

Document downloaded from the institutional repository of the University of Alcalá: <http://dspace.uah.es/dspace/>

This is a postprint version of the following published document:

Ribas-Ferrer, V. (2012) "Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 38, pp. 73-153.

© 2012 Editorial Aranzadi

Universidad
(Article begins on next page)
de Alcalá



This work is licensed under a

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives
4.0 International License.

Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital

Vicenç RIBAS FERRER. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Alcalá

vicente.ribas@uah.es

Resumen:

La primera parte analiza el sistema de deberes de los administradores de las sociedades de capital. A partir del principio general de la buena fe, el sistema se ordena deductivamente a través de la diligencia en las relaciones obligatorias y la fidelidad en las relaciones de colaboración. Con este marco general se puede considerar la construcción de los deberes de fidelidad en las relaciones de gestión de asuntos ajenos. Tales deberes de fidelidad son los deberes de cuidado y de lealtad, aplicables a los administradores como partes de una relación de gestión con la sociedad. Dentro de los deberes de fidelidad también se estudian otros deberes de alcance general para las relaciones de gestión, tales como los deberes de información y de confidencialidad. La segunda parte trata el deber de cuidado de los administradores. Además de estudiar su concepto y sistema, se organiza su contenido obligatorio en relación a los específicos deberes de atención, profesionalidad, prudencia y vigilancia. La tercera parte aborda el deber de lealtad analizando su concepto, supuesto y régimen, así como la sanción del ilícito desleal. Del concepto se derivan sus elementos esenciales, el conflicto de intereses y la actuación en interés social, así como su contenido, la prohibición de actuar en conflicto y el deber de su comunicación. El ámbito objetivo del supuesto estudia el conflicto de interés distinguiendo entre elementos esenciales (oposición de intereses, riesgo de lesión e interés de la sociedad) y elementos eventuales (daño e intencionalidad). El ámbito subjetivo se ocupa fundamentalmente a analizar las operaciones vinculadas, en su vertiente familiar y societaria, junto a otras vinculaciones no reguladas. El contenido del deber examina la prohibición de entrar en conflicto así como el deber de notificarlo por parte del administrador interesado. En la medida que la prohibición tiene carácter relativo, se estudia el proceso de autorización de los conflictos en el seno de la sociedad, tanto en relación a los requisitos necesarios para la autorización, como al procedimiento de autorización por la junta general y por el consejo de administración. A continuación, se consideran conductas típicas o grupos de casos relativos a la contratación, la competencia y el aprovechamiento de oportunidades sociales. La última parte está dedicada a las sanciones del ilícito desleal. En primer lugar, se contemplan los eventuales efectos que puedan tener en el cargo, distinguiendo el régimen de la sociedad anónima del de la sociedad de responsabilidad limitada. A ello le sigue el estudio de los efectos relativos a los acuerdos de autorización irregulares, ya sean de la junta general, ya del consejo de administración. Finalmente se consideran los efectos indemnizatorios y restitutorios, así como los efectos sobre los negocios desleales.

Palabras clave:

Derecho de sociedades, sociedades de capital, Ley de sociedades de capital, deberes de los administradores, deber de buena fe, deber de diligencia, deberes de fidelidad, deber de cuidado, deber de lealtad, conflictos de interés, contratación, competencia, oportunidades sociales, sanción del ilícito desleal.

Abstract:

The first part analyzes the system of the directors' duties of the corporations. From the general principle of good faith, the system is ordered deductively through the

diligence in the general contracts and the trust in fiduciary relationships. Taking into account this general framework, the managers' duties can be constructed from the position of a fiduciary relationship. Such fiduciary duties are the duties of care and loyalty, both applicable to directors as part of a management relationship with the company. Among the fiduciary duties also we study other duties of general scope, such as the duties of information and confidentiality. The second part of the article deals with the directors' duty of care. In addition to studying the concept and system, its core content is organized in relation to specific duties of attention, skill and experience, prudence and vigilance. The third part deals with the duty of loyalty by analyzing its concept, the factual hypothesis and the legal regulation, and the civil consequences of breach of duty. From the concept derive their essential elements, the conflict of interest and the duty to act in the company's interest. From the concept also we found the duty to avoid conflicts of interest and the duty to declare interest. Studying the conflict of interest we distinguish the essential elements (conflict, risk of damage and company's interest) from the potential components (damage and intention). The subjective scope is primarily concerned to analyze related transactions and persons connected with a director, where family and corporate, along with other related persons not legally recognized by law. Regarding the content of the duty, we examine the duty to avoid conflicts of interest and the duty to disclose the interest. To the extent that the nature of the duty is not an outright prohibition, we study the process of authorization of conflicts by the company bodies, both in relation to the requirements for the approval and the authorization procedure by the general meeting and the board of directors. Then we consider typical group of cases relating contracts, competition and the use of corporate opportunities. The last part is devoted to the civil consequences of breach of duties. First, we review the possible effects that the conflict may have in the office, distinguishing the regime between corporations and limited liability companies. This is followed by the study of the effects on irregular authorization, whether from the general meeting or the board of directors. Finally we consider the liability and restitution effects, and if the arrangement or contracts are voidable at the instance of the company.

Keywords:

Company law, corporations, directors' duties, Spanish Companies Act, duty of good faith, duty of diligence, fiduciary duties, duty of care, duty of loyalty, conflicts of interest, contracts, competition, use of corporate opportunities, remedies.

Sumario

I. DEBERES DE FIDELIDAD.- 1. Marco general. 1.1. Sistema de deberes. 1.2. Deber de buena fe. 1.3. Deber de diligencia. **2. Deber de fidelidad.** 2.1. Deber de fidelidad en las relaciones de colaboración. 2.2. Deber de fidelidad en las relaciones de gestión. 2.3. Deber de fidelidad del administrador. **3. Deberes generales.** 3.1. Deber de administrar en interés de la sociedad. 3.2. Deber de información. 3.3. Deber de confidencialidad. **II. DEBER DE CUIDADO.- 1. Planteamiento.** **2. Contenido del deber.** **III. DEBER DE LEALTAD.- 1. Concepto y supuesto.** 1.1. Concepto. 1.2. Ámbito objetivo. 1.3. Ámbito subjetivo. **2. Contenido del deber.** 2.1. Prohibición de entrar en conflicto. 2.2. Deber de notificar el conflicto. **3. Autorización de los conflictos.** 3.1. Prohibición relativa. 3.2. Requisitos. 3.3. Procedimiento de autorización. **4. Conductas típicas.** 4.1. Contratación. 4.2. Competencia. 4.3. Aprovechamiento de oportunidades. **5. Sanción del ilícito desleal.** 5.1. Efectos relativos al cargo. 5.2. Efectos relativos a los actos de autorización. 5.3. Efectos indemnizatorios. 5.4. Efectos restitutorios. 5.5. Efectos sobre el negocio.

