus funciones. Los administradores tienen el deber de solicitar a la sociedad cuanta información sea necesaria para formarse un criterio razonable.⁵² Esto implica que los administradores tienen el derecho a recibir esta información ya que para que los administradores puedan disponer de información constante, actual, fiable y precisa, tienen que poder conseguir tal información. Esta información es esencial para que el administrador pueda ejercer sus funciones diligentemente y es imprescindible para el buen gobierno de la sociedad.

El acceso a la información tiene un indudable alcance material. Los administradores tienen el deber y el derecho de pedir, recibir y acceder a la documentación, datos y hechos que están relacionados con la actividad de la sociedad para poder ejercer correctamente su cargo y sus funciones. La información puede reclamarse también en relación con singulares operaciones de gestión.⁵³ El nivel de información que hayan de obtener dependerá de la gravedad de la decisión a adoptar y de su urgencia.⁵⁴

⁵⁰ Cfr. RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 20

⁵¹ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 322

⁵² Cfr. RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 20

⁵³ Cfr. URÍA MENÉNDEZ, cit., p. 11

⁵⁴ Cfr. ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 322

En conclusión, el administrador *debe* un comportamiento propio de un empresario ordenado y responde si infringe dicho deber (antijuricidad) y si dicha información le es imputable a título de culpa o dolo.⁵⁵

⁵⁵ ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit., p. 320

2.1.2. Protección de la discrecionalidad empresarial

La protección de la discrecionalidad empresarial es la inclusión de la *Business Judgement Rule* o la regla del juicio empresarial en nuestro Derecho de sociedades, que limita la responsabilidad de los administradores en la gestión empresarial. Esta regla de origen norteamericano limita el control judicial de las decisiones empresariales.⁵⁶ El principal objetivo es evitar que las decisiones empresariales sean cuestionadas en un momento posterior, cuando ya se constatan los resultados desfavorables de la operación, evitando que el juez relacione de manera automática un mal resultado con la infracción del deber de diligencia.⁵⁷

Se regula en el artículo 226 de la LSC. Esta regla implica que el administrador habrá tomado una decisión de forma diligente si ha sido adoptada de buena fe, sin entrar en conflicto de interés, con la información suficiente y mediante el procedimiento adecuado, independientemente del resultado. Se aplica dentro del ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, de las decisiones discrecionales. Aquellas decisiones que no son discrecionales, porque son determinadas o reglamentadas por la Ley, los estatutos o los acuerdos de la junta no entran dentro de esta categoría puesto que el administrador carece de un margen de discrecionalidad sobre el que actuar.⁵⁸ El “espacio de inmunidad” de los administradores sólo se refiere a la responsabilidad por negligencia y nunca a la responsabilidad por deslealtad.⁵⁹

La sociedad debido al ámbito mercantil en el que se desarrolla está sujeta a unos riesgos empresariales que son inherentes al negocio. No se puede exigir al administrador no comportar ninguno de ellos puesto que son necesarios para conseguir el objetivo del negocio, maximizar los beneficios. La asunción de riesgos es un elemento inherente a las decisiones empresariales que se caracterizan por la aleatoriedad de su resultado próspero o adverso.⁶⁰

⁵⁶ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 326

⁵⁷ VERDÚ, “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores”, RLM nº 1, 2015, pp. 102-108, p. 106, nº 24

⁵⁸ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 326

⁵⁹ Cfr. DÍAZ MORENO, “La *business judgment rule* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”, Análisis GA&P, 2014, pp. 1-7, p. 5

⁶⁰ Cfr. VERDÚ, cit., p. 104

Es por ello, como hemos dicho anteriormente, que el deber de diligencia se encuadra dentro de una obligación de medios y no de resultados. Los administradores además tienen que tener un amplio margen para decidir y han de estar incentivados para tomar decisiones que comporten riesgos. Ahora bien, este margen de discrecionalidad tiene que estar limitado por el objeto social, por las órdenes dadas por los órganos sociales, y por la prudencia razonable que el administrador debe mostrar en sus actuaciones. La prudencia se ha de valorar en función de la previsión y la ponderación de los riesgos previa a su actuación, es decir, el administrador debe conocer la situación de la sociedad y los riesgos empresariales que puede entrañar una decisión o actuación, y una vez valoradas las consecuencias de las mismas ha decidido que es beneficioso para el negocio, puesto que los beneficios son superiores a los riesgos que pueda conllevar tal actuación.⁶¹

Se aplicará a todos los administradores en el ámbito de sus funciones, esto es, a los administradores ejecutivos en las decisiones de gestión y a los administradores no ejecutivos en las funciones de supervisión. Los consejeros no ejecutivos pueden confiar en que los ejecutivos desempeñarán su cargo con la información adecuada.⁶²

Si son decisiones que afectan personalmente a otros administradores y personas vinculadas no se encontrarán dentro de la discrecionalidad empresarial aquí definida. Es decir, este ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio no cubre decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas concretamente las operaciones previstas en el artículo 230 de la LSC.⁶³ Es un deber que parte de la doctrina conoce como el deber de independencia, y en este tipo de decisiones en las que la independencia del administrador se encuentra comprometida (por intereses de otros administradores o personas vinculadas con éstos) no estarán incluidas dentro de la protección de la discrecionalidad empresarial por lo que se podrá entrar a juzgar si son decisiones que fueron tomadas con la diligencia exigible.⁶⁴

⁶¹ RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, cit., p. 19

⁶² ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 326 y 342

⁶³ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 621

⁶⁴ DÍAZ MORENO, cit., p. 6

Como hemos adelantado anteriormente para poder aplicar el margen de discrecionalidad son necesarios ciertos requisitos:

a. Decisión estratégica o de negocio sujetas a discrecionalidad empresarial

Ha de ser una decisión relativa a la gestión de la empresa, que no se encuentra regulada por la Ley, los estatutos, las cláusulas del contrato de administración o han sido acordadas por la junta. Serían decisiones estratégicas todas aquellas que no obliguen al administrador a actuar de una manera predeterminada. En cuanto a las leyes, en realidad la mayoría de las decisiones empresariales se toman dentro de un marco legal, y por ello se puede decir que las leyes actúan como límites a la discrecionalidad, pero no ordenan, salvo en ocasiones determinadas, a adoptar una decisión determinada.⁶⁵

b. Actuación del administrador en interés de la sociedad

El administrador ha de actuar de buena fe, es decir, convencido de que está actuando en el mejor interés de la sociedad adoptando la decisión en cuestión. Ahora bien, si el administrador puede creer que la decisión era buena para la sociedad, pero ésta resulta disparatada o notoriamente inadecuada, es decir, carente de racionalidad, para mantener el valor de la compañía, o aumentarlo, o contradice su creencia subjetiva de tal modo que no puede considerarse sincera, el administrador no podría ampararse en la *business judgement rule*.⁶⁶

Encontramos el problema de aquellas decisiones que generando un beneficio para la compañía también generan un beneficio para el administrador. En estas ocasiones es muy difícil probar que la decisión del administrador ha sido en su interés personal, y no que subsidiariamente ha salido privilegiado. Por ello, el examen ha de limitarse a si la decisión ha sido disparata o no. Cuando el beneficio particular en comparación con el beneficio potencial para la compañía es muy elevado, encontramos un indicio de que la decisión fue adoptada en conflicto de interés y que la actuación del administrador fue de mala fe.⁶⁷

⁶⁵ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 331

⁶⁶ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 332 y 333

⁶⁷ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 334

Por ejemplo, en el caso de una ampliación dineraria en la que una compañía con crecimiento y necesidades de fondos para abordar tal crecimiento, en la que el socio minoritario no tiene capacidad financiera. Si estamos ante un accionista mayoritario que también es administrador y la ampliación de capital es en interés de la social colateralmente beneficiará al accionista mayoritario que a su vez es administrador. Habría que valorar si la decisión es disparatada, pero si se cumple con la Ley, y la sociedad realmente tiene un potencial crecimiento y desarrollo, el beneficio que obtiene el administrador y socio que es la persona que decide el ritmo de crecimiento y necesidades de la sociedad, sería su subsidiario al beneficio generado para la sociedad. En este caso las necesidades de la compañía superponen los intereses del administrador que indirectamente se ve beneficiado.

