

Nota técnica acerca de las obligaciones de información en memoria sobre los deberes de los administradores (art. 229 TRLSC)

Con fecha 4 de diciembre de 2014 se publicó en el BOE la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en vigor a partir del 23 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Tal y como la citada Ley expone en su preámbulo el objetivo de las modificaciones introducidas pueden agruparse en dos categorías: las que se refieren a la junta general de accionistas y las que tienen que ver con el consejo de administración.

Las modificaciones relativas a la junta general de accionistas pretenden con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial, mientras que las modificaciones introducidas en relación con los órganos de gobierno (administradores) regulan aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia en los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros.

A estos efectos, junto a una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés, la Ley atribuye al consejo de administración como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión.

En este contexto y a nuestros efectos cabe destacar la reforma producida en relación con los Deberes de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto de interés con la sociedad, y derivado de éstos las obligaciones de comunicación a los demás consejeros y al propio consejo de administración de cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad, así como la obligación de informar en la memoria de dichas situaciones de conflicto.

Deberes de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses de los administradores

Por lo que se refiere a los deberes de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de interés de los administradores, hay que señalar que la Ley 31/2014, ha modificado los arts. 228, 229 y 230 TRLSC¹ en cuanto a su redacción, estructura y contenido permaneciendo, en todo caso, el deber de informar en la memoria las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores, así como las personas a ellos

¹ Véase en el ANEXO la redacción otorgada a los artículos 227 a 232 del TRLSC.

vinculadas. Sin embargo, esta Ley 31/2014 a diferencia de la redacción dada por el RD Legislativo 1/2010:

- No define expresamente como conflicto de interés y, en consecuencia, no se exige como información obligatoria en la memoria, el mantenimiento de participaciones y, en su caso, cargos en sociedades con la misma, análoga o complementaria actividad, poniendo en pie de igualdad (sin presunción alguna) las distintas situaciones de las que, en su caso, podrían derivarse situaciones de conflicto de interés. redactadas en términos de obligación de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador de la misma en transacciones privadas, hacer uso de activos sociales, aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad, obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad o su grupo y desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen competencia.
- En relación con el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena que entrañen competencia (que anteriormente se regulaba en el art. 231 TRLSC) y que se desarrolla ahora en los arts. 229.1 f) y 230.3 TRLSC, el texto actual matiza que la prohibición alcanzaría a aquellas actividades que entrañen *“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”* y que la posible dispensa de esta obligación de no competencia solamente se puede dar *“en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que se prevén obtener de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.”*

De esta forma se prevé la existencia de un análisis profundo por parte de los órganos de gobierno propios de cada sociedad y de sus administradores y para determinar y establecer los criterios homogéneos internos que permita la recopilación de información respecto al cumplimiento de los deberes legales de los administradores y análisis posterior de la misma respecto a las distintas situaciones de las que se pudieran derivar conflicto de interés.

Información requerida por el art. 229 del TRLSC

El art. 229 del TRLSC indica textualmente, en relación con las obligaciones de información en la memoria lo siguiente:

“Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.



....3. En todo caso, 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.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259”

Desde la perspectiva de un auditor de cuentas, el primer aspecto que es preciso tener en cuenta, es que este artículo fija obligaciones para los administradores de las sociedades en cuanto tienen un deber de comunicación que desencadena todo el proceso de evaluación interna de la sociedad de las potenciales situaciones de las que se pudieran derivar conflicto de interés e información posterior en la memoria. En consecuencia, los administradores son responsables de la interpretación legal del precepto anterior y de su alcance y, por tanto, son los obligados, a lo largo del tiempo en el que desarrollan su función como tales, a cumplir con las prohibiciones contempladas en la normativa y, en su caso, a realizar las comunicaciones indicadas en el punto 3 del artículo 229, por lo que el desglose en la memoria ha de ser resultado del necesario proceso de análisis inicial por parte del administrador, comunicación, análisis por parte de la sociedad y preparación de la información.

En este sentido, es importante recordar que el papel del auditor no es y no puede ser en modo alguno, dar una interpretación única de las leyes ni dirimir qué interpretación legal de las posibles es correcta, ni mucho menos sustituir el deber de análisis que se atribuye a los Administradores dentro de sus responsabilidades tanto particulares como colegiadas, ni el control interno que los órganos de gobierno de cada sociedad consideren necesario para asegurar el cumplimiento de las obligaciones indicadas. Esa función corresponde a los propios órganos de gobierno, a los administradores, a la junta general de accionistas y, en caso de conflicto o incumplimiento, al poder judicial.

El propio ICAC en una consulta publicada (Consulta 25 del BOICAC 85) indicaba textualmente, refiriéndose al contenido anterior de las obligaciones del desglose contempladas en el artículo 229:

“La citada información, si bien debe incluirse en las cuentas anuales no cabe duda que constituye una información extracontable sobre cuya correcta interpretación, en principio, el Instituto (ICAC) no puede pronunciarse.”

Por ello, el contenido de la presente nota técnica incluye una serie de reflexiones respecto a determinados aspectos de este precepto con el objetivo de orientar al

colectivo de auditores respecto a la revisión de este desglose legal concreto, siempre en el entorno de la auditoría de las cuentas anuales tomadas en su conjunto.