I. DEBERES DE FIDELIDAD

1. Marco general

1.1. Sistema de deberes

1. **Introducción.-** 1.- La Ley de sociedades de Capital (LSC) agrupa, bajo el título “Los deberes de los administradores”, las normas reguladoras de los deberes de cuidado y de lealtad de los administradores de las sociedades de capital.¹ Visto analíticamente, el Capítulo II del Título VI de la Ley de sociedades de Capital reúne dos grupos de disposiciones, distintas en carácter y contenido. Por un lado, se incluyen enunciados que reconocen **deberes generales**: 1º) el deber de diligencia del ordenado empresario (art. 225.1); 2º) el deber de informar (art. 225.2); 3º) el deber de lealtad (art. 226); 4º) el deber de actuar en interés de la sociedad (art. 226); 5º) el deber de cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (art. 226); 6º) el deber de comunicar los conflictos (art. 229.1); 7º) el deber de abstenerse en operaciones en conflicto (art. 229.1); y 8º) el deber de secreto (art. 232). (ii) Al lado de las disposiciones que regulan deberes generales, la Ley de sociedades de Capital contempla la **prohibición de realizar determinadas conductas**: 1º) usar interesadamente el nombre de la sociedad (art. 227); 2º) invocar interesadamente la condición de administrador (art. 227); 3º) realizar inversiones u operaciones ligadas a los bienes sociales (art. 228); y 4º) competir con la sociedad (art. 230).

2.- Con la excepción de la expresión genérica “deberes de los administradores” y la agrupación de los deberes generales en dos disposiciones distintas (deber de diligente administración y deber de lealtad), la Ley de sociedades de Capital no explica el criterio utilizado para dar **unidad sistemática** al conjunto de las reglas mencionadas, ni aporta de manera expresa orientaciones al intérprete sobre la naturaleza de su contenido dentro del marco general de las sociedades de capital.² Considerando que los deberes generales antes señalados pueden diferenciarse en clasificaciones conocidas y que, en su conjunto, pueden ubicarse en una categoría más general, nace la necesidad de ordenar el material jurídico en su contexto con el fin de establecer las relaciones de sentido entre sus partes y la unidad de principio entre sus fines. En este sentido, las reglas contenidas bajo la denominación de “los deberes de los administradores” están presididas por un mismo principio y organizadas bajo una misma categoría general, el **deber de fidelidad** de los administradores de sociedades. Este deber de fidelidad presenta un fundamento común en todas las relaciones de colaboración: la actuación de los administradores en interés de la sociedad.

¹ El antecedente inmediato 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 (BOE, núm. 161, 3 julio. Corrección de errores BOE 30 de agosto de 2010, núm. 210) se encuentra en el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (LSA), posteriormente modificada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (Ley de Transparencia (2003)). La Ley de Transparencia (2003), al reformar la LSA, modifica la redacción del artículo 127 e introduce los artículos “127 bis. Deberes de fidelidad”, “127 ter. Deberes de lealtad”, “127 quáter. Deber de secreto”, además de dar nueva redacción al artículo “133. Responsabilidad”. Con antelación a la mencionada reforma, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantil (2002) se anticipa a la LSC agrupando los deberes de los administradores en la sección 3ª “De los deberes de los administradores”, del capítulo I, título VIII, Libro I de la mencionada Propuesta.

² Las normas contenidas en este apartado presentan un contenido común para las sociedades de capital, sin hacer distinción entre su variedad de formas sociales. El contenido del Cap. III del Título VI de la LSC resulta aplicable por igual a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, salvo respecto de las indicaciones específicas que se establecen en el art. 230, párrafo segundo, para la sociedad de responsabilidad limitada, y, párrafo tercero, para la sociedad anónima.

2. Orden sistemático.- 1.- La determinación de la naturaleza común de los deberes de los administradores a través de su pertenencia a la categoría más general relativa a los deberes de fidelidad del administrador comporta una labor de carácter sistemático. A través de este planteamiento, los deberes de los administradores se integran en un sistema de relaciones les confiere unidad conceptual, facilita su comprensión y clarifica su contenido. El **marco general** que permite ordenar los deberes de los administradores en su contexto, se construye mediante un régimen de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe que rige en todo el ordenamiento y, en particular, en el Derecho privado.

2.- Bajo la categoría general de la **buena fe** se encuentra el círculo más reducido del deber de diligencia, que gobierna la posición jurídica del deudor en el ámbito de la contratación. Dentro de la esfera del **deber de diligencia** se ubica el **deber de fidelidad**, categoría que agrupa las normas de conducta aplicables a las relaciones internas en los contratos de colaboración. Finalmente, como una de las subespecies derivadas de la colaboración, se distinguen las relaciones de gestión de intereses ajenos, en cuyo lugar se ubica la relación obligatoria de administración de sociedades. En este círculo interno es dónde aparecen los **deberes de cuidado y lealtad**, como deberes de conducta propios del gestor de la sociedad. Con ello se completa el esquema obligatorio del administrador, estableciéndose las conexiones de jerarquía y especialidad entre los distintos deberes de conducta.

1.2. Deber de buena fe

3. Carácter normativo.- La fundamentación primera de los deberes de los administradores se encuentra en el principio general de la buena fe. Con ello, los deberes de cuidado y de lealtad pueden ser tratados como principios o subprincipios derivados del deber general. A través del soporte normativo de la buena fe y de las funciones informadora e integradora que le corresponden, los deberes de los administradores pueden ser objeto de reconstrucción, allí dónde la regulación legal no ofrece determinación suficiente.³ No se trata aquí de aplicar las exigencias de la buena fe en su sentido subjetivo (creencia o ignorancia, situación psicológica del administrador), sino en su concepción objetiva, entendida aquella como norma de conducta que exige comportarse según un modelo determinado (arts. 7 y 1258 CC; art. 57 CdC).⁴

4. Función integradora.- Desde su función integradora de las lagunas legales y convencionales, la buena fe y los deberes de fidelidad que derivan de ella, despliega una actividad normativa que permite establecer el contenido obligatorio no regulado por el legislador.⁵ Al respecto, el principio de la buena fe reglamenta el contenido nuclear o mínimo de los deberes del administrador, caracterizándose por no ser disponible por las partes.⁶ Por otro

³ GONZALEZ PEREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (1989) 22, 23; MIQUEL GONZALEZ, «Buena fe», EJB, I (1995) 833; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3^o (2005) 104-5; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 59-67, 92; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 54, 57-62, 64.

⁴ DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 39-42, 45-52, 57-60; MONTES PANADES, «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, (1977) 371. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 138; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código civil y Comp. forales* (1992) 874-6; MIQUEL GONZALEZ, «Buena fe», EJB, I (1995) 833-840.

⁵ DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 124-5; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 189-190; ALFARO, *Condiciones generales de contratación* (1991) 333, 354, 374-6, 359-360; DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437; ALFARO, «Integración contractual», EJB, III (1995) 3636-40; GORDILLO, «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642; MIQUEL GONZALEZ, «Buena fe», en EJB, I (1995) 834, 842-3; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.1; PEREZ CARRILLO, «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», RdS 14 (2000) 281-6; PAZ-ARES, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 483; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 428-33.

