



EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y ASEGURADORAS¹

The duty of loyalty of the administrators of credit entities and insurance companies

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil. Universidad San Pablo CEU

Revista de Derecho del Sistema Financiero 1
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.01.05.2021>

Marzo 2021

Págs. 161–194

RESUMEN: El deber de lealtad impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. A partir de ahí, se han establecido una serie de obligaciones básicas del propio deber de lealtad, además del deber de evitar situaciones de conflictos de interés. Todo ello, bajo un régimen imperativo, salvo en algunas opciones de

ABSTRACT: The duty of loyalty imposes upon the administrators the obligation to carry out the charge with the loyalty of a faithful representative, working in good faith and in the best interest of the society. From there, a series of basic obligations of the duty of loyalty have been established in addition to the duty to avoid situations of conflicts of interest. All this, under an imperative regime, except for some waiver

1. Las labores de investigación desarrolladas en este trabajo se han iniciado en la estancia de investigación realizada por el autor en la Università degli Studi di Roma durante los meses de mayo a julio de 2019, gracias a la concesión de una ayuda a la movilidad dentro de la XV Convocatoria de Ayudas a la Movilidad Investigadora CEU – Banco Santander, en el seno del Proyecto de Investigación Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa – RTI2018-099471-B-I00 (Ministerio de Innovación, Ciencia y Universidades / FEDER,UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como investigador del equipo de trabajo, y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores del Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU «Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos» (C22/0720) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

dispensa. Este marco legal tan amplio ha motivado que las normas específicas de la ordenación de las entidades de crédito y de las entidades aseguradoras no recogen de forma concreta contenido alguno del deber de lealtad de los consejeros. Por último, el incumplimiento del deber de lealtad, en el marco del gobierno corporativo, motiva un régimen de responsabilidad general y específico en este tipo de entidades.

PALABRAS CLAVE: Gobierno corporativo, Consejo de administración, Deber de lealtad, Obligaciones, Entidades de crédito, Entidades aseguradoras.

options. This broad legal framework has meant that the specific regulations governing the organization of credit institutions and insurance companies do not specifically contain any content of the directors' duty of loyalty. Finally, the breach of the duty of loyalty, within the framework of corporate governance, motivates a regime of general and specific responsibility in this type of entity.

KEYWORDS: Corporate governance, Board of directors, Duty of loyalty, Obligations, Credit entities, Insurance companies.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN EL MARCO DEL GOBIERNO CORPORATIVO. II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DEBER DE LEALTAD EN LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. 1. *Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.* 2. *El deber de evitar situaciones de conflicto de interés.* 3. *Las personas vinculadas a los administradores.* III. ESPECIALIDADES DEL DEBER DE LEALTAD EN LA ORDENACIÓN MERCANTIL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS. 1. *El deber de lealtad de los administradores de las entidades de crédito.* 2. *El deber de lealtad de los administradores de las entidades aseguradoras.* IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD. 1. *Las infracciones de las normas de buen gobierno corporativo de los administradores de las entidades de crédito.* 2. *Las infracciones de las normas de buen gobierno corporativo de los administradores de las entidades aseguradoras.* V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN EL MARCO DEL GOBIERNO CORPORATIVO

La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto, de forma evidente, las deficiencias existentes en el régimen del gobierno corporativo de las entidades financieras y, más concretamente, de las entidades de crédito.

En este sentido, y desde ese momento, se ha realizado una intensificación de la regulación legal de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las sociedades de capital. El objetivo del presente trabajo se ciñe, exclusivamente, al análisis del deber de lealtad de los administradores de las entidades de crédito y de las entidades aseguradoras, partiendo del régimen general de todas las sociedades y, a partir de ahí, nos ceñiremos al régimen específico establecido en marco regulatorio de la ordenación de estas entidades.

El régimen de los deberes de los administradores de sociedades de capital está contemplado en los artículos 225 a 232 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, estos preceptos sufren una importante modificación como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre,

por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, de forma que el contenido y alcance de los deberes de diligencia y de lealtad se intensifica.

En este sentido, el previo Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (14 de octubre de 2013), creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, consideró necesario y fundamental la reforma en la legislación española de sociedades de capital en lo relativo a los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad. Así, el referido Informe indicaba que era necesario actualizar y reforzar el régimen jurídico, entre otros, de los deberes de los administradores, en particular, del deber de lealtad y de su régimen de responsabilidad².

En concreto, al ceñirse al deber de lealtad, se preveía que *como contrapunto necesario de las garantías introducidas en el ámbito del deber de diligencia, la Comisión de Expertos considera que es urgente y necesario reforzar el régimen del deber de lealtad (...), con el fin de subsanar ciertas insuficiencias que se han advertido en su regulación: (i) en la tipificación y sistematización de las conductas desleales; (ii) en la identificación de los destinatarios de los deberes de lealtad; (iii) en el volumen de las sanciones aplicables; y (iv) en los cauces previstos para exigir las correspondientes responsabilidades*³.

2. Tal y como se extrae del Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, señalaba que necesario actualizar y reforzar su régimen jurídico. Es una vieja asignatura pendiente. De hecho, el Código Unificado recomendó al Gobierno, ya en el año 2006, reformar el régimen de responsabilidad de los administradores al objeto de hacerlo más severo y eficaz, a cuyo efecto preveía (en la recomendación al Gobierno número 6, contenida en su anexo II), la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: (i) Una tipificación más precisa de los deberes de lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés. (ii) La extensión de los deberes de lealtad, y de su régimen de responsabilidad, a los accionistas de control, así como a los administradores de hecho, incluidos los ocultos. (iii) La legitimación directa de los accionistas para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deslealtad; se podía configurar, tal vez, como un "derecho de minoría". (iv) El establecimiento de un trámite de admisión de la demanda, de forma que el juez pueda rechazar aquellas que entrañen abuso de derecho. (v) La elevación de las sanciones, de forma que incluyan en todo caso la devolución del enriquecimiento injusto. Ninguna de ellas ha sido adoptada hasta el momento, aunque es cierto que buena parte han tenido cabida en la Propuesta de Código Mercantil, cuyas previsiones en este terreno (artículos 215-7 y siguientes) representan una mejora sustancial del régimen de los deberes de los administradores y de las condiciones precisas para la exigencia de responsabilidad.
3. Continúa el informe de la siguiente manera: *De este modo, se contribuirá a incrementar la eficacia de este capítulo fundamental de la regulación societaria tanto en el plano de la orientación de las conductas como en el plano sancionatorio, todo ello en línea, también, con algunas indicaciones de la Propuesta de Código Mercantil. En particular, además de consignar una fórmula más adecuada para el deber genérico, parece preciso, en primer lugar, ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, completando el catálogo actual –sobre todo en materia de conflictos de interés– con base en la experiencia doctrinal y comparada, así como reglamentar adecuadamente el régimen de dispensa de las prohibiciones; en segundo lugar, es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también*

En el marco de la concreción del sistema de responsabilidad de los administradores, por incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, se contemplaba además la extensión del *régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y a facilitar la interposición de la acción social de responsabilidad, reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a que se pronuncie sobre ello la junta general.*

Esta motivada extensión del contenido del régimen del deber de lealtad de los administradores en la normativa de sociedades de capital ha causado que otra de las normas reguladoras de las sociedades cotizadas, entre las que se encuentran numerosas entidades de crédito y entidades aseguradoras, esto es, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no dedique precepto alguno al régimen de los deberes de los consejeros de administración de las sociedades cotizadas. Sin duda, ésta es una gran noticia en el marco de la exigibilidad en el cumplimiento de los deberes de los administradores de entidades de crédito y entidades aseguradoras, pues las disposiciones del citado Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas están sujetas al principio de “cumplir o explicar”⁴.