Otro supuesto sería el de una ampliación de capital con exclusión del derecho preferente. En el caso en el que una compañía decide, tras la solicitud del administrador, otorgar un plan de acciones agresivo y ambicioso en beneficio de los directivos de la compañía, donde el administrador como directivo es beneficiario del plan. Es, por ello, beneficiario de la decisión, tanto del paquete retributivo como del tamaño y forma del plan. Esto puede no ser proporcional, aunque se fundamente en que, entre otras, el interés social busque mantener motivado al equipo directivo. En este caso, se ve claramente que el beneficio particular del administrador y directivo es muy elevado respecto al beneficio potencial de la sociedad, y que la decisión fue propuesta por el administrador de mala fe.

- c. Actuación del administrador sin interés personal (o de otros administradores) en el asunto objeto de decisión

La protección de la discrecionalidad empresarial no ampara aquellas decisiones tomadas en conflicto de interés. El administrador que superpone el interés personal al social está infringiendo la principal obligación de su contrato con la sociedad, y supone una violación del deber de lealtad, y consecuentemente, la *business judgment rule* no se aplica. Si varios administradores actúan conjuntamente y uno de ellos está en conflicto de interés, la regla del juicio discrecional no ampara la decisión adoptada salvo que el administrador conflictuado no hubiera informado a los demás y no hubiera participado en la preparación y adopción de la decisión. Para estar bajo la protección de la discrecionalidad empresarial aquellos que no estuvieran en concurso deberán demostrar que su decisión no ha sido

influida por el administrador en conflicto. Si son varios los consejeros conflictuados, y no es posible tomar una decisión por los no conflictuados por no llegar al *quorum*, la *business judgement rule* no se aplica y se analizará como una decisión adoptada en conflicto de interés, sin que implique que la decisión deba anularse o genere responsabilidad en los administradores.⁶⁸ Los administradores quedan protegidos de los defectos de juicio, pero no cuando hayan sido desleales.⁶⁹

d. Adopción de la decisión con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado

La información es la garantía de la sensatez en una decisión, es la garantía de una valoración previa de ventajas e inconvenientes. La discrecionalidad incluye la elección de las fuentes y la cuantía de la información y la ponderación entre el coste de obtenerla y su contribución a la mejora de la “calidad” de la decisión en el marco de la trascendencia que la decisión tenga para la compañía.⁷⁰

Es más relevante el procedimiento por el cual los administradores obtienen esta información que si la información es adecuada objetivamente para tomar la decisión. El administrador ha de poder valorar razonablemente la decisión con la información obtenida. La importancia de la decisión a tomar y sus consecuencias sobre el negocio también son determinantes para delimitar el grado de información que es necesario.⁷¹

En Estados Unidos la Corte de Delaware ha sentado importante jurisprudencia acerca de la *business judgement rule* desde el siglo XIX. Esta Corte ha establecido que, si la decisión del administrador se puede atribuir a cualquier propósito comercial racional, y la *business judgement rule* es presumible siempre que se tome una decisión de negocio cuando los administradores actúen de manera informada, de buena fe y con la convicción de que la acción tomada era la mejor para la sociedad, y la carga de la prueba recae sobre quien intenta romper esta presunción.⁷² La corte de Delaware mediante la jurisprudencia ha

⁶⁸ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 336- 338

⁶⁹ DÍAZ MORENO, cit., p. 6

⁷⁰ Cfr. ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 338

⁷¹ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 338

⁷² Sentencia de la Corte de Delaware de 1984, Aronson v. Lewis

construido el deber de cuidado, ha delimitado el estándar de conducta del administrador⁷³, y ha establecido criterios que se han trasladado al Derecho español.

Para un sector de la doctrina, la protección de la discrecionalidad empresarial cubre tanto las decisiones positivas como las negativas, es decir, tanto las actuaciones como las omisiones. La omisión no debe confundirse con una actuación pasiva del administrador.⁷⁴ En cambio, para otro, la inacción negligente no entra en el ámbito de la protección de la discrecionalidad empresarial, pero sí lo hará la decisión consciente e informada de no actuar.⁷⁵

⁷³ Sentencia de la Corte de Delaware de 2000, *Brehm v. Eisner*

⁷⁴ ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 341

⁷⁵ DÍAZ MORENO, cit., p. 5

2.1.3. Deber de lealtad

El administrador debe procurar, ante todo, el interés social. El interés social es una directiva de actuación de los órganos sociales. El artículo 204 y 227.1 de la LSC, se refieren a este interés social, es decir, a actuar en el mejor interés de la sociedad. El Derecho de Sociedades utiliza el “interés social” para referirse al interés social de los que forman parte de la sociedad. El interés social es el que debe guiar las actuaciones, el fin común que hayan fijado los socios en el contrato social. Estos artículos que hacen referencia al interés de la sociedad establecen que los administradores deben gestionar la sociedad con lealtad al interés social y que los acuerdos adoptados por mayoría son impugnables cuando son contrarios a este fin común de los socios.⁷⁶

Encontramos dos aspectos relevantes en relación con el interés social: la discrecionalidad en los órganos sociales y a la lealtad impuesta a aquellos que toman decisiones en nombre de la sociedad. Por un lado, la discrecionalidad es referida a aquellos supuestos en los que la conducta no está recogida en una norma donde se establece el modo de actuar en una situación concreta.⁷⁷ La discrecionalidad empresarial de los administradores ha sido analizada en el apartado anterior. Por otro lado, los deberes de lealtad de los administradores serán analizados a continuación.

El artículo 227 de la LSC expresa 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.

Los administradores deben servir al interés social y deben hacerlo con diligencia y lealtad, o sea, trabajando y anteponiendo, en todo caso, el interés común de los socios a maximizar los rendimientos de sus aportaciones sobre sus intereses personales.⁷⁸ El concepto de interés social ha sido muy debatido en la doctrina. El interés social se podría definir como el objetivo claro y preciso que la sociedad quiere alcanzar. Encontramos dos versiones, la institucionalista y la contractualista. En la primera, el interés social coincide con los distintos intereses de los que participan en la empresa, como accionistas, clientes, proveedores o trabajadores. En la segunda teoría, el interés social es identificado como el

⁷⁶ ALFARO, “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, AFDUAM, 2016, pp. 213-236, p. 215, nº 20

⁷⁷ ALFARO, “El interés (...) administradores”, cit., pp. 227 y 228

⁷⁸ Cfr. ALFARO, “El interés (...) administradores”, cit., p. 232

interés común de los socios. Es la teoría contractualista la predominante en la doctrina y en la jurisprudencia.⁷⁹ Si la sociedad se constituye para actuar en el tráfico jurídico puesto que los socios tienen una finalidad común que se concreta en el objeto social, este interés social deberá ser el interés común de los socios, que de haber sido previsto se habría incluido en el contrato social como pacto entre las partes. Es por ello, que podemos decir que el mejor interés de la sociedad será el mejor interés para el común de los socios. Sin embargo, no se puede olvidar al resto de grupos de interés donde la sociedad ha de actuar según las exigencias impuestas por el derecho.