⁶ DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 45, 124; DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437; ROCA GUILLAMON, «Art. 1258», *Comentarios al CC y Comp. forales* (1993) 428-429; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 429, 432; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 64.

lado, al integrar la obligación contractual, la buena fe exige al administrador un comportamiento dirigido a hacer todo lo necesario para llevar a término la utilidad plena del negocio.

1.3. Deber de diligencia

5. Modelo de conducta.- Siguiendo el esquema que ordena las categorías de deberes desde lo general a lo especial, del deber de buena fe deriva el círculo relativo al deber de diligencia. De esta manera, cuando el deber de diligencia se manifiesta expresamente en nuestro ordenamiento, la norma no hace sino recoger una expresión del principio general de la buena fe.⁷ El deber de diligencia ha encontrado el cauce normativo general y expresión legal en el Derecho de obligaciones (art. 1104 CC). Como modelo o norma de conducta, la diligencia es fuente de especiales deberes que gobiernan la posición jurídica del deudor u obligado contractual.⁸ Ese contenido obligatorio está orientado por la causa del negocio, a la par que indica una exigencia normativa mínima y es un recurso al servicio de la integración de la obligación, cuando ésta presenta un contenido indeterminado.⁹

6. Formulación general.- La formulación del deber de diligencia ha sido legalmente recogida mediante cláusulas generales y abstractas. Respetando su generalidad, el ordenamiento establece estándares o modelos de conducta que pretenden facilitar la labor de determinación del contenido de deberes.¹⁰ El Derecho de obligaciones instaura el modelo del “buen padre de familia”, con carácter general y subsidiario para las obligaciones que no expresen una diligencia específica (art. 1104.II CC).¹¹ A pesar de su carácter supletorio, la cláusula del padre de familia está presente en figuras concretas de nuestro Derecho privado, tal como sucede en las regulaciones de la tutela (art. 270 CC), el usufructo (art. 497 CC), el arrendamiento (art. 1555 CC), el mandato (art. 1719.II CC), la prenda (art. 1867), la gestión de negocios ajenos (art. 1889.I) y la hipoteca mobiliaria (art. 17 LHM).

2. Deber de fidelidad

2.1. Deber de fidelidad en las relaciones de colaboración

7. Noción de deber de fidelidad.- 1.- A pesar de mantener una misma formulación legal, el significado y contenido del deber de diligencia puede concretarse en función de la **tipología específica** en la que se agrupen las singulares obligaciones. Esto es lo que sucede al trasladar las exigencias de la diligencia a las particulares relaciones de colaboración. Estas relaciones pueden agruparse y concretar los modelos de conducta del deudor a través de las directivas

⁷ DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios* (1963) 141, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 148-9; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (2008) 117-8. Cfr. con MIQUEL GONZALEZ, «Buena fe», EJB, I (1995) 837.

⁸ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 36-7, 48, 39-54, 63, 65-6; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 119-120, 122, 233, 461; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (2008) 117-8, 121-2; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 67.

⁹ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 54-5, 170-1 y 215; ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 237; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (2008) 121; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 67.

¹⁰ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 53, 77-165; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 47; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (2008) 118-21.

¹¹ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 79-120, 252-257, 265-296.

derivadas de la causa del particular negocio, en consonancia con las exigencias de la naturaleza de la concreta obligación (art. 1104.I CC y 1719 CC).¹²

2.- El criterio distintivo que permite individualizar las relaciones de colaboración y que contempla la causa que las determina, consiste en la actuación en interés ajeno. El deber que tutela al interés ajeno en estas relaciones es el **deber de fidelidad**. En este sentido, el deber de fidelidad, como especie del deber de diligencia, compendia el conjunto de normas de conducta aplicables a las relaciones de colaboración, agrupadas bajo un fundamento causal común basado en la exigencia de actuar en interés de otro.¹³ Siguiendo este postulado, el deber de fidelidad puede formularse a través de su contenido general, indicando que consiste en aquellas obligaciones puestas al servicio de la tutela del interés del principal en el cumplimiento de la prestación de colaboración. Frente a la actuación en interés propio, la exigencia de cooperar en interés ajeno orienta y precisa el contenido de la prestación hacia los fines pactados. Por esta razón, el deber de fidelidad presenta un contenido general que consiste en la exigencia de promover el fin ajeno previsto en el contrato.¹⁴

2.2. Deber de fidelidad en las relaciones de gestión

8. Deberes generales y especiales.- 1.- En un primer estadio, la administración de sociedades encuentra cabida en torno al mismo fundamento causal contenido en el conjunto de relaciones jurídico negociales de colaboración.¹⁵ Consiguientemente, en esa relación de colaboración, los gestores están sujetos a los deberes generales de fidelidad, orientados a la protección del interés de su principal.¹⁶ Dentro del marco de las relaciones de colaboración, la categoría de deberes de fidelidad admite la separación de **distintas clases de deberes**. Unos son aplicables con carácter general a todas las relaciones de colaboración (actuar en interés del principal, información, confidencialidad).¹⁷ Sin embargo, a su lado coexisten otros deberes más específicos que sólo resultan aplicables a aquellas especies de colaboración que presenta unas características tipológicas que les hagan exigible unas especiales obligaciones. En esta dirección pueden distinguirse dos tipos de colaboración que exigen sendos tipos de deberes. De un lado, se contemplan las relaciones de colaboración material. De otro, las relaciones de colaboración jurídica.

2.- A través de esa distinción se puede aislar el conjunto de **relaciones de gestión**, comprendiéndose en ellas un grupo de figuras con unas mismas características tipológicas (mandato, comisión, gestión representativa, administración de sociedades, etc.) caracterizadas por la nota de la colaboración jurídica. En estas relaciones una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios en favor de otro, denominado principal, actuando por cuenta e interés ajeno, mediante la realización de actos o negocios jurídicos,

¹² BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 156-165, 292-5, 530. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 120-1, 125; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101-2; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 481.

¹³ RIBAS, *Aproximación al estudio del deber de lealtad* (2004) cap. 2º: § 65; cap. 3º: §§ 7-8, cap. 4º: §§ 23 y 43. FONT GALAN, «La fidelidad al interés social» (2007) 604; EMBID, «Artículo 127 bis», *Comentarios LSA* (2009) 1420-1.

¹⁴ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 65, 68-69; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 473 señala que el deber de fidelidad del mandatario «viene impuesto por el juego del principio general de buena fe».

¹⁵ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 6-8.

¹⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 476, entiende que el deber de fidelidad, como deber básico del gestor de asuntos ajenos, «permite reconstruir el esquema de los deberes básicos que pesan sobre el mandatario en el marco de la relación que le liga con el principal».