Aunque hemos aclarado que la Ley de Sociedades de Capital es de carácter obligatorio, también sigue, en cierta parte, este principio de “cumplir o explicar”, de modo que, cuando las sociedades no hagan cumplimiento de las recomendaciones que por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hacen, deberán justificar las razones por las que no han entablado medidas para el seguimiento de las sugerencias establecidas⁵.

Sin duda, el régimen imperativo de los deberes de los administradores de sociedades de capital, previsto en su normativa reguladora, nos hace

los denominados administradores ocultos; en tercer lugar, se debe ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción (se trata de una vieja previsión ya contenida en el Código de Comercio para algunos casos paradigmáticos de violación del deber de lealtad, que ahora se generaliza a todos los supuestos).

4. Véase COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020, pp. 9-10, donde se explicitan las características de este Código y se justifica: *La utilización de códigos de buen gobierno de carácter voluntario junto con el principio de «cumplir o explicar» son un sistema útil para lograr parte de los objetivos del buen gobierno corporativo y es el sistema seguido de forma consistente tanto en los principales países de la Unión Europea como en otros países desarrollados, resaltando su flexibilidad en el modo de ser aplicado y la posibilidad de constituirse en una referencia de buenas prácticas de gobierno corporativo. Además, la Unión Europea ha recogido expresamente en su normativa la validez de este principio de actuación, confirmado recientemente en el Libro Verde de la Unión Europea sobre gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.*
5. MÓLINA HERNÁNDEZ, C., “Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo”, *La Ley Mercantil*, n.º 39, 2017, p. 2.

comprobar, en conclusión, que el endurecimiento de las normas de buen gobierno corporativo de las sociedades, como consecuencia de la crisis financiera de 2008, ha sido determinante para la gestión de las entidades de crédito y entidades aseguradoras. No obstante, y como parte final de este trabajo, se procederá a un análisis de las normas específicas contenidas en el marco de la ordenación de estas clases de entidades, pero, ya adelantamos, que, una vez más, el marco común de las sociedades de capital ha conseguido que las disposiciones específicas sean de trascendencia muy pequeña en el ámbito concreto de la regulación del deber de lealtad de los administradores.

Por último, la actual crisis sanitaria prevé en nuestra práctica societaria y concursal una serie de medidas de carácter transitorio y temporal que pueden traer consecuencias para los administradores de entidades de crédito y aseguradoras. En este sentido, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ha establecido que hasta el 14 de marzo de 2021 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Y, además, en lo concerniente al ejercicio económico de 2020, no se tendrán en cuenta las pérdidas en relación a la causa de disolución del artículo 363.1.e) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

Por todo ello, se pretenden evitar las circunstancias imprevistas y extraordinarias derivadas de la Covid-19, de forma que se penalicen a las empresas y a sus administradores, así como favorecer la viabilidad de las empresas evitando que deban verse inmediatamente abocadas a la disolución o al concurso. No obstante, si durante este período la sociedad carece de viabilidad y se abordan solicitudes de préstamos o la realización de contratos a crédito, podría entenderse que los administradores no están realizando una diligente administración de la compañía.

En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del administrador surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Causa legal de disolución que queda inoperante durante estos ejercicios económicos pero

que, sin duda, podría devenir con posterioridad. Y es aquí donde puede devenir el incumplimiento de los deberes de los administradores de entidades de crédito y aseguradoras.

Está claro que el administrador no va a incurrir en la presunción de culpabilidad del artículo 444.1.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, por haber incumplido el deber de solicitar el concurso, pero no se ha determinado que finalmente el concurso pueda ser calificado como culpable cuando *en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso* (artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo⁶. Podemos concluir, por tanto, que esta norma transitoria y temporal puede generar, sin duda alguna, responsabilidad de los administradores a tenor del artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, antecala, en gran medida, de situaciones de preinsolvencia o insolvencia de las entidades a las que representan.

Por tanto, todo administrador, para evitar estas situaciones que pueden suponer el incumplimiento de las obligaciones básicas del deber de lealtad, así como del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, deberían contar con la aprobación de la junta general para la realización de cualquier operación que incrementara el pasivo de la empresa y ante la existencia de dudas razonables sobre la viabilidad de la empresa, no deberían esperar para presentar el precurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio, salvando así la actividad de la empresa sin riesgo alguno de incurrir en cualesquiera supuestos de responsabilidad.

6. ALCOVER GARAU, G., “El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril (RJ 2019, 1374), y 420/2019, de 15 de julio (RJ 2019, 2808)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 58, 2020, 13 pp., donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DEBER DE LEALTAD EN LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Tal y como se establece en el artículo 227.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el deber de lealtad impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9007)*, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. En este sentido, además, añade el precepto, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad –el interés social– implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros⁷.

Podemos decir que el deber de lealtad, al igual que otros principios, se rige por las notas características de determinados principios, tales como: (i) no rige sin excepción; (ii) no comporta la pretensión de exclusividad; (iii) el principio despliega su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación con otros principios; (iv) para su aplicación el principio requiere de concreción⁸.

El deber de lealtad, como vamos a tener oportunidad de analizar, es un deber amplio y complejo que va desde el interés de la sociedad, pasando por la situación del administrador de evitar situaciones de conflictos de interés respecto de la sociedad, evitando situaciones de propio beneficio personal, así como otras obligaciones⁹.

Aun cuando se ha producido un endurecimiento de la configuración legal de los deberes de los administradores de sociedades de capital, y, más concretamente, del deber de lealtad, lo cierto es que encontramos escasa litigiosidad en el marco general del citado deber.

En todo caso, la cuestión posee especial relevancia en el supuesto de grupo de sociedades, en la contraposición entre el interés social y lo que se ha denominado el interés del grupo. Aborda esta cuestión la *Sentencia del*

7. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, p. 49.

8. RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, pp. 85 y siguientes.

9. VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, pp. 441-442.

Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5784), invocando la doctrina jurisprudencial ya recogida en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440)*, aunque sin desconocer que el supuesto enjuiciado, el de sociedad unipersonal en la que el socio único es la sociedad matriz del grupo y el administrador es también la propia sociedad matriz-socio único, es realmente singular en lo que respecta a la configuración del deber de lealtad del administrador.

Y, en ese contexto, la situación del administrador socio único se compagina de manera problemática con el entendimiento de los deberes del administrador social como deberes fiduciarios, concreciones de una obligación básica o genérica que le incumbe como gestor de intereses ajenos y que consiste en realizar el interés social o, siguiendo la dicción del artículo 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, obrar en el mejor interés de la sociedad. Por ello, la sentencia reconoce que el supuesto de sociedad unipersonal en que el administrador es el socio único no es el más adecuado para delimitar conceptualmente el deber de lealtad del administrador social y menos aún para resolver la controversia entre la concepción contractualista y la institucionalista del interés social que determina el deber de lealtad del administrador social¹⁰.

En todo caso, la citada sentencia afirma que el deber de lealtad del administrador de la sociedad filial viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo. En concreto, no viene referido al interés de la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar interés del grupo. La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus particulares objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado. El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo. Y afirma, igualmente, que el hecho de que la decisión del administrador beneficie a la mayoría social, incluida la sociedad matriz cuando esta es titular de la mayoría del capital social, no excluye la posibilidad de que haya infringido el interés social y, por tanto, su deber de lealtad¹¹.

10. Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 y de 17 de enero de 2012*.

11. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5784)* recuerda, a este respecto, que la normativa societaria prevé como una de las causas de

Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales. Y ese equilibrio, afirma la doctrina del Tribunal Supremo¹², puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Estas ventajas compensatorias han de tener, en todo caso, un valor económico, ser verificables, proporcionales y justificadas. En este sentido, el argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario,

impugnación de los acuerdos sociales la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, tal y como se regula en el artículo 204.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Teniendo en cuenta que los acuerdos sociales han de adoptarse por mayoría que, en el caso de los acuerdos de la junta de socios, será la mayoría del capital social, y en ocasiones se exige incluso una mayoría cualificada para la aprobación del acuerdo, el hecho de que pueda considerarse contrario al interés social un acuerdo adoptado por la mayoría del capital social muestra que el interés social no es necesariamente el interés de la mayoría del capital social.

12. Detalla la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440)*, que “tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial). Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a “sinergias” o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial, como pueden ser las inherentes a una cesión de clientela. En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder”.

si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder¹³.

En el asunto que nos ocupa, y en el marco de las situaciones de preinsolvencia y de insolvencia de entidades, únicas o integradas en un grupo, hay que reconocer que la infracción del deber de lealtad puede acarrear dificultades de cobro para los acreedores de la sociedad. En este sentido, la responsabilidad concursal del administrador debe reunir carácter indemnizatorio¹⁴, toda vez que más allá del interés social, también hemos de tener presente los intereses de los acreedores.

En el caso de un grupo de sociedades, como el que nos ocupa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440), quedan desprotegidos los intereses de los acreedores de la sociedad desfavorecida por la decisión adoptada por el administrador en interés del grupo, que ven mermadas sus expectativas. Podemos decir que los acreedores no tienen sólo un interés jurídicamente protegido a la ejecución colectiva de los bienes del patrimonio del deudor para hacer frente a sus créditos, sino también un interés en que el patrimonio, que en muchos casos se trata de una unidad empresarial generadora de recursos, se conserve como un todo y poder elegir el modo de satisfacción que más les convenga en un procedimiento de insolvencia en el contexto del saneamiento preconcursal¹⁵.

En todo caso, no hay que olvidar que la concreción de la responsabilidad concursal del administrador, como consecuencia de la desprotección de los intereses de los acreedores, tiene que venir perfectamente concretada; todo ello porque será el juez del concurso quien deba determinar que la participación del administrador debe provocar la insatisfacción total o parcial de los créditos, además de las otras causas que puedan haber motivado la situación de insolvencia de la sociedad. Por tanto, el interés de la sociedad debe aglutinar, más allá de los intereses de los socios, el interés

13. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, pp. 49-50.

14. Nos encontramos con un interesante debate jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal acerca del carácter resarcitorio o sancionador de la responsabilidad concursal de los administradores.

En nuestra opinión, tal y como se configura en nuestro ordenamiento, más allá de la culpabilidad necesaria para determinar la responsabilidad del administrador, el objetivo es la fijación de una cuantía económica, en aras de la fijación de una indemnización para la cobertura del déficit concursal.

Sobre esta cuestión, véase, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2475), de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6537), de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1614) y de 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1623).

15. GONZÁLEZ CABRERA, I., “Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5784)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 52, 2018, pp. 16-17.

de acreedores, a fin de eludir, en el marco del cumplimiento del deber de lealtad de todo administrador, concurrencia de motivos de culpabilidad, en sede societaria y en sede concursal.

1. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD

En el diseño del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en concreto, en su artículo 228, se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En la medida en que el régimen del deber de lealtad es imperativo, no resultan válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados, y bajo determinadas circunstancias, de algunas de estas prohibiciones. En concreto, se prevén dispensables algunas –no todas– de las obligaciones impuestas al administrador para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (artículos 228 e) y 229.1, salvo el artículo 229.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). No pueden considerarse dispensables, por el contrario, la mayoría de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad [artículos 228 a), b), c) y d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital].

Esa es la interpretación que se deriva de la literalidad legal que, tras contemplar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, con especial atención al deber de evitar situaciones de conflictos de interés, dispone la naturaleza imperativa de este régimen, no admitiendo disposiciones estatutarias limitativas o contrarias (artículo 230.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), pero admite posibles dispensas en casos singulares autorizados respecto a los supuestos previstos en el artículo 229, referido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés. El precepto legal no extiende esta posible dispensa respecto a las obligaciones establecidas en el artículo 228 [excepción hecha de la contenida en la letra e) del artículo 228 –el deber de evitar situaciones de conflicto de interés– que es precisamente desarrollada en el artículo 229, al que si, con carácter general –que no absoluto– se extiende el régimen de dispensa singular autorizada].

En el ámbito de lo que la Ley de Sociedades de Capital denomina obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en particular, éste obliga al administrador a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. Las facultades derivadas de las competencias de gestión y representación que corresponden a los administradores de las sociedades de capital, han de ser ejercidas para desarrollar las actividades precisas para la consecución del objeto y fin social, de manera que,

en particular, los administradores no pueden ejercer sus facultades para la consecución de intereses particulares o de terceros. En todos los casos de utilización de las facultades para fines distintos hay una infracción del deber de lealtad, ya que el administrador deja de actuar como un representante leal en defensa del interés social¹⁶.

También se exige al administrador guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. La dicción legal incluye informaciones, datos, informes o antecedentes, aunque es lógico entender que el deber de secreto recaiga sobre aquellos de carácter confidencial a los que se ha tenido acceso en el desempeño del cargo. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012, 759)* determina que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: “1) Que la información de cualquiera que sea su naturaleza –datos, informes o antecedentes– sea confidencial. 2) Que el conocimiento de la información se haya adquirido “como consecuencia del ejercicio” del cargo, aunque no necesariamente “en el ejercicio” del mismo. 3) Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social”. Y añade que para que se vulnere el referido deber de confidencialidad es preciso: “1) Que la información se comunique o divulgue a terceros. 2) Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado¹⁷”. La obligación de guardar secreto, incluso tras el cese del administrador en el cargo, se excepciona en aquellos casos en que la ley lo permita o requiera. Así, las excepciones afectan a aquellos supuestos en los que legalmente se permita su comunicación o divulgación a terceros y en los que se imponga la remisión de dicha información a la autoridad judicial o de supervisión.

En todo caso, la configuración legal actual del deber de diligencia de los administradores, en virtud del cual se establece el derecho-deber de informarse en el ejercicio de sus funciones puede motivar que, en ocasiones, el acceso a información sensible de la sociedad y, posteriormente, un mal uso de la misma, ocasione un perjuicio para el interés social de la entidad¹⁸.

Además, el administrador debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona

16. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, p. 51.

17. Véase también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9480)*, que señala que las conductas que comportan una violación del deber de secreto por parte de los sujetos obligados son dos: la comunicación de la información confidencial a terceros, y la divulgación de la información confidencial.

18. ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, 2015, p. 204.

vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. La previsión recoge el deber de abstención inherente a la condición de administrador –que se extiende a las personas vinculadas– y que se encuentra relacionado con el artículo 190.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, que prohíbe al socio –simultáneamente administrador– el ejercicio del derecho del voto correspondiente a sus acciones o participaciones, cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, conforme al régimen establecido de imperatividad y dispensa.