No hay que confundir el interés de la mayoría con el interés social. El interés social prima sobre el interés de la mayoría, pues como hemos dicho antes un acuerdo adoptado por la mayoría es impugnabile si lesiona el interés social.⁸⁰

Parte de la doctrina opina que la regulación de este deber de lealtad tanto en la anterior normativa como en la actual es muy escasa, aunque es cierto que la LSC ha ampliado esta cuestión y se está corrigiendo esta falta de regulación normativa.⁸¹ Sin un mayor desarrollo, el artículo 227 de la LSC puede dar lugar a problemas de interpretación, y consciente de ello, el legislador en el artículo siguiente, 228, regula, sin ánimo exhaustivo, las principales prohibiciones y obligaciones derivadas del deber de lealtad. La regulación del deber de lealtad es imperativa, a excepción de la obligación de evitar los conflictos de interés que admite dispensa en determinados casos.⁸²

Los apartados a) a d) de precepto contemplan el comportamiento que el deber de lealtad le impone respecto del desempeño efectivo del cargo, mientras que el deber de evitar situaciones de conflicto manifiesta la sujeción del administrador al interés social, cuando realiza operaciones por su cuenta o de un tercero.⁸³

Son obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, concretamente, la abstención del ejercicio de facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas; guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya

⁷⁹ PAZ-ARES, "El gobierno de las sociedades: Un apunte de política legislativa", *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1805- 1818, p. 1807 y ss

⁸⁰ ARROYO, cit., p. 1845 y ss

⁸¹ PAZ ARES, cit., p. 48

⁸² VALPUESTA, "Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores", cit., p. 622

⁸³ Cfr. JUSTE, "Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 376-393, pp. 379 y 380

tenido acceso en el desempeño de su cargo, exceptuando aquellos casos en los que se permita o requiera por la ley; la abstención de participación en la deliberación y votación de acuerdos en las que el administrador o persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto; desempeñar funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; o la adopción de las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo analizaremos más detalladamente a continuación.

Prohibición de desviación de poder

El primer apartado del artículo 228 de la LSC establece que queda el administrador obligado a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas. Enraíza con el supuesto clásico de responsabilidad de los administradores, el “abuso de facultades”.⁸⁴

Se trata de situaciones en las que el administrador realiza actos en el ejercicio de las facultades propias de su cargo, dentro de aquello a lo que está habilitado. No se trata, de actos que exceden estas competencias, sino de actuaciones formalmente válidas o regulares, pero viciadas por el abuso del propio derecho, definidas por el legislador por referencia a la finalidad con que se han realizado.⁸⁵

Si el administrador utiliza sus facultades con unos fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas obligará a la sociedad frente a terceros, pero responderá el administrador por la infracción del deber de lealtad.⁸⁶

Deber de guardar secreto

El deber de secreto está íntimamente ligado con el derecho y deber de información. Este deber de guardar secreto afecta también a los administradores cesados no pudiendo revelar la información confidencial y demás información, datos, informes o antecedentes que por ser o haber sido administrador ha conocido. Queda incluido todo tipo de conocimiento, independientemente de su forma de presentación, el grado de elaboración

⁸⁴ PAZ ARES, cit., p. 51

⁸⁵ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 381

⁸⁶ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 623

o el periodo de tiempo al que se refiera, y no se precisa la calificación de información confidencial.⁸⁷ El límite se encuentra en el interés social, es decir, aquella información que siendo divulgada sea contraria al interés de la sociedad.

De la obligación de confidencialidad sólo se excluye, en sentido propio, la información pública. Toda la información privada de la sociedad debe considerarse, en principio, sujeta a reserva, salvo aquella absolutamente irrelevante e inocua a ojos de cualquier observador externo.⁸⁸

La violación del deber de guardar secreto ha de reputarse desleal, en principio, en todo caso, es decir, se presume que perjudica el interés social, al margen de que el grado de perjuicio pueda tener relevancia para el éxito de una acción de responsabilidad, y la cuantificación del daño causado. La ley, además, establece que sólo será lícita la comunicación de información confidencial en los casos permitidos por la ley o sea requerido por ésta.⁸⁹

La infracción de guardar secreto se refiere a cualquier persona que no forme parte del consejo de administración, incluyendo a los socios. En el caso de las sociedades con un carácter cerrado en la que la identidad de socio administrador, o una presencia de lazos fuertes de confianza se permite una mayor flexibilidad su se entiende que la transferencia de información es necesaria para evitar comportamientos antijurídicos de la sociedad siempre que el comportamiento no sea contrario al interés social. No se entendería violado el deber de lealtad.⁹⁰

En el supuesto en el que el administrador es una persona jurídica, el representante, persona física, debe comunicar a la persona jurídica la información puesto que es ésta la administradora y ha de conocer la información necesaria para el ejercicio de su cargo. Quienes accedan a esta información estarán sujetos al deber de guardar secreto, siendo la infracción imputable a la persona administradora.⁹¹

Se ha debatido en la doctrina si existe límite de tiempo en el deber de guardar secreto para los administradores cesados, y encontramos tres posturas. En primer lugar, aquellos que

⁸⁷ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 382

⁸⁸ Cfr. PAZ ARES, cit., p. 51

⁸⁹ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 382

⁹⁰ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 383

⁹¹ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 383 y 384

defienden que se debería aplicar el plazo de 4 años. En segundo lugar, otros consideran que debe aplicarse el plazo general de prescripción de 15 años. Por último, otra parte de la doctrina cree que no debe existir un límite temporal al deber de guardar secreto. Además de guardar secreto, el administrador, cesado o no, no podrá hacer uso de esa información para fines privados.⁹²

Deber de abstención en las decisiones o acuerdos sociales en las que el administrador se encuentre en situación de conflicto de interés

El administrador debe abstenerse de deliberar y votar en acuerdos en los que él o una persona vinculada tenga un interés propio. Se incluye tanto el conflicto directo como el indirecto, y tanto los conflictos personales como los que afecten a una persona vinculada. En caso de encontrarnos ante esta situación, acuerdo tomado en conflicto de interés, el juez anulará dicho acuerdo salvo que los administradores prueben que dicho acuerdo es beneficioso para la sociedad y se trata de una decisión justa y razonable.⁹³ La posible inclinación del administrador conflictuado obliga al legislador a exigir la abstención para impedir el perjuicio del interés social en el ejercicio del cargo. No se trata tan solo de abstenerse en la votación sino también en la deliberación y en la formación de una voluntad final. Es una de las formas de protección del interés social, quizás la máxima preocupación del legislador, llegando en ocasiones a la necesidad por parte de los administradores de la adopción de precauciones adicionales para evitar el daño.⁹⁴

Determinar la situación de conflicto es una de las dificultades con las que se encuentra la doctrina a la hora de delimitar que se entiende por conflicto indirecto y por conflicto directo. El conflicto indirecto sería el que se refiere a un interés abierto o indeterminado, mientras que conflicto directo sería un conflicto estrictamente personal del administrador. El conflicto indirecto podría englobar a aquel que afecta a las personas vinculadas al administrador, entendiendo que puede ser cualquier persona cuyos intereses pueda defender el administrador, más allá de las enunciadas en el artículo 230 de la LSC. Pero, también se puede entender como los conflictos de las personas vinculadas, implicando una mayor extensión que puede exceder el ámbito de control del administrador. El legislador, en definitiva, ha buscado fielmente evitar que se tomen decisiones o acuerdos

⁹² VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 623

⁹³ PAZ ARES, cit., p. 52

⁹⁴ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 384

que no respondan al interés de la sociedad. En los supuestos dudosos, el legislador, opta por obligar al administrador a abstenerse.⁹⁵