En términos generales, el contenido del artículo requeriría que todas las sociedades incluidas en el ámbito de aplicación del artículo incluyan en la memoria de las cuentas anuales información sobre situaciones de conflicto en que incurran los administradores respecto al interés de la sociedad.

Los administradores, en cumplimiento de sus obligaciones, deben comunicar:

- a) A los demás administradores y,
- b) Al Consejo de Administración o
- c) En caso de 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.

En este sentido, es lógico pensar que las distintas sociedades habrán habilitado el sistema que, en función de las circunstancias concretas, mejor permita a los administradores y a la propia sociedad el cumplimiento de estas obligaciones (confirmación de cumplimiento de los deberes incluidos en la legislación, comunicaciones firmadas periódicas, evaluación de situaciones, inclusión en los órdenes del día de las reuniones del consejo de administración o de otros órganos colegiados del análisis de comunicaciones recibidas, etc.), incluyendo, en su caso, análisis jurídicos respecto al alcance de las obligaciones derivadas del artículo en aquellos casos cuya interpretación pueda no ser inmediata.

Personas vinculadas a los administradores

A los efectos de la obligación de información comentada en el punto anterior, el art 231 TRLSC (incluido en el anexo a esta nota técnica) detalla las **personas que se consideran vinculadas** a los administradores. El propio art 231 TRLSC define qué se entiende por personas vinculadas en el caso de **administrador persona jurídica**.

Responsabilidades

Es **responsabilidad del órgano de administración** de la sociedad, establecer los procedimientos de control interno que considere necesario para vigilar el cumplimiento de los deberes establecidos en la normativa mercantil y, en su caso, capturar la información desde los miembros del consejo de administración con el alcance que de



acuerdo con su interpretación corresponda, así como evaluar en su caso la información obtenida e incluir en la memoria de las cuentas anuales, la información requerida por la Ley referente a situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores y las personas a ellos vinculadas.

Es, asimismo, responsabilidad del órgano de administración evaluar la existencia o no de conflictos de interés potenciales o ciertos, y tomar los acuerdos que en cada caso se consideren necesarios a la luz de las circunstancias, someter a la junta general las posibles autorizaciones o dispensas concedidas, cuando así lo prevea la legislación y justificar, en su caso, las autorizaciones o dispensas concedidas.

Es **responsabilidad del auditor** obtener evidencia de auditoría en el contexto de la auditoría de cuentas anuales tomadas en su conjunto en relación a que la sociedad cuenta con procedimientos de control interno que le permiten asegurar la adecuada captura de información, y que la información capturada es analizada y considerada por los responsables de la formulación de las cuentas anuales, es decir el consejo de administración, de acuerdo con la normativa legal de cara a, en su caso, su posterior inclusión en la memoria.

Procedimientos orientativos de auditoría a aplicar

El auditor, en el contexto de su auditoría de las cuentas anuales en su conjunto, obtendrá evidencia sobre la información desglosada en la memoria de las cuentas anuales, en el caso de que proceda o sobre lo apropiado de la falta de desglose. El diseño y alcance de las pruebas a realizar por parte de cada auditor de cuentas dependerá de las circunstancias concretas de cada encargo. Con independencia de que el auditor considere obtener certificación del Secretario del Consejo de Administración, o persona que de alguna forma actúe en esa capacidad, sobre la integridad de la información facilitada al auditor, y/o la inclusión, en la carta de manifestaciones, de una manifestación expresa sobre la integridad y corrección de la información incluida en la memoria, a efectos orientativos, se incluyen a continuación ejemplos de procedimientos de auditoría tendentes a obtener evidencia sobre este aspecto:

- 1) Solicitud y examen de los reglamentos, códigos internos y documentación formal sobre el funcionamiento del consejo de administración, de la junta general de accionistas que pudieran existir como parte integrante de los procedimientos de control interno existentes en relación con el gobierno corporativo.
- 2) Examen de las comunicaciones o certificaciones recibidas por la sociedad, sobre los apartados establecidos en la Ley, provenientes de los miembros del órgano de administración.



- 3) Solicitud de la evaluación efectuada por la sociedad en el caso de existencia de conflictos de interés potenciales o reales, incluyendo los dictámenes legales (internos o externos) que la sociedad pudiera haber solicitado en relación con la interpretación jurídica del alcance de las obligaciones derivadas del artículo 229 del TRLSC y evaluación de que la información desglosada en memoria es coherente con las conclusiones alcanzadas en los mismos
- 4) Examen detallado de las actas del Consejo de Administración y de la Junta General de accionistas en relación con los acuerdos alcanzados respecto a las situaciones comunicadas por los Administradores.
- 5) Evaluación de la corrección del contenido de las cuentas anuales considerando la información obtenida a través de los procedimientos de obtención de información realizados a lo largo del proceso de auditoría



ANEXO

Extracto 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. (Modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 24 de diciembre)

Artículo 227. Deber de lealtad.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. 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.

Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:
 - a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
 - b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.



c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, 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.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa.

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

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. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Artículo 231. *Personas vinculadas a los administradores.*

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
- b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

Artículo 232. *Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.*

El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes 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.