El deber de abstención abarca tanto los conflictos de intereses directos como indirectos, aunque se excluye cuando el conflicto afecta al administrador en su condición de tal, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración, como miembro de una comisión del consejo o su destitución como consejero delegado, u otros de análogo significado¹⁹. En este sentido, a nuestro parecer, y como ya ha mantenido parte de nuestra doctrina, esta abstención debería ir más allá, y hacer que el administrador no obtuviera información alguna sobre la deliberación y voto de la cuestión que le afecte²⁰.

Igualmente, se impone al administrador el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, se establece que ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo relevante de este deber es que lo que se exige al administrador en cumplimiento de su deber de lealtad es adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. Este deber, aunque se contempla como obligación básica derivada del deber de lealtad en la letra e) del artículo 228, se desarrolla específicamente en el artículo 229.1, que contempla actuaciones en particular que el administrador debe abstenerse de realizar. Éstas son las obligaciones –salvo la

19. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1238)* establece que “el precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. en la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible”.

20. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La abstención del consejero en conflicto de intereses”, en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, p. 306.

prevista en la letra b) del artículo 229.1– que pueden dispensarse en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias. En efecto, la sociedad podrá dispensar algunas de estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada (en puridad, la autorización debe ir referida al administrador, ya que es él quien tiene el deber de lealtad).

2. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

La lista de conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores es de carácter abierto, de forma que únicamente suponen una enumeración ejemplificativa de posibles conductas en las que el administrador infringiría el deber de lealtad²¹. En todo caso, vamos a realizar un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones.

En particular, las actuaciones que el administrador debe abstenerse de realizar, como concreción de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, son, en primer lugar, abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. La prohibición impide al administrador realizar transacciones con la sociedad –término deliberadamente amplio– por el conflicto que ello suscita entre el interés de la sociedad y el interés del administrador²², salvo que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia²³.

21. EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, 2009, p. 1435.

22. Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Sociedades de Capital contiene otras prohibiciones específicas de autocontratación. Así sucede en relación con la concesión por la propia sociedad de asistencia financiera a sus administradores –artículo 162.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital– y respecto al establecimiento o modificación de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores –artículo 220 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital–. En ambos casos, para su realización, deberá otorgarse autorización por la junta general.

23. BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, 2015, p. 251, donde la autora muy acertadamente defiende al respecto:

“Se trata de una manifestación de autocontratación y por eso lo que caracteriza a estas ventajas es que el administrador, al realizarlas, emite una declaración de voluntad por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia. La situación de conflicto de intereses en la que se encuentra el administrador que autocontrata tenderá

La autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general si afecta a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso²⁴.

En segundo lugar, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador a abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas²⁵. Así, los actos de explotación de la condición de administrador, o de cualquiera de los elementos a los que la misma da acceso, realizados por el administrador con fines privados deben considerarse prohibidos cuando son utilizados por el administrador para la satisfacción de un interés distinto al interés de la sociedad.

En tercer lugar, también debe el administrador abstenerse de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. La autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En cuarto lugar, el administrador tiene vedado aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, se entiende, en beneficio personal²⁶.

a hacer prevalecer el interés propio sobre el interés de la sociedad por cuya cuenta contrata”.

24. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, pp. 53-54.
25. PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Civitas, 1996, p. 23; QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, p. 960.
26. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9007)* señala que “(...) el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad –en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación– determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe (...). Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del

Esta previsión es consecuencia directa de la inclusión de los principios de gobierno corporativo en nuestro ordenamiento. Como en el supuesto anterior, la autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En quinto lugar, el administrador está obligado a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. En este sentido, supone un conflicto de interés pues el administrador puede atender preferentemente a las personas de las que obtenga un incentivo retributivo, más allá de los propios intereses o de personas vinculadas²⁷. En este caso, la autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general.

Por último, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador, a abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. La previsión contempla dos supuestos distintos. De un lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad²⁸. De otro lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad²⁹.

Esta obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en casos singulares, en el supuesto de que no quepa esperar

aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido (...). Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad”.

27. LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Civitas, 1995, p. 117.
28. No se requiere coincidencia plena entre la actividad realizada por la sociedad y la desarrollada por el administrador. Así se pronuncia, de forma acertada, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, 2015, p. 262.
29. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1988 (RJ 1988, 6356) consideró acertada para una sociedad anónima la norma estatutaria en virtud de la cual se prohibía a los socios, mientras ostentaran dicha condición, la dedicación a las mismas actividades que constituían el objeto social.

daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. A instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante³⁰.

En la actualidad, como consecuencia de la constante electrificación del Derecho de sociedades³¹, nos encontramos con la posibilidad de la incorporación de la inteligencia artificial en las sesiones del consejo de administración de entidades de crédito y entidades aseguradoras. Es innegable que esta posibilidad, real en nuestra actualidad, puede conllevar numerosas facilidades en el gobierno, control y gestión de las entidades. No obstante, en el marco del cumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores, la integración de los robots en el consejo de administración, desde el punto de vista de la concreción del interés de la sociedad, y en el marco de los conflictos de interés, puede suponer una reducción significativa de las cuestiones de responsabilidad de los sujetos integrantes del gobierno de las sociedades, así como de las cuestiones retributivas³².

3. LAS PERSONAS VINCULADAS A LOS ADMINISTRADORES

Tal y como se establece en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, bajo el título “Personas vinculadas a los administradores”, nos encontramos un listado cerrado respecto de los administradores personas físicas y administradores personas jurídicas³³.

30. Sobre la cuestión de la dispensa en esta situación de conflicto de interés, véase la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 14)*, que fija como doctrina lo siguiente: “la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 LSRL, se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses”.

En la actualidad, como se puede apreciar del precepto, no sólo contempla la opción del desarrollo de una sociedad por parte del administrador, sino que es posible que realice las mismas actividades por cuenta ajena.

31. Tanto en el momento de la constitución de las sociedades de capital como en el transcurso de la junta general y de las reuniones de los consejos de administración, las normas comunitarias y nacionales del Derecho societario tienden paulatinamente a la incorporación de las nuevas tecnologías.

32. Sobre esta cuestión, véase CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M^a. C., “La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 59, 2020; MUÑOZ PÉREZ, A. F., “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 60, 2020.

33. En este sentido, y en nuestra opinión, de forma acertada, RAMOS HERRANZ, I., “Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas por cuenta propia o realizadas por

Las personas vinculadas al administrador persona física son el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad; los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador; los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador³⁴; y las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones de existencia de un grupo contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio³⁵. En el enjuiciamiento de un supuesto sujeto a la legislación anterior de sociedades de responsabilidad limitada –que no contenía una previsión al efecto– la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017* (RJ 2017, 396), tomando como orientación las previsiones de personas vinculadas al administrador persona física, afirma que se prohíbe al administrador instrumentalizar a dichos sujetos como personas interpuestas o dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas.

Por su parte, las personas vinculadas al administrador persona jurídica son los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones de existencia de un grupo contempladas nuevamente en el artículo 42.1 del Código de Comercio; los

personas vinculadas (artículo 229.1 B] de la Ley de Sociedades de Capital), en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, p. 481.

Contra, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Aranzadi, 2006, p. 183, que añade, a nuestro parecer erróneamente, que lo más acertado hubiera sido seguir el proyecto remitido por el Gobierno, de forma que no se incorporase en la norma este listado y fueran los operadores jurídicos, los jueces en último lugar, quienes determinasen las personas vinculadas a los administradores.