La casuística de potenciales conflictos de intereses entre administradores y sociedad es difícilmente previsible porque son abundantes los supuestos en los que divergen los intereses de los gestores y los de la sociedad que gestionan, sin que resulte sencillo delimitar adecuadamente *a priori* este caudal de situaciones que potencialmente pueden perjudicar los intereses de la sociedad.⁹⁶ El principal problema con el que se ha encontrado la doctrina para delimitar los conflictos indirectos es establecer si la lista de personas vinculadas a los administradores que se regulan en la LSC se trata de una lista cerrada o abierta. Estas personas vinculadas son sujetos que no guardan relación con la sociedad, pero si se consideran sus actos realizados en la persona del administrador nos encontraríamos ante un conflicto de interés con la sociedad. Se puede distinguir entre vinculaciones familiares y vinculaciones societarias. Las vinculaciones familiares se encuentran recogidas por la LSC en el artículo 231.a), b) y c). Las vinculaciones societarias se encuentran recogidas en el artículo 231.d) de la LSC para las sociedades controladas por el administrador, y en el artículo 232 de la LSC para el administrador persona jurídica. Las dificultades con las que se ha topado la doctrina se encuentran en el caso de los supuestos no regulados en este artículo, ya que el legislador no ha considerado todas las vinculaciones posibles, y es aquí donde entra el debate sobre el carácter abierto o cerrado de la lista de personas vinculadas. No se encuentran reguladas relaciones de gestión entre el administrador y la sociedad vinculada, el ejemplo típico es aquel en el que el administrador con interés personal es a su vez administrador de la sociedad vinculada en la operación; la relación de gestión representativa, como en el supuesto en el que el administrador es director general de la sociedad vinculada o un tercero actúa como persona interpuesta realizando operaciones en interés y bajo las instrucciones del administrador; relaciones de colaboración material en la que un tercero actúa por cuenta del administrador; y los supuestos en los que el administrador tiene vínculos societarios con un tercero que es una sociedad personalista. Tampoco se encuentra dentro del marco normativo el supuesto del representante del administrador persona jurídica, aunque se

⁹⁵ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 384 y 385

⁹⁶ Cfr. EMPARANZA, “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, RDM nº 281, 2011, pp. 1-24, p. 2

puede enmarcar dentro de la condición de administrador de hecho.⁹⁷

Ni la LSC, ni la anterior ley reguladora de las sociedades anónimas ni la de las sociedades de responsabilidad limitada ha regulado el conflicto indirecto de intereses en el que un socio tiene unos intereses que no están en contraposición directa con el interés social, pero existe una vinculación entre los intereses de este socio y los de otro socio, entrando en conflicto abierto con la sociedad. Más adelante, cuando tratemos la situación de socio-administrador haremos referencia a una sentencia del Tribunal Supremo que presenta un casuismo relevante en relación al conflicto de intereses indirecto.⁹⁸

Se complica el análisis cuando hay un vínculo entre el administrador y el socio. En caso de que el órgano de administración se organice como un administrador único, la gestión del mismo se complica, y sería lógico que presentara su dimisión o cese.⁹⁹ Si se trata de grupos de sociedades donde los administradores son nombrados por la sociedad matriz, se entenderá que el consejero se encuentra en un conflicto personal directo cuando el administrador es empleado, directivo o administrador de la sociedad dominante. Si el carácter dominical es manifiesto se encontrará, del mismo modo, en un conflicto de interés.¹⁰⁰

El administrador que se encuentra en un conflicto de interés tiene la obligación de comunicar a la sociedad (a los demás administradores, o al consejo de administración, o en caso de administrador único a la junta general) la presencia del conflicto. Se impondrá, en consecuencia, el deber de abstención sobre el administrador conflictuado. Si estamos ante un administrador único que se encuentra en conflicto de interés, la decisión será objeto de acuerdo de la junta general. Si, además, el administrador es socio, éste no podrá ejercer el voto, puesto que el acuerdo puede contener una dispensa para actuar en conflicto de interés.¹⁰¹

Se excluirían de lo recogido por esta norma la abstención en los acuerdos o decisiones que le afecten al administrador en su condición como, por ejemplo, su designación o su

⁹⁷ RIBAS, “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, RDS n° 38, 2012, pp. 1-82, pp. 23-29

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero 68/2017, [LA LEY 3058/2017]

⁹⁹ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 625

¹⁰⁰ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 385

¹⁰¹ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 386-388

revocación, o utilizar un poder de la sociedad.¹⁰²

Obligación de libertad de criterio o juicio e independencia

El legislador ha querido clarificar que el administrador actúa bajo un principio de responsabilidad personal, es decir, no podrá alegar que sus actuaciones han sido consecuencia de la aplicación de criterios o instrucciones de terceros, o la existencia de un pacto entre ellos, y que la decisión ha sido distinta de la que él habría tomado con su propio juicio sobre lo que resulta conveniente. El legislador ha querido destacar el principio de autonomía del administrador, que está muy relacionado con la obligación de perseguir el interés social.¹⁰³

Esta obligación se refiere especialmente a los consejeros dominicales que son aquellos que o son socios o han sido designado por uno o varios socios, pero deben buscar el interés de la sociedad, no el propio o el de quien los nombró.¹⁰⁴ Sería de aplicación también en el caso, que es muy frecuente en las sociedades de responsabilidad limitada, donde el administrador único también es socio mayoritario.

Si se llegase a probar que el administrador se limita a seguir instrucciones de terceros estaría cometiendo un acto desleal en sí mismo, y no podría exonerarse por este hecho. A efectos de este artículo no será tercero el conjunto de socios reunidos en la junta general que pueden impartir instrucciones vinculantes en materia de gestión reduciendo el margen de discrecionalidad de los administradores. No obstante, incluso en este caso seguirá rigiendo el principio de autonomía personal que supone la no exoneración de responsabilidad si los actos son lesivos para el interés de la sociedad.¹⁰⁵

Deber de evitar las situaciones de conflicto de interés

Se hace referencia en numerosas ocasiones a las situaciones en las que el administrador puede verse inmerso en un conflicto de interés, y es por ello que en el artículo 229 de la LSC se encuentra una enumeración ejemplificativa de situaciones que el administrador debe evitar para no encontrarse en un conflicto de interés. El mandato se centra en que, en el caso de existir un conflicto de interés, el administrador sea leal al interés social y no

¹⁰² VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 625

¹⁰³ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 390

¹⁰⁴ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 625

¹⁰⁵ JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 391

ceda ante el interés particular u opuesto al social.¹⁰⁶ Quien acepta el cargo de administrador autolimita su libertad personal para negociar con la sociedad que administra o, más en general, para emprender actuaciones, por su cuenta, que perjudiquen el interés social.¹⁰⁷

El artículo 229 de la LSC contiene una lista que, sin ánimo exhaustivo, enumera una serie de ejemplos, situaciones de conflicto de interés. Se deben evitar las situaciones de conflicto de interés a las que se hace referencia en el apartado e) del artículo 228, que dice que el deber de lealtad obliga al administrador a 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.

El conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad se produce cuando 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.¹⁰⁸

Se impone al administrador una obligación de no hacer, un deber de abstención en determinadas situaciones. En este deber de abstención en caso de conflicto de interés sí que existe la posibilidad de dispensa con ciertos requisitos, pero no para los cuatro primeros supuestos del artículo 228 de la LSC. La razón de ello se encuentra en que es preciso valorar el caso concreto puesto que puede no haber un riesgo real o daño para la sociedad. El legislador no se ha conformado con el deber de abstención a la hora de decidir como administrador en los casos de conflicto de interés [en particular, a través del artículo 228 c)], sino que le impide, *ex ante*, crear las situaciones de peligro.¹⁰⁹ En concreto, la LSC, donde se recogen tanto los conflictos ocasionales como los permanentes, hace referencia a los siguientes supuestos:

- a. No realizar transacciones con la sociedad

El administrador no deberá realizar operaciones con la sociedad salvo las ordinarias (en

¹⁰⁶ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 625

¹⁰⁷ Cfr. JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 392

¹⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, cit., p. 184

¹⁰⁹ Cfr. JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 395- 412, p. 397

las mismas condiciones habituales con los clientes y de escasa importancia) y siempre que no sea necesaria información para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Se entiende que las operaciones ordinarias se realizan bajo unas condiciones estándar, como si el administrador es un cliente más.¹¹⁰ El carácter ordinario relaciona las operaciones autorizadas con el desarrollo del objeto social. En los demás casos, aun cuando se realice en condiciones de mercado, es necesaria la dispensa regulada en el artículo 230 de la LSC.¹¹¹

- b. No utilizar el nombre de la sociedad o el uso de su condición con la finalidad de influir en operaciones privadas de interés personal del administrador.