¹⁷ V. infra, § I.3.1.

dirigidos a cumplir los fines económicos encomendados por el principal.¹⁸ En las relaciones gestoras, el deber de fidelidad, además de las directivas de promoción del interés ajeno, presenta otras directivas dirigidas a la de defensa del interés del principal.¹⁹ En concordancia con las dos directivas, las relaciones de gestión contemplan dos grupos de deberes, de cuidado y de lealtad, ambos dirigidos a la tutela del principal.²⁰

3.- En el ámbito mercantil, el ordenamiento ha reconocido entidad propia a los deberes de fidelidad de las relaciones de gestión, si bien de forma aislada y asistemática. Ejemplo de ello lo es la referencia del Código de comercio al estándar del «cuidado del negocio como propio» (art. 255.II CdC) previsto para la tutela del comitente en el negocio de comisión. Por el contrario, al regular el factor mercantil, el código no ha incorporado una cláusula explícita, refiriéndose solo al régimen de responsabilidad del factor por «el desempeño de sus funciones con malicia [o] negligencia...» (art. 297 CdC).²¹ De su parte, la ley de contrato de agencia contempla los deberes de conducta del agente a través de la exigencia de la buena fe, la lealtad y la diligencia de un ordenado empresario [arts. 9.1 y 9.2.a) LCA].²²

2.3. Deber de fidelidad del administrador

9. Diligencia y fidelidad.- 1.- Trasladando este esquema al Derecho de sociedades, el deber de fidelidad del administrador se presenta como el conjunto de obligaciones propias del administrador puestas al servicio de la tutela del interés de la sociedad en el cumplimiento de su prestación gestora. Como especie del deber de fidelidad aplicable a las relaciones de colaboración, el deber de fidelidad del administrador se ubica sistemáticamente en el círculo más amplio del deber de diligencia del deudor en el Derecho general de obligaciones (art. 1104 CC).²³ Por esa razón, el ordenamiento ha venido haciendo continua referencia al **deber de diligencia del administrador** con la intención de describir, con idéntico significado y contenido, al *deber de fidelidad del administrador*.²⁴

2.- En una primera etapa, el Derecho de sociedades codificado no incorpora una cláusula general de diligencia, refiriéndose únicamente a la responsabilidad del socio personalista por «malicia, abuso de facultades o negligencia grave» (art. 144 CdC).²⁵ De su parte, el Código civil

¹⁸ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 9. V. STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen) FD 2º, párr. 49.

¹⁹ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 15.

²⁰ RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423, señala que en términos generales, el fundamento último de los deberes de diligencia y de lealtad «puede buscarse en el hecho de que, en definitiva, el administrador es un gestor de asuntos o negocios ajenos...». V. infra, § II y III.

²¹ BOTANA AGRA, «El contrato de agencia en el Derecho español», DN (1993) 4-5; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 138-140; BELTRAN, «Factor», EJB, II (1995) 3043; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Contrato de agencia», EJB, I (1995) 1571; VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3060; ROJO, en URÍA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 257.

²² MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 453-61; PALAU, «Las obligaciones del agente», RDM (1998) 1529-1535.

²³ POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 132; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 103; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 51.

²⁴ QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 186-7; FONT GALAN, «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», RdS 25 (2005) 86; Id., «La fidelidad al interés social» (2007) 602; EMBID IRUJO, «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas», CCom. 46 (2006) 15-16; SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles* (2008) 242, 304, 327; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 72.

²⁵ GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 468; PAZ-ARES, en URÍA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 633.

no menciona estándar alguno de diligencia del administrador de la sociedad civil (art. 1686 CC), por lo que debería aplicarse el patrón de diligencia del buen padre de familia (ex art. 1104.II CC).²⁶ Sin embargo, la regulación del Derecho de sociedades por leyes especiales, reconoce el deber de diligencia del administrador a través de la **cláusula general de la diligencia** del ordenado empresario y del representante leal.²⁷

10. Fidelidad en la sociedad de capital.- 1.- Ordenando el planteamiento general anteriormente expuesto en el contexto de la Ley de sociedades de Capital, observamos que el legislador, al agrupar «Los deberes de los administradores» en el epígrafe del capítulo III de su título VI, se está refiriendo, en particular, a «**los deberes [de fidelidad] de los administradores**».²⁸ Es decir, que su contenido comprende aquellas normas de conductas a las que el administrador viene obligado por su condición de gestor de intereses ajenos. Consiguientemente, su contenido estará dirigido a contemplar (i) deberes generales de fidelidad en el marco de la relación de colaboración (actuar en interés de la sociedad, informar y secreto) y (ii) deberes especiales de fidelidad, en el marco de la relación de gestión (cuidado y lealtad). Siguiendo este esquema, el contenido de deberes de los administradores previsto en la Ley de sociedades de Capital (arts. 225 a 232) puede organizarse según el siguiente esquema analítico.

2.- El artículo 225, bajo el título «**Deber de diligente administración**», incluye dos deberes de distinta naturaleza: el deber de cuidado (párr. 1º) y el deber de información (párr. 2º). El deber de cuidado se reconoce a través de la formulación tradicional de la «diligencia del ordenado empresario».²⁹ Se trata de uno de los deberes especiales del administrador en su calidad de gestor. Mientras tanto, el deber de información se reconoce mediante la exigencia dirigida al administrador de «informarse diligentemente» como uno de las obligaciones de una categoría más extensa de relaciones, las relaciones de colaboración, y de una categoría de deberes más amplia, los deberes de fidelidad. Esta misma naturaleza le corresponde al **deber de secreto** previsto expresamente en el artículo 232.³⁰

²⁶ PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, (1991) art. 1686, sub.I, II.4 e id, art. 1692 sub. V.3.

²⁷ Así sucede con la sociedad anónima (art. 79 LSA 1951) cuya cláusula se mantiene con la reforma de 1989, sustituyendo la expresión comerciante por la de empresario (art. 127.1 LSA). V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 376-7; GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159, 164-166.

La misma expresión se encuentra también en la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico (art. 14.1 LAIE), en la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 61.1 LSRL) y en la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva (arts. 40.4 y 62.1 LIIC). La cláusula general también resulta aplicable a la sociedad cooperativa, a través de la remisión al régimen de la sociedad anónima (art. 43 LCoop). En otros casos, se utiliza la misma expresión general, pero se sustituye el vocablo empresario por el de administrador, tal como sucede en el ámbito de la Ley Concursal (art. 35.1 LC). La cláusula también ha sido incluida en la Propuesta de Código de sociedades (2002) con el mismo tenor antes anunciado (art. 121). Fuera del marco del Derecho de sociedades, la Ley 50/2002, de fundaciones se refiere al deber de los patronos de «administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación» (art. 14.2 LF) y al deber de «desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal» (art. 17.1 LF).

²⁸ FONT GALAN, «La fidelidad al interés social» (2007) 602, indica que «la codificación legal del deber de fidelidad viene a dar definición y concreción al deber de diligencia carente de definición legal. También el deber de lealtad es integrado por el deber de fidelidad al interés social, sin perjuicio de que dicho deber de lealtad, una vez irradiado por el de fidelidad al interés social, integre en última instancia el gran deber de diligencia». ESTEBAN VELASCO, «La administración de las sociedades de capital» (2011) 157-8, hace mención a los «dos grandes deberes fiduciarios de los administradores», diligencia y lealtad, que como «deberes genéricos integran la relación de administración de los administradores con la sociedad».