34. RAMOS HERRANZ, I., *op. cit.*, p. 482, indicando, de forma muy correcta, que antes esta supuesto “el legislador hila fino”.
35. Se define el grupo de sociedades, a la luz del referido precepto, de la siguiente forma:
 - “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:
 - a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
 - b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
 - c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
 - d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica; las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios; y las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores³⁶.

Además, se prevé expresamente que los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. La obligación de comunicación, manifestación del deber de lealtad, es exigible no sólo ante los conflictos de intereses directos, sino también en los casos de conflictos indirectos³⁷. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria que integra las cuentas anuales, tal y como se desprende de los artículos 229.3 y 259 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

36. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2016* (JUR 2016, 125166), sostiene que "(i) La regulación del Derecho de sociedades de capital otorga progresivamente un mayor poder de gestión autónoma a los administradores de las mismas y, correlativamente, va restringiendo para los socios la posibilidad de inmiscuirse en la gestión ordinaria de su sociedad. Estos sólo cuentan con instrumentos secundarios para el control de tal gestión, como el derecho de información en las juntas o la posibilidad de acciones de responsabilidad. (ii) En contrapeso de aquellos poderes de gestión, la normativa societaria impone a los administradores una serie de comportamientos, tanto activos como omisivos, que se reconducen a la rígida observancia de dos deberes, el de diligencia en la gestión social, y el de lealtad hacia la sociedad. Tal deber de lealtad, artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo art. 226) impone al administrador velar en todo caso por el interés social, y anteponerlo siempre al interés del propio administrador o de terceros. (iii) Del citado deber de lealtad deriva la debida abstención por el administrador de aprovechar para sí o para terceros oportunidades de negocio que le son ofrecidas como administrador de la sociedad (antiguo art. 228 TRLSC), o evitar situaciones de conflicto de intereses, suyos o de personas relacionadas con él, en la adopción de decisiones sociales o en la contratación por la sociedad (art. 229 TRLSC). (iv) En tal marco legal, cobra sentido el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual delimita el círculo de personas relacionadas con el administrador, a fin de servir de norma de remisión para aquellos preceptos que establecen para el administrador una infracción del deber de lealtad, por anteponer al interés de la sociedad, aquel otro materializado en su persona o en aquellas especialmente relacionadas con el mismo. (v) De ahí derivará el reproche jurídico que proceda para el administrador, único sujeto que quebranta el deber de lealtad aparejado al cargo que desempeña, que es lo que permite el artículo 231. Pero tal precepto no alcanza a extender, no ya los efectos previstos para el propio administrador en normas que responden a aquella infracción de un deber personal del mismo, sino efectos completamente distintos de los recogidos en esa clase de normas, y prevenidos en otros ámbitos de la regulación societaria, como es la formación del estatuto de socio".

37. Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016* (RJ 2016, 1238).

El régimen de personas vinculadas a los administradores no es sólo exigible a las abstenciones impuestas al administrador como consecuencia de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, sino que su alcance se predica, cuando resulte aplicable, respecto a todo el régimen del deber de lealtad. Así se deduce no sólo de la referencia a las personas vinculadas que se incluye en el artículo 228 c), sino, sobre todo, de que el precepto que las regula indica expresamente que tendrán esa consideración, a efectos de los artículos anteriores. En este sentido, el administrador infringe el deber de lealtad tanto si el beneficiario por los actos o conductas prohibidas es él, como si es una persona vinculada a él³⁸.

III. ESPECIALIDADES DEL DEBER DE LEALTAD EN LA ORDENACIÓN MERCANTIL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

Como ya hemos tenido oportunidad de analizar, el deber de lealtad de los administradores cuenta con una extensa regulación, de carácter imperativo, en la normativa general de las sociedades de capital. No obstante, en el marco del objeto de este trabajo, vamos a tener la oportunidad de analizar las cuestiones específicas del deber de lealtad como respuesta al buen gobierno corporativo de las entidades de crédito y entidades aseguradoras, como detallamos a continuación.

1. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El gobierno corporativo de las entidades de crédito cumple una importante función, puesto que una buena gestión empresarial acarrea una solvencia de la propia entidad, así como la preservación de los derechos de accionistas, depositantes y demás entidades que entrelazan distintas relaciones jurídicas y económicas³⁹. No obstante, la crisis de las entidades de crédito se explica en tres factores que han derivado de un deficiente sistema de buen gobierno: (1) procesos internos y externos de controles de riesgos insuficientes; (2) directivos de entidades de crédito deficientes; (3) la nefasta incidencia de un modelo de retribución que incentivaba los objetivos particulares en detrimento de la solvencia e interés sociales.

Por todas estas razones, además de la remarcada importancia social, debemos decir que el gobierno corporativo de las entidades de crédito, si bien ha de seguir en gran medida los parámetros de las sociedades de capital, así como de las sociedades cotizadas, ha de contar con la intervención

38. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, p. 52.

39. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El papel de los accionistas y de los administradores en las crisis de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 115, 2009, p. 114.

administrativa del sector bancario. En este sentido, vamos a desglosar lo que, a nuestro parecer, suponen las cuatro etapas en la regulación del gobierno corporativo de las entidades de crédito.

Una primera fase viene constituida por los “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE” de 1998, aprobados en 1999, y revisados con posterioridad⁴⁰. Entre estos principios, se prevé la divulgación y la transparencia de todos los datos relativos a la sociedad, incluida la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa.

“La mejora del gobierno corporativo en las organizaciones bancarias”, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, de 2006, constituye la segunda etapa de la creación de las normas de gobierno corporativo en las entidades de crédito. Se formulan ocho principios de gobierno corporativo⁴¹, entre los que ya se destaca la responsabilidad de los administradores, conjugándose las tareas propias de su representación de una entidad de crédito, y una remuneración acorde al puesto que ostentan y a la realidad de la sociedad, principio que se ha extendido a toda sociedad de capital en la reforma de nuestra normativa de 2014.

En tercer lugar, como tercera etapa en la consolidación del gobierno corporativo de las entidades de crédito, podemos destacar el Libro Verde de la Comisión Europea sobre “El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración”, de 2010. Este documento remarca la importancia de la configuración de un conjunto de normas de gobierno corporativo de las entidades de crédito, dada su enorme importancia en la sociedad, atendiendo a la necesaria revisión de la normativa sobre la solvencia de estas instituciones, ya en marcha en el ámbito comunitario e internacional.

Por último, en cuarto lugar, y ya adentrándonos en la normativa española, destacamos la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito. Esta norma, además de la atribución directa de la supervisión bancaria española al Banco de España, señala la importancia del seguimiento del gobierno corporativo, atendiendo a una mayor eficiencia de los directivos y accionistas más significativos. En concreto, en su artículo 29, se concretan los aspectos para tener en cuenta en la creación de procedimientos de gobierno corporativo, como son:

a. Una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes;

b. Procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo;

40. Véase ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004.

41. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *La mejora del gobierno corporativo en las organizaciones bancarias*, 2006.

c. *Mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos;*

d. *Políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.*

Las previsiones de este precepto responden, evidentemente, a la falta de ética en la administración de las entidades de crédito⁴². Además, el riesgo, además del escaso control de los riesgos de las entidades de crédito, ha motivado que esta ley establezca preceptos específicos para la gestión de los riesgos, de manera que se finalice con un sistema de mentalidad a corto plazo, justificativo del recurrente reparto de dividendos⁴³.