La prohibición se encuentra en la finalidad con la que el administrador utiliza el nombre de la sociedad o su condición en ella, en operaciones que no son con la sociedad. Se impide que el administrador emplee su condición en una operación privada prometiendo tratos de favor o prestaciones de la sociedad consiguiendo mejores condiciones en el contrato privado.¹¹²

- c. No hacer uso de los activos sociales, entre ellos la información confidencial, con fines privados.

Es indudable la derivación de esta prohibición del deber de lealtad, ya que los activos sociales deben emplearse para la consecución del interés social.

- d. No aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

Si el administrador tiene conocimiento de una oportunidad de negocio para la sociedad, su deber de lealtad le exige el precio ofrecimiento a la sociedad, antes de aprovecharla en beneficio propio.¹¹³

Se trata de una prohibición relativa¹¹⁴, ya que si la sociedad ha desestimado la inversión u operación sin la influencia del administrador sí que podría realizar operaciones en su

¹¹⁰ VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, cit., p. 626

¹¹¹ JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, cit., p. 400

¹¹² JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, cit., p. 401

¹¹³ Cfr. JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, cit., p. 402

¹¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, cit., p. 181

propio beneficio o de personas vinculadas a él.¹¹⁵

- e. No obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad (y del grupo) salvo atenciones de mera cortesía.

Este precepto, que no estaba recogido por la norma previgente, ha sido incluido por la LSC. Está pensado para las ocasiones en las que el interés del pagador no esté en la misma dirección que el interés de la sociedad. Supuesto que merece especial atención es el del socio que tiene unos intereses distintos al interés común de los socios donde existe una atribución especial a cargo del socio en conflicto que hará que previsiblemente el administrador se incline por la voluntad de este último. El legislador lo califica directamente como desleal.¹¹⁶

- f. Prohibición de competencia y otros conflictos permanentes de interés

La LSC obliga al administrador a no desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que supongan una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Cabe destacar que, en 2003, se fijó como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal impuesta a los administradores en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se infringe mediante la creación por parte de los administradores, sin autorización expresa de la sociedad, de una sociedad de idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses.¹¹⁷

El deber de abstención en caso de conflicto de interés afecta tanto a administradores como a socios puesto que siempre deben estar guiados por el interés social. Ha de prevalecer el interés de la sociedad sobre el interés de un administrador o tercero. El administrador ha de abstenerse en la votación de un acuerdo contrario al interés social, y de igual manera cuando no siendo contrario al interés social, el administrador tiene un interés particular o privado en el mismo.¹¹⁸ Se le exige al administrador este deber de abstención cuando

¹¹⁵ PORTELLANO DÍEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, pp. 23 y ss. [non vidi, cit. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, p. 181]

¹¹⁶ JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, cit., p. 404

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre 1166/2008, (FJ 3º), [LA LEY 189356/2008]

¹¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, cit., p. 194

persigue sus intereses o los de una persona vinculada a él, pero no cualquier otro interés. Si se pueden tener en cuenta intereses de otras personas como clientes o acreedores, actuando el administrador dentro del poder discrecional que posee, y no es la protección de estos intereses función del Derecho de Sociedades.¹¹⁹

Este deber de abstención también es de aplicación cuando el beneficiario de los actos o de estas actividades que están prohibidas, es decir, aquellas en las que se incumple el deber de abstención, es una persona vinculada al administrador. El conflicto de intereses se presume *iuris et de iure* en el caso de personas vinculadas mientras que fuera de esta tasa legal no se presume formal y necesariamente, aunque es posible acreditar una conexión de intereses significativa.¹²⁰

Delimitando las personas vinculadas se dejan fuera tres casos relevantes. En primer lugar, a las entidades en las que el administrador desempeña funciones ejecutivas y/o posee una participación significativa. En segundo lugar, a las entidades donde son los allegados del administrador quienes desempeñan estas funciones o poseen una participación significativa. Por último, a los socios que hayan designado o promovido la designación del administrador. En estos tres supuestos, a pesar de no encontrarse dentro de la tasa legal, debe presumirse empírica y eventual, probando una conexión de intereses suficientemente significativa de las entidades o socios con el administrador.¹²¹

El último apartado del artículo 229 de la LSC hace referencia al deber de comunicación a los demás administradores, o al consejo de administración, o a la junta general en caso de tratarse de administrador único, cualquier situación de conflicto tanto del propio administrador como de las personas vinculadas. Además, serán objeto de información en la memoria cuando se incurra en estas situaciones.

¹¹⁹ ALFARO, “El interés (...) administradores”, cit., p. 233 y 234

¹²⁰ PAZ ARES, cit., p. 56

¹²¹ PAZ ARES, cit., p. 56

3. LOS SOCIOS

La junta general de una sociedad constituye el órgano soberano de la misma. Son las personas, físicas o jurídicas, que encarnan la voluntad de la sociedad y deciden cuál debe ser la dirección de la misma. Los socios son los que se constituyen en una sociedad con una finalidad común en el tráfico mercantil. De esta manera, la sociedad va a formar su propia voluntad, va a actuar en el mundo jurídico y va a ser representada.

Estos socios, como propietarios del patrimonio que se ha puesto en común para destinarlo a un mismo fin, se reunirán en la junta general de socios, siendo un órgano donde reside la soberanía social por la mayoría.

La junta general tiene una serie de funciones encomendadas por la LSC, entre ellas, la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. Posteriormente, analizaremos el supuesto en que en la misma persona coinciden el socio mayoritario y el administrador único cuando los socios minoritarios consideran que la gestión social no debe ser aprobada, basándose en una administración desleal.

3.1 Los derechos del socio

El artículo 93 de la LSC establece los derechos mínimos del socio, que se concretan en otras normas de la LSC. Son:

- Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- Derecho a la asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o la suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- Derecho a asistir y votar en las juntas generales e impugnar los acuerdos sociales
- Derecho de información

No es una lista excluyente, y el socio tiene más derechos a parte de los enunciados en este artículo, además pueden no existir en determinados casos concretos (por ejemplo, las participaciones sin voto). En algunas ocasiones, se exige adicionalmente una cuota mínima de participación en el capital para poder ejercitar el derecho. En otras, depende

de su cuota de participación en el capital, y en otros es un derecho que se puede ejercitar independientemente de su participación. Además, los estatutos pueden crear derechos adicionales, dentro del marco legal.¹²²

Es cuestionable que los derechos de los socios sean los mismos en una sociedad cerrada que abierta, puesto que en la primera la tendencia restrictiva del legislador para agilizar el funcionamiento de las juntas, derechos como el de información o el de impugnación de los acuerdos contrarios a la ley o abusivos son esenciales para una correcta ordenación de las relaciones entre los socios.¹²³

En el caso de las modificaciones estatutarias la tutela de los socios cobra una relevancia especial, en la LSC se encuentran unas reglas especiales de tutela de los socios que recoge normas aplicables a determinadas modificaciones estatutarias. El acuerdo social que aprueba determinadas modificaciones estatutarias debe respetar los requisitos formales establecidos por la ley y, debe respetar otras cuestiones de fondo (la conformidad del acuerdo con el interés social), el respeto de la paridad de trato de los socios que se encuentran en las mismas condiciones o el deber de lealtad para con los socios.¹²⁴

Debido a la amplitud de este tema de estudio, con respecto a los socios nos centraremos en la posición del socio en los asuntos de gestión, en líneas generales; en los derechos de la minoría, entre ellos el derecho de información; y expondremos algunas cuestiones sobre los conflictos en la persona del administrador socio mayoritario.