²⁹ V. infra, § II.

³⁰ V. infra, § I.3.3.

3.- El artículo 226, con el epígrafe «**Deber de lealtad**», establece dos afirmaciones. Primero, indica que los «administradores desempeñarán su cargo como un representante leal», cláusula general que describe uno de los contenidos obligatorios del administrador como gestor de los intereses de la sociedad.³¹ Segundo, la disposición añade que los administradores «cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos», lo cual no es una exigencia específica de la lealtad, sino más bien una directiva general y complementaria. Aunque su mención expresa no era estrictamente necesaria, en el contexto en el que se indica puede referirse a que leyes distintas a la Ley de sociedades de Capital contemplen reglamentaciones específicas sobre los deberes de lealtad para determinados sectores (ia., bancario, mercado de valores) y los estatutos sociales de una particular compañía pueden regular específicos códigos de conducta, particulares conflictos de interés o eventuales procedimientos para dirimirlos.³²

4.- El artículo 229, rotulado con la expresión «**Situaciones de conflicto de intereses**», contempla reglas específicas para dos contenidos básicos del deber de lealtad: el deber de notificar el conflicto (*disclosure*) y la prohibición o deber negativo de actuar en conflicto.³³ El deber de notificar el conflicto se concreta en tres reglas. Una, general, se refiere a «comunicar... cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad» (párr. 1.1). Otras dos, tienen carácter especial: «comunicar la participación... en el capital... [y] los cargos o las funciones» en sociedades competidoras (párr. 2) e informar en la memoria de las «situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores» (párr. 3). La prohibición de actuar en conflicto se concreta en el deber de abstención «de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera».³⁴

5.- Los artículos 227, 228 y 230 se refieren respectivamente a sendos tipos **singulares de conflictos de interés** entre la sociedad y el administrador gobernados por el deber de lealtad: 1º) la contratación, bajo la expresión utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, 2º) el aprovechar oportunidades de negocio y 3º) la competencia. En ambos supuestos, el legislador establece una prohibición y determinadas reglas para la determinación del supuesto.³⁵ La parte subjetiva del supuesto se completa con las reglas que establece el artículo 231 respecto a las personas vinculadas a los administradores.³⁶

3. Deberes generales

3.1. Deber de administrar en interés de la sociedad

11. La defensa del interés social.- 1.- Como fuente de obligaciones y deberes, el deber de fidelidad despliega el contenido necesario para completar las obligaciones legales.³⁷ El hecho de que los administradores tienen reservada la actividad de gestión, consistente en desarrollar el objeto y promover el fin social, comporta que en el plano obligatorio tengan un **deber de administrar la sociedad**.³⁸ Este deber de administrar condensa sus deberes de conducta en el

³¹ V. infra, § III.

³² V. infra, §.III.1.1, párr. 26.

³³ V. infra, §.III.

³⁴ V. infra, §.III.2.2.

³⁵ V. infra, §.III.4.

³⁶ V. infra, §.III.1.3.

³⁷ QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 186-7; ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», RDM (1990) 675; URÍA / MENÉNDEZ / GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 982.

³⁸ GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 357; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades* (1971) 363-364; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 129, 156-7; ESTEBAN VELASCO, «Administradores de SA», EJB I (1995) 346; LLEBOT, *Los deberes de los*

desempeño del cargo a través del deber de fidelidad. Con ello el administrador debe cumplir la directiva contenida en la fidelidad: la exigencia de actuar en interés de su principal, esto es, el deber de administrar en interés de la sociedad. El deber de administrar en interés de la sociedad es un contenido del deber de fidelidad que la Ley de Sociedades de Capital ha referido expresamente al deber de lealtad: «Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social» (art. 226 LSC).³⁹ Es decir, el administrador como gestor de intereses ajenos, se obliga a desarrollar una actividad de promoción y defensa del interés de la sociedad.⁴⁰

2.- En orden a los intereses tutelados, además de la sociedad, el legislador puede contemplar a **otros sujetos** tales como los empleados, los proveedores, los clientes y los acreedores, cuyos intereses están protegidos por legislaciones especiales, ya sean de carácter laboral, de ordenación del comercio, de consumidores y usuarios, concursal, etc. Además, al lado de los intereses privados se encuentran los intereses públicos, igualmente dignos de su protección por el ordenamiento, y de respeto, por parte del administrador. Dependiendo del sector en el que desarrolle su actividad, el empresario social quedará obligado por leyes ambientales, urbanísticas, energéticas, etc. o incluso de mayor generalidad, tales como las leyes laborales, fiscales, etc. cuyo cumplimiento sujeta al administrador a actuar por cuenta de la sociedad y en interés de la comunidad.⁴¹ En otros términos, cabría decir que el administrador debe compatibilizar el interés de la sociedad con el cumplimiento de las obligaciones de las leyes que protegen intereses públicos y privados que no puede desconocer. En este sentido, el interés de la sociedad no puede justificar el incumplimiento de las normas legales (v.gr., no pagar impuestos o no cumplir las normas laborales).

3.- La protección jurídica del interés del principal a través del deber de fidelidad se organiza, de un lado, mediante el recurso de los deberes generales de fidelidad (información y confidencialidad). De otro, el deber de fidelidad se concreta en los deberes específicos de las relaciones de gestión: deberes de cuidado y deberes de lealtad.⁴² Ambos deberes, se diferencian en las funciones que cumplen, en los supuestos a los que se aplican y en su contenido obligatorio.⁴³

administradores de la sociedad anónima (1996) 57-61; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 706; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 422.

³⁹ La LSC ha agrupado en el art. 226 la referencia al deber de lealtad con el contenido del derogado art. 127 bis, rotulado «Deberes de fidelidad», que el legislador había incorporado con la Ley de transparencia (2003). En esa disposición se indicaba que los «administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con *fidelidad al interés social*, entendido como interés de la sociedad.»

⁴⁰ RIBAS, *Aproximación al estudio del deber de lealtad* (2004) cap. 4º §§ 34-37; FONT GALAN, «La fidelidad al interés social» (2007) 602-3; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 86.

⁴¹ V. EMBID, «Artículo 127 bis», *Comentarios LSA* (2009) 1425, sobre la integración de «diferentes intereses organizados dentro y fuera de la empresa, poniendo en primer lugar el propósito de incrementar de manera sostenida su valor económico, concebido, eso sí, de manera no excluyente respecto de otros fines o propósitos». En torno cláusula del interés social, v. las sugerencia de ESTEBAN VELASCO, «La administración de las sociedades de capital» (2011) 168, quien considera que es «más adecuado introducir fórmulas más evolucionadas que, al menos, permitan incorporar, con apoyo jurídico societario, la consideración de otros intereses que concurren a hacer viable el desarrollo sostenido y sostenible de la actividad empresarial». V. como referencia del ordenamiento inglés, FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 491-4.