En lo concerniente al consejo de administración de las entidades de crédito, y adentrándonos en el cumplimiento específico de las normas de gobierno corporativo dispuestas en la ordenación de este tipo de entidades, en una clara sintonía con las normas generales, se deduce del apartado segundo del mismo precepto ya referido, que los consejeros deben garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses, respondiendo de todas estas cuestiones y justificando temporalmente su seguimiento.

Además, en el apartado tercero, se establecen como funciones indelegables del consejo de administración las siguientes:

a) *La vigilancia, control y evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo así como la adopción de las medidas adecuadas para solventar, en su caso, sus deficiencias.*

b) *Asumir la responsabilidad de la administración y gestión de la Entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno.*

c) *Garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable.*

42. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Derecho, ética y negocios”, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/derecho-etica-y-negocios--0/html/> (consultada el 12 de noviembre de 2020).

43. VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 139.

En este sentido, y como mera muestra de un ejemplo, el Banco Santander, en este año 2020, como consecuencia derivada de la crisis del COVID-19, ha previsto la reducción en la remuneración de los administradores (un 50% menor en el caso de la presidenta y el director general, y un 20% menor para el resto de consejeros) y en el reparto de los dividendos, consolidándolo en un único pago en 2021, tras conocer los resultados de la pandemia. Sobre esta cuestión, véase “El consejo de administración del Banco Santander reduce su remuneración”, disponible en <https://iberoeconomia.es/mercados/el-consejo-de-administracion-del-banco-santander-reduce-su-remuneracion/> (consultada el 12 de noviembre de 2020).

d) *Supervisar el proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a la entidad de crédito.*

e) *Garantizar una supervisión efectiva de la alta dirección.*

En la actualidad, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 24 de septiembre de 2020, en su artículo 30, prevé unas normas de gobernanza de las entidades emisoras de estos instrumentos, de forma que cuenten con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, procedimientos eficaces para la detección, la gestión, el control y la comunicación de los riesgos a los que estén o pudieran estar expuestos, y mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables adecuados. Asimismo, nos encontramos una pormenorización de la prevención, detección, gestión y comunicación de los conflictos de intereses, en el artículo 28, muy similar al previsto en las normas específicas de las entidades de crédito.

Por último, como no podía ser de otra manera, en el marco de toda sociedad cotizada⁴⁴, y aun no teniendo esta consideración, tal y como se establece en el apartado quinto del artículo 29 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, las entidades de crédito contarán con una página web⁴⁵ donde darán difusión a la información pública y comunicarán el modo en que cumplen las

44. El artículo 11 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, bajo la rúbrica “Página web de la sociedad”, establece la posibilidad del mantenimiento de una página web respecto de toda sociedad de capital, siendo obligatorio para las sociedades cotizadas.

45. BOQUERA MATARREDONA, J., “Paradojas y problemas de la página web corporativa de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 313, 2019, 19 pp.; PÉREZ MORIONES, A., “La página web de la sociedad o página web corporativa: luces y sombras”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n.º 4, 2017, p. 101, quien concluye, a nuestro parecer, de forma muy acertada, sobre el escaso recurso a las páginas webs en las sociedades de capital en general:

“En suma, los costes jurídicos y económicos derivados de la creación de una página web corporativa quedan ampliamente compensados con las ventajas que proporciona en el funcionamiento de las sociedades de capital. Las previsiones establecidas legalmente en relación con la utilización de la página web como instrumento de difusión de información –piénsese en anuncios de convocatoria de junta o en acuerdos de reducción del capital social– o como medio para la realización de comunicaciones entre sociedad y socios pueden ser completadas estatutariamente para beneficiarse al máximo de las ventajas que presenta este mecanismo de información. En último término, cabe preguntarse por la razón justificativa del reducidísimo número de webs corporativas inscritas en el Registro Mercantil. A nuestro juicio, esta situación responde a la rutina en el recurso a aquellos mecanismos tradicionalmente utilizados en nuestro Derecho de sociedades, a lo que se sumaría el desconocimiento de las posibilidades que brinda la disponibilidad de una página web corporativa. En fin, corresponde a los profesionales del Derecho dar a conocer la utilidad y, por tanto, la conveniencia de que las sociedades de capital dispongan de una página web corporativa”.

obligaciones de gobierno corporativo. En este sentido, podemos deducir que toda entidad de crédito deberá presentar un informe de buen gobierno corporativo, destinado a las entidades supervisoras –Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores, ésta última cuando corresponda–, a los accionistas y a los terceros interesados⁴⁶.

En sentido estricto, en lo concerniente al deber de lealtad de los administradores de las entidades de crédito, podemos decir que las normas reguladoras específicas de la ordenación de este tipo de sociedades no prevén regulación concreta. No obstante, al hilo de estas normas, y en lo relativo a su órgano de administración, sí que encontramos referencias específicas a los nombramientos y a las remuneraciones de los consejeros que, en esencia, van más allá del objeto de este trabajo y merecerían, sin duda alguna, una atención mayor y diferenciada.

Por todo ello, en conclusión, podemos decir que las normas de entidades de crédito se centran, como no podría ser de otra manera, en la eficaz gobernanza, en general, de las mismas por parte del consejo de administración, resultándoles aplicables las normas generales de las sociedades de capital en cuanto a la configuración legal del deber de lealtad.

2. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

Tal y como hemos tenido de oportunidad de analizar en el marco de las entidades de crédito, la regulación de los deberes de los administradores de las entidades aseguradoras queda, en gran medida, en el marco general de las sociedades de capital. Además, el mercado asegurador, dada su configuración en cuanto al capital social mínimo, las garantías de solvencia, las particularidades propias de mecanismos como el reaseguro y el coaseguro, han motivado que sean mínimos los escándalos económicos en este tipo de entidades. Y, a partir de ahí, la descarga en la responsabilidad de los administradores de las compañías aseguradoras, como consecuencia del incumplimiento de sus deberes, ha sido infinitamente más leve que en el caso de las entidades de crédito, grandes señaladas en la crisis financiera de 2008 en base a, como ya sabemos, por unas injustificadas remuneraciones de los consejeros y al reparto abusivo de dividendos.

En cualquier caso, en el ámbito del mercado asegurador, vamos a analizar dos aspectos relativos a la configuración específica del deber de lealtad de los administradores de las entidades aseguradoras.

46. SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Informe anual del gobierno corporativo”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pp. 1445-1476; VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 155.

En primer lugar, la Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA), en el marco de su actividad, promulga distintas guías de conducta, aplicables a las compañías aseguradoras. En el marco de este trabajo, encontramos la Guía de Buen Gobierno de las Entidades Aseguradoras, como respuesta al conveniente buen gobierno corporativo de estas compañías. Este documento, actualizado con fecha de julio de 2015, se centra fundamentalmente en dos aspectos: por un lado, los principios y reglas de gobierno corporativo, aplicables a los órganos de gobierno de las compañías aseguradoras, y, por otro lado, la necesaria transparencia en materia de gobierno corporativo, en un claro seguimiento de lo ya establecido en la normativa de sociedades de capital, en las normas de sociedades cotizadas y en las normas de ordenación de las entidades aseguradoras.

En el marco concreto de los deberes de los consejeros, la Guía de Buen Gobierno de las Entidades Aseguradoras establece la necesaria reflexión y concreción de los deberes de los administradores, a través de reglamento o códigos de conducta propios de las compañías. En cuanto al deber de diligencia, señala el Código que *es conveniente un desarrollo más extenso del existente en la regulación legal, contemplando en particular el alcance de la dedicación de tiempo y esfuerzo que se espera del consejero, su deber de instruirse adecuadamente y de participar en las decisiones que se le sometan, manifestando su oposición cuando lo considere conveniente al interés social*⁴⁷.