3.2 Competencias del socio en la junta general en asuntos de gestión

La junta general tiene la facultad de dar instrucciones o someter a su autorización la realización de determinados actos de estricta gestión de la sociedad. Estos acuerdos tendrán efectos exclusivamente internos sin perjuicio del ámbito del poder de

¹²² VALPUESTA, “Arts. 93 a 97. Los derechos del socio. Diversidad de derechos, y participaciones y acciones privilegiadas”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 246-256, p. 248 y 249

¹²³ RECALDE, “La posición del socio y las nuevas competencias de la Junta General; en particular en las sociedades cotizadas”, *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [ARIAS y RECALDE (Coord.)], Madrid, Estudios Mercantiles, nº 3, pp. 25-32

¹²⁴ MARTÍNEZ FLOREZ, “Reglas especiales de tutela de los socios (art. 291 y 292)”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], II, Madrid, 2011, pp. 2138-2182, p. 2139

representación del artículo 234 de la LSC. La junta podrá tomar decisiones más allá de las facultades reconocidas en la LSC, pero sólo respecto de las facultades de gestión, no respecto las facultades de representación donde los actos de los administradores producen efectos frente a terceros independientemente de las relaciones internas de la sociedad. La junta no podrá inferir en la esfera de representación de los administradores salvo en los casos tasados en la ley. Además, en las materias en las que los administradores son competentes por mandato legal, la junta podrá avocar para sí misma la decisión e impartir instrucciones, obligando a recabar un acuerdo previo o a la ratificación de la decisión que tomarán los administradores. Estas instrucciones de la junta son vinculantes y obligatorias para los administradores. Las consecuencias del incumplimiento provocan que los administradores respondan por los daños que pudieran causar, o en el cese de los mismos sin la indemnización pactada. El problema se encuentra en que el administrador está obligado a seguir las instrucciones de la junta, pero no se podrán exonerar de responsabilidad por los daños causados a la sociedad alegando que el acuerdo se adoptó o autorizó o ratificó por la junta, como hemos visto anteriormente. El deber de los administradores de cumplir con las instrucciones recibidas por la junta les exonera de realizar un juicio sobre la oportunidad en aquellas decisiones discrecionales tomadas por la junta en el ámbito de la gestión de la empresa. Si los administradores han sometido a la junta un acuerdo que se encuentre dentro de la discrecionalidad empresarial, no responderán siempre que el acuerdo no sea contrario al orden público, ni en perjuicio de terceros o represente un abuso de la minoría.¹²⁵

3.3 Derechos de la minoría

Los derechos de la minoría son: el derecho de voto y asistencia a juntas generales, derecho de solicitar la presencia de notario en la junta general, derecho de convocación de junta, derecho de solicitar el nombramiento de auditor en caso de que la sociedad no estuviera obligada a auditar sus cuentas, derecho de información, derecho de revisar con un experto los soportes contables de la sociedad, derecho a ejercitar la acción social de

¹²⁵ RECALDE, “La posición del socio (...) sociedades cotizadas”, cit., pp. 30-32

responsabilidad contra los administradores, y el derecho a impugnar los acuerdos sociales.¹²⁶

a. Derecho de voto

Normalmente el voto del minoritario no vale nada y es generalmente innecesario, pero en ocasiones puede ser necesario. El minoritario en estas ocasiones podrá votar en contra del acuerdo independientemente de los efectos que tenga para la sociedad, aunque encontramos lo que la doctrina define como el abuso de la minoría que se da bajo dos condiciones: cuando la oposición del minoritario al acuerdo de la junta es contraria al interés social y pone en riesgo la pervivencia de la propia sociedad, y cuando la oposición tiene como único objeto la defensa de sus intereses en detrimento de los intereses de la propia sociedad.¹²⁷

b. Derecho a la información

Se ha limitado la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales basados en la infracción del derecho de información. Sin embargo, este derecho es una de las armas más importantes del socio minoritario. Se entiende infringido este derecho cuando se le deniega al socio toda la información que solicita y se le proporcionan unas declaraciones generales, incluso cuando el socio minoritario sea socio, pero no administrador, de otras sociedades competidoras. Se podrá incoar en caso de negársele la información contable por la vía judicial.¹²⁸ Sin embargo, este derecho tiene restricciones. La doctrina jurisprudencial establece que en determinados casos el derecho de información del socio tiene un correlativo deber de colaboración previo a la celebración de la junta para que los datos que le interesan le puedan ser debidamente facilitados.¹²⁹

Las fuentes de información se pueden clasificar en primarias y secundarias, según si las ha producido la propia sociedad o no. Destacan dentro de las primarias las cuentas anuales, donde la memoria tiene una especial importancia y, el informe de cumplimiento

¹²⁶ VÁZQUEZ, “Capítulo 3. Las armas del socio minoritario”, *Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios*, Valencia, 2017, pp. 1-38

¹²⁷ VÁZQUEZ, cit., p. 2

¹²⁸ VÁZQUEZ, cit., pp. 2 y 3

¹²⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio 482/2010, (FJº 8), [LA LEY 148069/2010]

normativo, es decir, los informes de la sociedad sobre el sistema de “*compliance*”. Dentro de las secundarias, tienen especial relevancia la información proporcionada por trabajadores y otros colaboradores, y, el informe de auditoría.¹³⁰

c. Derecho de solicitar la convocatoria de la junta general

Recogido en el artículo 168 de la LSC. Aquellos socios que representen al menos el 5% del capital social podrán solicitar al administrador la convocatoria de la junta general, y se han de incluir en el orden del día aquellos asuntos que hayan sido objeto de la solicitud. También disponen de mecanismos para forzar la convocatoria de la junta.

La sumisión de un asunto a la junta obliga a los socios a pronunciarse y eleva el riesgo de que la impugnación del acuerdo por contrariedad al interés social salga adelante si se trata de operaciones realizadas en provecho particular del socio mayoritario. Y pueden además obtener información valiosa, independientemente del resultado de las votaciones.¹³¹

d. Derecho a impugnar los acuerdos sociales

Por la condición del socio, éste tiene derecho a impugnar el acuerdo social, siempre que tenga la condición de socio antes de que se adopte el acuerdo y mantenga su condición en el momento de impugnación. No se exige por ley que el administrador haya manifestado en acta su oposición al acuerdo impugnado, puede incluso haber votado a favor. Esto plantea discusiones en la doctrina, puesto que algunos entienden que sólo aquellos que hayan votado en contra del acuerdo son aquellos que están legitimados para impugnar el acuerdo.

3.4 La figura del socio-administrador en la junta general

¿Pueden los socios mayoritarios que a su vez son administradores votar en referencia a la incoación de la acción de responsabilidad social contra ellos mismos en calidad de socios? Sería muy extraño que un socio vote contra sí mismo e inicie una acción de

¹³⁰ VÁZQUEZ, cit., p. 3-5

¹³¹ Cfr. VÁZQUEZ, cit., p. 5

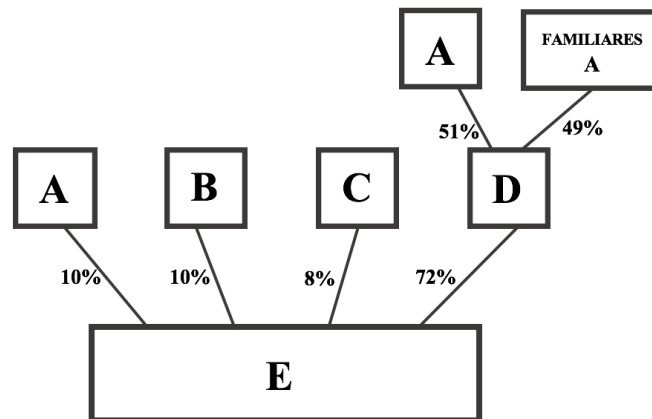
responsabilidad social por su actuación. El socio minoritario alegará que se encuentran en una situación de conflicto de intereses. Lo mismo sucede si el socio es otra sociedad, pero de la que son socios estos administradores, y además son los representantes en la junta en la que se decide acerca de la incoación de la acción de responsabilidad. El administrador debe velar por el interés de la sociedad, pero cabe que interpongan sus propios intereses personales a los de la sociedad en una votación. En este sentido, la LSC en su artículo 190 deja claro que el caso de que se tome el acuerdo de dispensar al administrador del deber de lealtad, conforme al artículo 230 de la LSC, se abstendrá el socio-administrador de votar. Serán de aplicación el artículo 228 e) de la LSC, es decir, el deber de evitar las situaciones de conflicto de interés; el artículo 229.2 de la LSC, el deber de comunicar bien al consejo de administración bien a la junta general la situación de conflicto; el artículo 230 de la LSC para obtener la autorización del órgano social competente; y la abstención en la participación en la deliberación y votación del acuerdo, regulada en el artículo 228 c) de la LSC.¹³² Dependiendo del acuerdo que se vaya a tomar corresponderá a la junta o al órgano de administración, y el socio-administrador se tendrá que abstener en ambos casos. La Ley es clara en este aspecto y no da margen de actuación. El problema se encuentra cuando el administrador es socio de una sociedad que a su vez es socia de la sociedad principal, es decir, el socio es una persona jurídica que está controlada por el administrador afectado.