⁴² GIRON, «Las reformas», *La Ley* (1989) 5; CORTES, «Notas sobre la reforma de la legislación mercantil», *Estudios Girón* (1991) 212-213; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453; FERNANDEZ-ALBOR, «Deber de lealtad del administrador cesado», *RGD* (1999) 3998.

⁴³ V. infra, §§ II y III.

3.2. Deber de información

12. Deber de estar informado.- 1.- Mediante la norma contenida en el párrafo segundo del art. 225, el legislador generaliza el deber de información del administrador a todo el ámbito de las sociedades de capital. El reconocimiento expreso que se había producido con la Ley de transparencia (2003) para el ámbito de la sociedad anónima (art. 127.2 LSA), se extiende así a la sociedad de responsabilidad limitada. En este orden de ideas, el reconocimiento legal del deber de los administradores de «informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad» debe entenderse como una disposición que confirma un contenido obligatorio derivado de su deber de fidelidad que le es propio a todo administrador de sociedades, esté o no expresamente regulado.⁴⁴

2.- Como todo gestor de intereses ajenos, el administrador está obligado a estar debidamente informado de todo aquello que, en su ámbito de responsabilidad, sea relevante para cumplir sus cometidos.⁴⁵ Es más, la toma racional de decisiones sobre la marcha de la sociedad, junto al cumplimiento de los demás aspectos derivados del deber de cuidado, tales como las exigencias de atención y profesionalidad, de prudencia y vigilancia, no pueden desempeñarse eficientemente sin que los administradores dispongan de información constante, actual y fiable.⁴⁶ Para acometer este objetivo, el administrador no debe conformarse con la información suministrada, sino que tiene el deber de solicitar a la sociedad cuanta información sea necesaria para formarse un criterio razonable.⁴⁷

13. Derecho de estar informado.- 1.- El deber de información del administrador solo puede concebirse racionalmente si puede ser ejercitado de forma efectiva. Siguiendo esta premisa, el ejercicio del deber de estar informado requiere como presupuesto que los administradores sean titulares de un derecho de información que les faculte el acceso a la información societaria. Cierto es que en nuestro ordenamiento no existe una norma expresa que reconozca el derecho de información del administrador, ni se regula su contenido y forma de ejercicio. De ahí que es preciso encontrar el **fundamento** de la exigencia dirigida al administrador de estar informado en el marco del deber de fidelidad.⁴⁸ En la medida que la información tiene un carácter instrumental para la toma racional de decisiones, todo administrador puede acceder a la información disponible en la sociedad. Estas facultades de acceso a la información tienen

⁴⁴ Informe Olivencia (1998) sub. 8.1; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 164-6; Informe Aldama (2003) sub. III.2.4; LLEBOT, «Deberes y responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores* (2005) 29; DIAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2006) 138-56; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 80. V. GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 675, para quien la obligación de información es un «desarrollo particular del deber de diligencia».

⁴⁵ URÍA / MENENDEZ / GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 979.

⁴⁶ RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 398.

⁴⁷ QUIJANO GONZALEZ, «Deber, y derecho, de información de administradores» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 437.

⁴⁸ Informe Olivencia (1998) sub. II.6.1, sub. III.14 y rec. núm. 13; MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 48; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 169; Informe Aldama (2003) sub. IV.2; *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub. II.23 y 24; QUIJANO GONZALEZ, «Deber, y derecho, de información de administradores» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 438; MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127», *Comentarios LSA* (2009) 1417; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 81; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 47.

como fin que el administrador pueda formarse un estado de opinión basado en la realidad de la marcha del negocio, previo a la toma de decisiones y a la formación de la voluntad social.⁴⁹

El **contenido y objeto** sobre el que recae el derecho de información del administrador se predica respecto de (i) la inspección de la documentación y archivos de la sociedad, con derecho a recibir copias y memorias; (ii) el acceso a los locales y oficinas y (iii) a entrevistar a los empleados y directivos.⁵⁰ Además, el administrador puede requerir (iv) asesoramiento interno, en materias específicas, como pueda ser tener asistencia jurídica, contable, de gobierno corporativo, etc., respecto de los asuntos relativos a sus responsabilidades. Finalmente, los administradores de sociedades abiertas deberían complementar su acceso a la información a través de (v) la facultad de encargar informes de expertos a cargo de la sociedad.⁵¹ En este sentido, el deber de secreto que obliga a los administradores frente a terceros, no se aplica a la información entre administradores.⁵²

2.- Cuestión distinta a su contenido, reside en la forma en que el **derecho de información puede ser ejercitado**. Cuando éste se practica a través del colegio de administradores, el acceso a la información se produce mediante una decisión previa del consejo de administración.⁵³ Este criterio, armoniza con la afirmación de que el deber de vigilancia es competencia del consejo y en que el control del consejo evita el uso desleal de la información por parte del administrador solicitante de la misma.⁵⁴ El ejercicio a título individual del derecho de información puede facilitarse cuando la sociedad establece el procedimiento y los cauces para ello, sin una necesaria y previa intervención del consejo de administración. El fundamento de este postulado se ajusta a la consideración de que los administradores son titulares de un deber de vigilancia individual como contenido propio del deber de cuidado, lo cual a su vez, se acomoda con la responsabilidad individual y solidaria exigida a los consejeros.⁵⁵ Para que el

⁴⁹ GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 48, indica que el alcance del derecho de información viene determinado «en virtud de las funciones concretas que tengan individualmente atribuidas el administrador en el seno del Consejo». En este sentido, el administrador «no tendrá derecho (ni tampoco el deber, ni por tanto la responsabilidad) a conocer determinada información ya sea relativa a la propia organización societaria (por ejemplo, secretos industriales o comerciales) o a la organización y actividad de la empresa societaria (datos relativos a la clientela, etc.) que no entre en el ámbito de sus funciones».

⁵⁰ En relación al acceso de la información de otros consejeros y altos cargos, v. GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 1017-28; QUIJANO GONZALEZ, «Deber, y derecho, de información de administradores» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 439; MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127», *Comentarios LSA* (2009) 1417.

⁵¹ *Informe Olivencia* (1998) sub. III, recomendación 14, al final; MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 59-99; VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 346; *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub II.6.2, II.23 y II.24.

⁵² V. infra, § I.3.3.

⁵³ GARRIGUES, *Dictámenes de Derecho Mercantil*, III (1976) 653. QUIJANO GONZALEZ, «Deber, y derecho, de información de administradores» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 440, señala que el presidente del consejo es «garante a estos efectos del derecho de información de los consejeros...».

⁵⁴ V. infra, § II.2, párr. 23. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 649; Id., «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», DN (1993) 3.