Parece evidente que el recurrente debate acerca de la dedicación y especialización esperadas por los consejeros de las entidades de los mercados financieros, y, en concreto, de las compañías de seguros, es una constante en nuestro país y, en este sentido, se espera que las entidades aseguradoras se preocupen de designar como consejeros a personas que garanticen el buen desarrollo de la compañía, a través de su tiempo y esfuerzo empleados en la participación y en la gestión de la sociedad.

47. En el Reglamento de Conducta de la entidad aseguradora Mapfre, respecto del deber de diligencia, se establecen las siguientes obligaciones: "(i) Dedicar con continuidad el tiempo y el esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantee la administración de la Entidad, recabando la información suficiente para ello, y la colaboración o asistencia que considere oportuna; y realizar diligentemente cualquier cometido específico que le encomiende el Órgano de Administración y se halle razonablemente comprendido en su compromiso de dedicación; (ii) Participar activamente en las reuniones del Órgano de Administración, y en su caso de las comisiones o comités delegados de que forme parte, informándose, expresando su opinión e instando de los restantes miembros de tales órganos su concurrencia a la decisión que entienda más favorable para la defensa de los intereses de la Entidad; (iii) Oponerse a los acuerdos contrarios a la Ley, a los estatutos o al interés social, y solicitar la constancia en acta de su posición, cuando lo considere más conveniente para la tutela de los intereses de la Entidad; (iv) Instar, cuando lo considere pertinente, la convocatoria de reuniones del Órgano de Administración, o la inclusión en su orden del día de aquellos extremos que consideren convenientes, todo ello de acuerdo con la Ley y los estatutos sociales".

En lo relativo al deber de lealtad, se espera que los códigos o reglamentos de conducta, más allá de la normativa reguladora de las sociedades de capital, concreten, de forma más específica, el contenido de las obligaciones derivadas del deber de lealtad (conflictos de interés, uso de activos sociales, no competencia⁴⁸, entre otras), y, en ese caso, se establezcan por las compañías aseguradoras procedimientos especiales para la resolución de los conflictos o dudas que se planteen.

En segundo lugar, en el marco regulatorio de la ordenación de las compañías aseguradoras, el artículo 65 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, bajo el título “Requisitos generales del sistema de gobierno”, establece que toda compañía aseguradora o reaseguradora dispondrá de un sistema eficaz de gobierno que garantice la gestión sana y prudente de la actividad y que sea proporcionado a su naturaleza, el volumen y la complejidad de sus operaciones.

Al igual que las entidades de crédito, el sistema de gobierno deberá establecer políticas que se centren en una estructura organizativa transparente y apropiada, con una clara distribución y una adecuada separación de funciones, mecanismos eficaces para garantizar la transmisión de la información, y políticas y prácticas de remuneración adecuadas a las características de las entidades.

Además, en el marco del sistema de gobierno de las entidades aseguradoras, el órgano de administración, en el ejercicio de sus funciones, asumirá la gestión de riesgos, la verificación del cumplimiento y la auditoría interna y actuarial. Podemos decir, sin duda, que estas funciones responden al cumplimiento del deber de lealtad, como un fiel representante, de todo consejero de una entidad aseguradora.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD

El régimen relativo a la responsabilidad por la infracción del deber de lealtad es imperativo, en tanto en cuanto no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo, y se caracteriza por la amplitud de acciones previstas en los artículos 227.2 y 232 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

48. Siguiendo el ejemplo de la compañía aseguradora Mapfre, se establece, como así se exige en la Guía de Buen Gobierno de las Entidades Aseguradoras de UNESPA, un contenido pormenorizado de las distintas obligaciones y formas de proceder en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Se puede consultar en el Código de Buen Gobierno del Sistema Mapfre, disponible en https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/accionistas/ficheros/gobierno_corporativo/codigo_buen_gobierno/codigo-buen-gobierno.pdf (consultado el 14 de noviembre de 2020), pp. 63 y siguientes.

De un lado, se enuncia, de forma general, al establecer el deber genérico de lealtad de los administradores, que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

De otro lado, como cierre del régimen legal establecido para el deber de lealtad, se incorpora una previsión específica referida a las acciones derivadas de su infracción, que, de forma expresa, determina que el ejercicio de la acción de responsabilidad por daños contra los administradores, no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

Es evidente, por tanto, que la decisión legislativa ha sido la de ampliar significativamente las acciones susceptibles de interponerse como consecuencia de la infracción del deber de lealtad del administrador, de forma que, a la tradicional previsión de ejercicio de acciones de responsabilidad por daños, se suma un elenco de acciones que permita actuar ante cualquier infracción del deber de lealtad⁴⁹.

El precepto parte, en todo caso, de la posible interposición de acciones de responsabilidad por daños contra los administradores. Si la actuación del administrador ha causado un daño al patrimonio social, procede el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Si el daño se ha causado al patrimonio individual de un socio o de un tercero, procede el ejercicio de la acción individual. La distinción entre acción social y acción individual de responsabilidad se establece expresamente en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, que al referirse a la acción individual de responsabilidad establece que la responsabilidad directa de los administradores frente a socios y terceros sólo será exigible cuando se trate de actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. El objeto de la acción social es restablecer el patrimonio de la sociedad, mientras que el de la acción individual es reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros⁵⁰.

En cualquier caso, concretándonos en el régimen de responsabilidad de los administradores de las entidades de crédito y entidades aseguradoras, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, nos parece más oportuno analizar la normativa específica, como desarrollamos a continuación.

49. CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, p. 55.

50. Véase las *Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016 (RJ 2016, 801)*, *14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1793)* y *4 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8143)*.

1. LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El órgano de administración de las entidades de crédito será el responsable último del sistema de gobierno corporativo de las mismas, tal y como se establece en el artículo 29.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Además, de forma específica, el consejo de administración es el responsable de los riesgos que asuma una entidad de crédito, tal y como se establece en el artículo 37 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; de esta manera, en el marco de esta responsabilidad, deberá el consejo de administración, por un lado, dedicar tiempo suficiente a la consideración de las cuestiones relacionadas con los riesgos⁵¹, y, por otro lado, aprobar y revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico.

Y, como consecuencia de la importante crisis financiera de los últimos años, en el marco de las entidades de crédito, y, más concretamente, del consejo de administración de las referidas compañías, se han establecido unos importantes requisitos de idoneidad de las personas integrantes en el órgano de dirección de cada entidad de crédito⁵².

En este sentido, el artículo 89.1 de la misma ley señala que las personas responsables de la gestión de las compañías del mercado bancario pueden ser considerados sujetos infractores, a tenor de las infracciones leves, graves y muy graves que se contextualizan en esta norma. Los artículos 92, 93 y 94 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, recogen, de forma exhaustiva, un listado muy amplio de infracciones muy graves, graves y graves, respectivamente. Muchas de estas infracciones giran en torno a la solvencia y a los estándares de capital que deben reunir las entidades de crédito, en cumplimiento de las normas comunitarias de resolución de este tipo de entidades.

51. En este sentido, el artículo 37.2.a) señala al respecto: “En particular, participará activamente en la gestión de todos los riesgos sustanciales contemplados en la normativa de solvencia, velará por que se asignen recursos adecuados para la gestión de riesgos, e intervendrá, en particular, en la valoración de los activos, el uso de calificaciones crediticias externas y los modelos internos relativos a estos riesgos”.