El administrador, o una persona vinculada, podrá obtener dispensa del órgano de administración o de la junta, según los casos, en la realización 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 la remuneración de un tercero. Se plantea en estos casos si cuando la votación y deliberación en el acuerdo de la dispensa de la prohibición de competencia al administrador, también socio, abarca de igual manera que al socio-administrador, a otro socio de la sociedad vinculado al socio-administrador. Nuestra LSC no regula este conflicto indirecto de intereses, y el Tribunal Supremo ha establecido que el artículo 190 de la LSC no amplía esta prohibición a las

¹³² PAZ-ARES y NÚÑEZ-LAGOS, “La actuación del órgano de administración en la compra y venta de la sociedad: los conflictos de interés”, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, 2016, pp. 1-19

personas vinculadas al socio, por lo que la sociedad que está participada por otro socio de la sociedad principal si podría votar en la junta.¹³³

Lo veremos con el siguiente ejemplo, ayudándonos del siguiente esquema.



En el supuesto de que el acuerdo tenga que ser tomado por el Consejo de Administración, A (socio-administrador) se tendría que abstener por encontrarse como administrador en un conflicto directo, y D como persona vinculada de A, ya que posee la mayoría de los derechos de voto se abstendría también. Si se tiene en cuenta la condición de administrador, ante un conflicto de interés tanto A como D se tendrían que abstener para autorizar la dispensa del deber de lealtad.

Pero si este acuerdo es competencia de la junta general, en función del artículo 190 e) A se abstendría en la deliberación y votación del acuerdo. Pero, D considerado como socio, no estaría privado del derecho de voto. Las exigencias para el socio son menores que para el administrador en el caso de estar ante un conflicto de interés indirecto. Ahora bien, la cuestión se encuentra en si se puede considerar a D un administrador de hecho. Si tal fuera el caso, D también debería abstenerse en la votación, puesto que los deberes de lealtad se aplican de igual manera a los administradores de hecho y de derecho. Imaginemos que A es socio único de D, y además A es socio-administrador de E, parecería claro que es administrador de hecho porque delimitar la función de socio y administrador y diferenciar los intereses que una misma persona tiene como socio y como administrador es muy complicado, principalmente por la convergencia entre estos

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero 68/2017, [LA LEY 3058/2017]

intereses. Sabemos que el interés de la mayoría no es el interés social, pero es muy probable que el interés sea el mismo y como hemos defendido anteriormente el interés social es el interés común de los socios, que en muchas ocasiones es el mismo que el de la mayoría. Y teniendo en cuenta que la sociedad E está participada en un 82% por A y D, habría que valorar hasta qué punto se puede dejar la decisión al arbitrio de un 20% de la sociedad, en un acuerdo tomado solo por la minoría, y si se entra en un abuso de la minoría.

Si D está participada por A en un 51% y por los familiares de A en un 49% no sería razonable privar a D de la votación en la junta de E, y no privar a personas distintas del afectado, es decir, A.¹³⁴

La Ley ha establecido un fundamento distinto en el deber de abstención del socio y del administrador, y esto se basa en el interés que tiene cada uno de ellos. Mientras que el administrador es un gestor de intereses ajenos, el socio tiene un interés personal que, por medio de una persona jurídica, la sociedad, y en común con otros socios crean un interés común, que no es ajeno al contrato social. Es decir, se busca satisfacer, por medio del interés social, el interés personal de los socios. Por ello, la privación del voto del administrador y el socio tiene que tener unos parámetros distintos, siendo la privación de este último más gravosa, ya que altera la estructura de poder de la sociedad y puede que incluso se suspenda una de las máximas del funcionamiento de la sociedad, esto es, el principio mayoritario. Debido a ello, la interpretación de la LSC, en los casos de abstención del socio, debe ser restrictiva y no entenderse que se aplica, de manera general, esta abstención cuando el conflicto no es directo.¹³⁵

Si en una misma persona coinciden la figura del socio y administrador, se desconfía de la capacidad de juicio de socio en la junta, pero solo en el caso de encontrarnos ante un conflicto directo. Prevalece la condición de administrador sobre la de socio, y aquello que le afecte como administrador le debe afectar como socio. Ahora bien, en el caso de un conflicto indirecto, no se obliga a la persona vinculada al socio-administrador a abstenerse, puesto que no cuenta con la identidad de socio-gestor al que la Ley obliga a la abstención. Al socio-administrador, aunque se trate de un conflicto indirecto, se le obliga a abstenerse, pero no al socio que no está conflictuado personalmente que esté

¹³⁴ JUSTE, “El deber de abstención del socio-administrador en la junta general”, RDS nº 49, 2017

¹³⁵ JUSTE, “El deber (...) la junta general”, cit.

vinculado con el administrador al que se propone dispensar de la prohibición de competencia.¹³⁶

Pero hay que valorar, que en el caso de que el socio vinculado al socio-gestor sea una sociedad que esté controlada por el socio-gestor, si se encuentra ante un conflicto directo o indirecto. Es clave analizar la situación de control societario, porque si fuera, unipersonal, sería preciso analizar si estamos ante un conflicto directo, por tratarse de una persona interpuesta y no vinculada. Pero si se duda acerca de si es persona interpuesta o vinculada, como sucede en el ejemplo anterior, lo prudente sería reconocer el voto a la persona jurídica.¹³⁷

¹³⁶ JUSTE, “El deber (...) la junta general”, cit.

¹³⁷ JUSTE, “El deber (...) la junta general”, cit.

4. CONCLUSIÓN

El órgano de administración y la junta general son dos órganos separados que permiten el correcto funcionamiento de la sociedad en el tráfico mercantil. Cada órgano social tiene un ámbito competencial autónomo y aunque coincidan las dos figuras en una misma persona son distintas las facultades, derechos y deberes que se tienen como administrador y como socio.

Respecto al órgano de administración, encontramos que se puede organizar de cuatro maneras diferentes, pero que independientemente de la seleccionada por la sociedad tienen los mismos deberes. Son dos máximas en nuestro Derecho de sociedades el deber de diligencia y el deber de lealtad. Se trata de deberes que tienen un nacimiento anterior a la vigente Ley, y que se pueden remontar al Código de Comercio con la relación del comerciante en la regulación del mandato mercantil. El administrador ha de ser nombrado por sus competencias personales, y ha de cumplir con ser un ordenado empresario y representante leal. Sin embargo, esto en la realidad puede traer problemas de interpretación y es fundamental la labor de la doctrina y de la jurisprudencia, puesto que la Ley, a pesar de ser más clara que en las redacciones anteriores, parte de conceptos jurídicos indeterminados y en muchas ocasiones tratamos con normas dispositivas y no imperativas.