⁵⁵ GARCIA VILLAVERDE, «Derecho a la información del socio y del administrador», *CDCom* (1991) 29-30; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 110; ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II.1 (1994) 214-5; VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 325, 329-30, 342-3, 345-7, 358; MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 46-8, 55-6, id., pp. 101-32; LLINAS ALVAREZ, «¿Hacia el reconocimiento de un derecho de información de los

ejercicio individual del derecho de información no comporte un uso desleal de la misma, la sociedad puede establecer un sistema de valoración de la petición respecto de su pertinencia y oportunidad. A estos efectos, los consejeros solicitantes pueden dirigir su petición al consejo para su eventual debate.⁵⁶

3.3. Deber de confidencialidad

14. Fundamento y aplicación.- 1.- El deber de secreto regulado en el artículo 232 de la Ley de sociedades de Capital es una expresión de los deberes de **fidelidad del administrador** como gestores de intereses ajenos.⁵⁷ Como norma de conducta aplicable a los administradores, la prohibición de comunicar o divulgar información societaria confidencial es fruto de la exigencia que les obliga a actuar en interés de la sociedad en el desempeño de su cargo.⁵⁸ Debido a su carácter general, el deber de confidencialidad encuentra su aplicación tanto en relación a los deberes de cuidado como de lealtad.⁵⁹

2.- El deber de secreto se manifiesta en el ámbito del **deber de cuidado** fundamentalmente cuando el administrador divulga o comunica ya sea intencionada o imprudentemente a terceros (proveedores, clientes, otros empresarios interesados en la adquisición de la empresa, medios de comunicación, etc.) un contenido informativo que está sujeto a reserva. La infracción del deber de prudencia con el que debe cuidar el negocio se produce cuando con la comunicación pone en riesgo o lesiona los intereses sociales.⁶⁰ Por el contrario, la información confidencial podrá transmitirse si la comunicación está justificada en virtud del interés o finalidad de la conducta.

administradores?”, RdS (1999) 379-80; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1328.

⁵⁶ ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II.1 (1994) 215; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 206-230; *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub. II.23; QUIJANO GONZALEZ, «Deber, y derecho, de información de administradores» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 440-1.

⁵⁷ La Ley de Sociedades de Capital recoge en el artículo 232 el mismo contenido que estaba previsto en el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas. La introducción expresa del deber de secreto en el ámbito del Derecho de sociedades corresponde al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en cuyo apartado segundo del artículo 127 se establecía que los administradores «[d]eberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones». Este precepto se reproduce literalmente más tarde en el párrafo segundo del artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. En relación al fundamento del deber, CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 120, señala que «las normas de conducta fundamentales que los miembros del órgano de administración han de cumplir como consecuencia de la relación fiduciaria que les une a la sociedad, y que, en tanto gestores de un interés ajeno, les obliga... a anteponer el interés social a su propio interés particular o a la interés de terceros». En esa dirección, v. QUIJANO GONZALEZ, «Deber de secreto» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 432, al señalar que el deber de secreto surge «como uno de los específicos deberes fiduciarios que asumen los administradores en virtud de la relación que establecen con la sociedad... [E]l deber secreto constituye una manifestación particular del más amplio deber de fidelidad que obliga a los administradores a preservar el interés social».

⁵⁸ MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127 quáter», *Comentarios LSA* (2009) 1446. Sobre la distinción entre divulgación y comunicación, v. CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 132. V. también, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 482.

⁵⁹ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 121-4; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 993-5; GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 675. Cfr. con GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 77, al indicar que «el deber de secreto constituye una manifestación particular del deber de lealtad que obliga a los administradores a velar por el interés social...».

⁶⁰ V. infra, II.2, párr. 22.

3.- Por otro lado, el deber de secreto se aplica a los supuestos amparados por el **deber de lealtad**, fundamentalmente en los casos de uso de información confidencial que tenga como finalidad satisfacer un interés del administrador o de una parte vinculada.⁶¹ Se trata, pues, de conductas que comportan conflictos de intereses tales como la transmisión de secretos industriales, la anticipación de resultados económicos a terceros o de estrategias empresariales en los que el administrador obtiene una contraprestación o ventaja por la información facilitada a terceros. Esta situación se diferencia del ilícito que se produce cuando el administrador usa la información reservada para realizar negocios por su propia cuenta o para realizar actos de competencia o de aprovechamiento de oportunidades. Por un lado, si la información no se comunica a terceros, se usa sin transmitirla, no se está incumpliendo un deber de secreto, puesto que no se revela información.⁶² Por lo tanto, estos casos quedan integrados en estos tipos especiales de actuación desleal.⁶³ Por otro, cuando la conducta de uso de información tiene como objeto valores negociables que «de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación», resulta de aplicación las normas especiales propias de este mercado [art. 81 LMV]. Sin embargo, si el administrador comunica información privilegiadas a un tercero y, además, el comportamiento «pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social», la conducta del administrador infringe tanto la norma societaria (art. 232 LSC), como la disciplina del mercado de valores (art. 81.2.b) LMV).⁶⁴

15. Alcance subjetivo.- 1.- El deber de guardar secreto se exige a los **administradores** de la sociedad, cualquiera que sea la forma de su nombramiento (cooptación, sistema de representación proporcional, elección por la junta general) y la estructura orgánica de la sociedad. El sujeto queda obligado al deber de guardar reserva de las informaciones confidenciales desde que el administrador acepta el nombramiento. Aunque no viene recogido de forma expresa en el artículo 232 de la Ley de sociedades de Capital, el administrador de hecho también queda obligado al deber de secreto.⁶⁵ La aplicación del deber de reserva deriva de que el administrador de hecho realiza conductas propias del administrador y la propia ley le

⁶¹ V. STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen) FD 1º, párr. 44 y 59.

⁶² Cuando la revelación a terceros no se produce, el ilícito no infringe el deber de confidencialidad, sino el deber de lealtad con la consiguiente exigencia de abstención de actuar en conflicto de interés. V. QUIJANO GONZALEZ, «Deber de secreto» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 435. Sobre el deber de pasividad del administrador, v. CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 134; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 1012-4.

⁶³ V. infra, § III.4, cualquiera de las modalidades de conflictos de interés.

⁶⁴ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 133-4.

⁶⁵ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 136. Sobre la eventual extensión del deber a los altos directivos y a los accionistas de control, v. id., 140. Sobre la prohibición de revelar información a los socios, v. CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 132; QUIJANO GONZALEZ, «Deber de secreto», *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 433-4; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 79. Al respecto, la STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen) FD 2º, párr. 56, señala que «la vida societaria y el ordenado desarrollo de la actividad del Consejo de Administración de las sociedades capitalistas no están diseñados en nuestro sistema en régimen asambleario, por lo que no es precisa la información a los accionistas, ni siquiera a quienes ostentan minorías relevantes e incluso mayorías, de los acuerdos del órgano de administración dentro de sus competencias empresariales». Sin embargo, el deber de confidencialidad «no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de "tráfico peligroso" en las que el deber de transparencia exige, a salvo supuestos singulares, la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración, no siempre orientadas a la persecución del interés de la sociedad».

reconoce como sujeto responsable por actos «realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (art. 236.1 LSC).