52. Sobre esta cuestión, véase, entre otros, PEREA ORTEGA, R., “La responsabilidad mercantil de los administradores y directivos de entidades sometidas a resolución y su incidencia en los requisitos de idoneidad”, en RUIZ OJEDA, A. L. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1087-1124.

A partir de ahí, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en sus artículos 100, 101 y 102, establece las sanciones a las que deberán hacer frente los sujetos que ejerzan la dirección efectiva y quienes desempeñan las funciones que integran el sistema de gobierno, en función de las infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente. Estas sanciones consisten en la separación del cargo (en el supuesto de las infracciones muy graves e infracciones graves, con la inhabilitación para ejercer el mismo cargo en la misma entidad por un período de cinco o dos años, respectivamente, y además la inhabilitación para ejercer un cargo similar por un plazo máximo de diez años o de cinco años, en función de la infracción cometida), la suspensión temporal en el ejercicio del cargo (en los supuestos de infracciones muy graves –como máximo de tres años– y de infracciones graves –como máximo de un año–), multa económica entre 500000 euros (máximo previsto para una infracción leve) y 5000000 euros (máximo previsto para una infracción grave), y amonestación pública en el Boletín Oficial del Estado (para las infracciones graves y muy graves) o privada para el caso de infracciones leves.

Una diferencia respecto de las entidades aseguradoras es que, ante la posibilidad de la concurrencia de la separación del cargo de administradores ante el desarrollo por su parte de infracciones graves o muy graves, el artículo 106 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito prevé el nombramiento temporal de administradores de una entidad de crédito, por parte del Banco de España, hasta que la entidad pueda celebrar la junta general correspondiente para la designación de las personas idóneas para el desempeño de las funciones de dirección de la entidad. En este sentido, el Banco de España deberá determinar las funciones a realizar por cada sujeto nombrado como administrador hasta que ocupen el cargo las personas seleccionadas por parte de la entidad de crédito.

Con todo ello, podemos concluir que el sistema de infracciones y sanciones, de naturaleza administrativa, previsto en el marco de la responsabilidad de los consejeros, como respuesta a un sistema de gobierno corporativo de las entidades de crédito, es amplísimo y que, sin duda, atiende a las necesidades que toda entidad del mercado bancario debe exigir en el cumplimiento de sus funciones a sus representantes. Y, como tendremos oportunidad de analizar a continuación, el sistema sancionador previsto en la ordenación de las entidades de crédito es infinitamente más duro que el establecido respecto de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Todo ello, lógicamente, en base a una conducta más grave, en los últimos años, respecto de los consejeros de las entidades de crédito y, por qué no decirlo, de una defectuosa supervisión de las autoridades bancarias designadas para el control de las entidades de crédito españolas.

2. LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

El órgano de administración de las entidades aseguradoras y reaseguradoras será el responsable último del sistema de gobierno corporativo de las mismas, tal y como se establece en el artículo 65.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Asimismo, el artículo 190.1.f) de la misma ley señala que las personas responsables de la gestión de las compañías del mercado de seguro pueden ser considerados sujetos infractores, a tenor de las infracciones leves, graves y muy graves que se contextualizan en esta norma.

El artículo 194 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras establece veintiuna infracciones muy graves, todas ellas dirigidas al capital social, la solvencia de la entidad, el gobierno corporativo y la información pública que toda compañía aseguradora debe cumplir. Por tanto, podemos decir que la concurrencia de cualesquiera infracciones muy graves en una compañía aseguradora serán responsabilidad del órgano de administración de la misma, de forma que, sin dudarlo, supone un incumplimiento del deber de lealtad de todo consejero.

En lo concerniente a las infracciones leves y graves, en gran medida, responden a la organización de la propia compañía aseguradora, de forma que, en sentido estricto, suponen perjuicios respecto de los tomadores del seguro. En este sentido, podemos deducir que estas infracciones no constituirán, en esencia, responsabilidad para los administradores de las compañías aseguradoras.

A partir de ahí, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en sus artículos 202, 203 y 204, establece las sanciones a las que deberán hacer frente los sujetos que ejerzan la dirección efectiva y quienes desempeñan las funciones que integran el sistema de gobierno, en función de las infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente. Estas sanciones consisten en la separación del cargo (sólo en el supuesto de las infracciones muy graves, y además la inhabilitación para ejercer un cargo similar por un plazo máximo de diez años), la suspensión temporal en el ejercicio del cargo (en los supuestos de infracciones muy graves –entre uno y cinco años– y de infracciones graves –como máximo de un año–), multa económica entre 30000 euros (máximo previsto para una infracción leve) y 500000 euros (máximo previsto para una infracción grave), y amonestación pública en el Boletín Oficial del Estado (para las infracciones graves y muy graves) o privada para el caso de infracciones leves.

Con todo ello, podemos concluir que el sistema de infracciones y sanciones, de naturaleza administrativa, previsto en el marco de la responsabilidad de los consejeros, como respuesta a un sistema de gobierno corporativo de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, es amplísimo y que, sin

duda, atiende a las necesidades que toda entidad del mercado del seguro debe exigir en el cumplimiento de sus funciones a sus representantes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., “El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril (RJ 2019, 1374), y 420/2019, de 15 de julio (RJ 2019, 2808)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 58, 2020, 13 pp.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pp. 187-239.
- BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pp. 241-280.
- BOQUERA MATARREDONA, J., “Paradojas y problemas de la página web corporativa de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 313, 2019, 19 pp.
- CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, n.º 17, pp. 47-69.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M^a. C., “La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 59, 2020.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *La mejora del gobierno corporativo en las organizaciones bancarias*, 2006.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Aranzadi, 2006.
- EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, 2009, pp. 1427-1445.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Derecho, ética y negocios”, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/derecho-etica-y-negocios--0/html/> (consultada el 12 de noviembre de 2020).

- GONZÁLEZ CABRERA, I., “Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5784)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 52, 2018, 21 pp.
- LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Civitas, 1995.
- MOLINA HERNÁNDEZ, C., “Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo”, *La Ley Mercantil*, n.º 39, 2017, 15 pp.
- MUÑOZ PÉREZ, A. F., “La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 60, 2020.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004.
- PEREA ORTEGA, R., “La responsabilidad mercantil de los administradores y directivos de entidades sometidas a resolución y su incidencia en los requisitos de idoneidad”, en RUIZ OJEDA, A. L. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1087-1124.
- PÉREZ MORIONES, A., “La página web de la sociedad o página web corporativa: luces y sombras”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n.º 4, 2017, pp. 87-101.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Civitas, 1996.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pp. 915-990.
- RAMOS HERRANZ, I., “Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas (artículo 229.1 B) de la Ley de Sociedades de Capital), en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, pp. 467-509.
- RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Informe anual del gobierno corporativo”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pp. 1445-1476.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La abstención del consejero en conflicto de intereses”, en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, pp. 293-307.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El papel de los accionistas y de los administradores en las crisis de las entidades de crédito”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 115, 2009, pp. 113-132.
- VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, pp. 427-466.
- VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*, Tirant lo Blanch, 2019.
- “El consejo de administración del Banco Santander reduce su remuneración”, disponible en <https://iberoeconomia.es/mercados/el-consejo-de-administracion-del-banco-santander-reduce-su-remuneracion/> (consultada el 12 de noviembre de 2020).