El deber de diligencia se puede dividir en un deber de fidelidad y un deber de cuidado, donde la profesionalidad, o el deber de administrar en interés de la sociedad con la información adecuada, son aspectos esenciales. Sin embargo, el legislador es consciente de que en la gestión de las sociedades tomar riesgos es inherente en los negocios. Por ello, se protege el margen de discrecionalidad del administrador mediante la inclusión en nuestro Derecho de la *Business Judgment Rule*, es decir, la protección de la discrecionalidad empresarial. Gracias a este margen de discrecionalidad los administradores pueden actuar en nombre de la sociedad sin tener una obligación de resultados sino de medios. Debido a ello, será complicado exigir responsabilidad a los administradores por haber incumplido este deber de diligencia, ya que se deja en manos de los tribunales, donde siempre que se actúe en el ámbito empresarial conforme a Derecho, con información suficiente y mediante el procedimiento adecuado se encontrarán protegidos por este margen de actuación.

No sucede lo mismo con el deber de lealtad exigido a los administradores, que es imperativo en nuestro Derecho. El administrador como gestor de intereses ajenos debe guiar sus actuaciones en la búsqueda del interés social. El administrador ha de ser un fiel representante de la sociedad. La LSC establece determinadas prohibiciones y deberes para delimitar que se entiende por lealtad hacia la sociedad, como por ejemplo el deber de guardar secreto, o la prohibición de desviación de poder. Dentro de los deberes impuestos imperativamente por la Ley, cabe destacar el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Estas situaciones han sido ampliamente estudiadas por la doctrina por la complejidad y variedad de supuestos que presentan. Los conflictos de interés aparecen cuando los intereses personales de los administradores se contraponen con el interés social. Uno de los mayores debates de la doctrina es determinar que se entiende por el mejor interés de la sociedad.

Tras haber analizado los deberes exigidos a los administradores, tanto de derecho como de hecho, pues las exigencias son las mismas, se ha procedido a hacer un breve análisis de los socios, como propietarios del capital social que han puesto en común sus intereses para formar una sociedad con una voluntad propia. La junta general constituye el órgano soberano de la sociedad, que está formada por los socios que tienen unos derechos mínimos. La realidad hace que estos derechos no se apliquen de igual manera cuando el socio es minoritario o mayoritario pues el principio que reina en el funcionamiento de las sociedades es el principio de mayoría. Es por ello, que en la realidad nos encontramos en ocasiones con un abuso de la mayoría, y en otras, con un abuso de la minoría.

La junta general y el órgano de administración son órganos separados con competencias autónomas. No obstante, la junta general puede someter determinadas decisiones del órgano de administración a su aprobación o emitir instrucciones vinculantes a los administradores. Surge entonces el problema en el que el administrador, por un lado, ha de cumplir con las instrucciones de la junta, pero por otro, ello no implica una exoneración de responsabilidad.

Son muchas aristas que aparecen en relación a los deberes de los administradores y la relación entre los socios y los administradores. En este trabajo se han expuesto las consideradas más relevantes, centrándonos en los deberes de los administradores que son un pilar fundamental en la actuación de la sociedad en el tráfico jurídico y mercantil. Los

administradores pueden ser considerados la extensión del contrato social en el que las partes, los socios, han reflejado sus intereses mediante un objeto social, llamando a los administradores a actuar en nombre de la sociedad para el desarrollo de este objeto.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, “Artículo 225. Deber de diligencia”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 313-324
- ALFARO, “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 325-360
- ALFARO, “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *AFDUAM*, 2016, pp. 213-236, nº 20
- ARROYO, “Reflexiones en torno al interés social”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1845-1858
- ASTARLOA, “¿Por fin un concepto unívoco de <<administrador de hecho>> en Derecho penal y Derecho societario?”, *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 60-67, Extraordinario, p. 60 y ss.
- CERRATO, “El deber de diligencia de los administradores y la protección de la “discrecionalidad empresarial””, *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [ARIAS y RECALDE (Coord.)], Madrid, Estudios Mercantiles, nº 3, pp. 75-84
- DÍAZ MORENO, “La *business judgment rule* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”, *Análisis GA&P*, 2014, pp. 1-7
- DOMÍNGUEZ, “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1299- 1320
- EISENBERG, *Corporations and other business organizations*, 2005 [non vidi, STOUT, “Corporate directors [and officers] making business judgments in Tennessee: The Business Judgment Rule”, *University of Memphis Law Review* nº 445, 2013”]
- EMPARANZA, “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *RDM* nº 281, 2011, pp. 1-24
- GARCÍA-CRUCES, “Derecho de información”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2011, pp. 1372-1388
- JUSTE, “Artículo 227. Deber de lealtad”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 361- 375

- JUSTE, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 376-393
- JUSTE, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [JUSTE (Coord.)], Navarra, 2015, pp. 395- 412
- JUSTE, “El deber de abstención del socio-administrador en la junta general”, RDS nº 49, 2017
- MARTÍNEZ FLOREZ, “Reglas especiales de tutela de los socios (art. 291 y 292)”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], II, Madrid, 2011, pp. 2138-2182
- PAZ-ARES y NÚÑEZ-LAGOS, “La actuación del órgano de administración en la compra y venta de la sociedad: los conflictos de interés”, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, 2016, p. 1-19
- PAZ-ARES, “Anatomía del deber de lealtad”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, pp. 43-65, nº 39
- PAZ-ARES, “El gobierno de las sociedades: Un apunte de política legislativa”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1805- 1818
- PAZ-ARES, “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, *Curso de Derecho Mercantil*, [APARICIO (Coord.)], I, Madrid, 2006, pp. 469-501
- PERDICES, “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 de 2001 (RJ 2001, 7489)”, RDS nº 18, 2002, pp. 277-287
- PORTELLANO DÍEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, pp. 23 y ss. [non vidi, cit. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, p. 181]
- PRADES, “Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas”, Diario La Ley nº 7168, 2009 [LA LEY 11125/2009]
- RECALDE, “La posición del socio y las nuevas competencias de la Junta General; en particular en las sociedades cotizadas”, *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, [ARIAS y RECALDE (Coord.)], Madrid, Estudios Mercantiles, nº 3, pp. 25-32
- RIBAS, “Configuración sistemática y contenido del deber de lealtad”, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, LA LEY 3319/2011, Madrid, 2010, p. 1-70
- RIBAS, “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, RDS nº 38, 2012, pp. 1-82

- RIBAS, “Los deberes de los administradores”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2011, pp. 1608-1663
- ROJO, “La impugnación de acuerdos”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, [ROJO y BELTRÁN (Dirs.)], I, Madrid, 2011, pp. 1434-1481
- SÁNCHEZ CALERO, “Administradores”, *Comentarios a la LSA*, IV, 1994, p.109 [non vidi, cit. RIBAS, “Configuración (...) lealtad”, p. 52]
- SÁNCHEZ CALERO, “De los administradores de la sociedad”, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005, pp. 37-54.
- SÁNCHEZ CALERO, “Ejercicio del cargo por el administrador”, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005, pp. 169-206.
- Sentencia de la Corte de Delaware de 1984, Aronson v. Lewis
- Sentencia de la Corte de Delaware de 2000, Brehm v. Eisner
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 [LA LEY 20306/2007]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio 482/2010, (FJº 8), [LA LEY 148069/2010]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero 68/2017, [LA LEY 3058/2017]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio 816/2006, (FJ 2º), [RJ 2006/7317]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre 1166/2008, (FJ 3º), [LA LEY 189356/2008]
- URÍA MENÉNDEZ, “Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”, 2015, pp. 11
- URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Sociedad Anónima: Órganos sociales. Los administradores”, *Curso de Derecho Mercantil*, [APARICIO (Coord.)], I, Madrid, 2006, pp.956, 958 y ss.
- VALPUESTA, “Arts. 204 a 208. Impugnación de acuerdos de la junta general”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 542-568
- VALPUESTA, “Arts. 225 a 232. Deberes de los administradores”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 613-634
- VALPUESTA, “Arts. 93 a 97. Los derechos del socio. Diversidad de derechos, y participaciones y acciones privilegiadas”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015, pp. 246-256
- VÁZQUEZ, “Capítulo 3. Las armas del socio minoritario”, *Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios*, Valencia, 2017, pp. 1-38
- VERDÚ, “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores”, RLM nº 1, 2015, pp. 102-108, nº 24