2.- La Ley de Sociedades de Capital contempla una disposición especial para el supuesto en que el cargo de administrador sea una **persona jurídica** (art. 232.3 LSC).⁶⁶ En primer lugar, se establece que «[c]uando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta...». Con ello, el legislador extiende el deber de confidencialidad al representante de la persona jurídica, aún cuando éste no reúna la condición de administrador de la sociedad. En segundo lugar, la disposición indica que la exigencia del deber de secreto tiene lugar «sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que [los representantes] tengan de informar» a la persona jurídica administradora de la sociedad. Mediante esta regla, se excluye del deber de secreto a las comunicaciones de información confidencial entre el representante y el representado. En la relación interna entre ambos, el representante puede legítimamente informar a su principal y administrador de la sociedad de todo contenido informativo procedente de la sociedad administrada. El hecho de que la persona jurídica nombre a un representante para que actúe por su cuenta no le priva de su derecho a estar informada, ni tampoco le exime de las obligaciones de conocer el desarrollo de la actividad societaria (art. 225.2 LSC). Por otro lado, el hecho de que la persona jurídica administradora nombre un representante para que ejerza las funciones que no puede realizar por sí misma, no le excusa de su deber de secreto como administradora de la sociedad. En este sentido, la persona jurídica administradora deberá tomar las medidas de prevención adecuadas para que quienes conozcan las informaciones confidenciales de la sociedad administrada no las transmitan a terceros.

16. Ámbito objetivo.- 1.- La Ley de Sociedades de Capital construye la prohibición sobre dos **conductas típicas**: la comunicación y la divulgación de información confidencial.⁶⁷ Mediante la divulgación se pone la información al alcance del público en general, de forma que con esta conducta, la información pierde o puede perder el carácter confidencial. Por el contrario, la comunicación significa transmitir información a personas determinadas y no siempre trae como consecuencia el menoscabo de la confidencialidad. Las conductas ilícitas se cumplen cuando reúnen los siguientes **elementos**: confidencialidad, origen empresarial y riesgo de lesión.

2.- Primero, el deber de secreto se proyecta sobre informaciones caracterizadas por la nota de la **confidencialidad**.⁶⁸ El carácter confidencial de la información se encuentra presente, en primer lugar, en los secretos empresariales.⁶⁹ Estas informaciones sólo son conocidas por personas que tienen una estrecha relación con la sociedad y que pertenecen al departamento que los desarrolla o comercializa. Tales contenidos pueden referirse tanto a los procesos de producción (v. gr.: *know-how*, previsiones de producción, actividades de investigación, etc.) de comercialización (v. gr.: análisis de mercados, listas de clientes y proveedores, contratos con terceros, etc.) u organización empresarial (planificación financiera, datos sobre recursos humanos, planes de adquisiciones o de reestructuración, etc.). En segundo lugar, las informaciones confidenciales alcanzan a otros contenidos que aún siendo conocidos por

⁶⁶ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 137-9; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 996-8.

⁶⁷ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 131-2; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 2011-4.

⁶⁸ El legislador se refiere a diversos tipos de información con carácter ejemplificativo: «informaciones, datos, informes o antecedentes». Tampoco tiene relevancia el soporte sobre el que se fije (papel, digital, informes orales, etc.). V. CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 125; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 1007-11.

⁶⁹ Sobre la distinción entre información secreta e información confidencial, v. CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 128.

terceros, no están al alcance de cualquier persona, son relevantes para la sociedad y ésta mantiene un interés en que no se divulguen o que no se amplíe su conocimiento en el público en la medida que pondría en riesgo las ventajas competitivas que adquiere a través de su utilización.⁷⁰

3.- Segundo, el ilícito confidencial debe tener **origen empresarial** desde una triple perspectiva. (i) La información objeto de prohibición de comunicación y divulgación debe referirse a la sociedad con la que el administrador mantiene una relación de gestión.⁷¹ El deber de reserva se extiende respecto de informaciones sobre terceros (socios, clientes, proveedores, competidores, etc.) por los eventuales daños derivados de la conducta infractora, cuando la sociedad dispone información de tales personas respecto de las que está sujeta a deberes de confidencialidad (v. gr.: informaciones sobre otras sociedades en proceso de adquisición o de clientes amparados en bajo el secreto bancario) o en caso de información de otras sociedades del grupo. (ii) El deber de secreto se limita a las informaciones que los administradores «conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo».⁷² La información conocida a través del ejercicio del cargo comprende, de un lado, aquella que tiene su origen en los documentos y archivos societarios, junto con la obtenida de las relaciones y reuniones con administradores, directivos y trabajadores de la sociedad derivadas de la actividad societaria interna. De otro lado, también incluye la información obtenida por el administrador en su relación con terceras personas en la actividad de desarrollo del objeto social (valoraciones de activos realizadas por terceros, ofertas de compra o de venta, etc.). (iii) Finalmente, en relación al ámbito temporal, la prohibición de comunicar información confidencial se inicia con la aceptación del cargo y continúa «aun después de cesar en sus funciones».⁷³ Consiguientemente, el deber se mantiene mientras tanto la información sigue siendo confidencial. Sin embargo, el administrador no queda obligado a mantener silencio respecto de las informaciones sobre la sociedad que obtiene una vez que ha cesado en el cargo.

4.- Tercero, el supuesto se cumple cuando existe un **riesgo de lesión** para la sociedad. La información confidencial está sujeta al deber de secreto cuando su comunicación a terceros «pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social». Al decir que las consecuencias pudieran ser perjudiciales, la disposición se está refiriendo a la existencia de un riesgo de lesión al interés social, hecho por el cual no es necesario que el perjuicio efectivo llegue a producirse.⁷⁴

17. Excepciones al deber de secreto.- 1.- La Ley de Sociedades de Capital establece dos excepciones relativas a la exigencia del deber de secreto.⁷⁵ La primera hace referencia a los supuestos en que las leyes permitan la «comunicación o divulgación a tercero» de la información confidencial. La admisión de la comunicación a terceros por ministerio de la ley está motivada por la tutela del ordenamiento de otros intereses, públicos o privados, que el

⁷⁰ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 128-9.

⁷¹ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 125-6.

⁷² CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 127; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 1003-5.

⁷³ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 127; QUIJANO GONZALEZ, «Deber de secreto» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 434 («el deber dura, al menos, en tanto la información en cuestión siga siendo confidencial y su divulgación potencialmente perjudicial para el interés social...»); GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 78.

⁷⁴ QUIJANO GONZALEZ, «Deber de secreto» *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 435, señala que «basta la potencialidad o probabilidad del perjuicio... sin que sea necesario que llegue a ocurrir, o que sea seguro o totalmente previsible que ocurrirá».

⁷⁵ CASTELLANO, «El deber de secreto de los administradores» (2004) 141-4; GALLEGO SANCHEZ, «El deber de secreto de los administradores» (2006) 1014-6.

legislador entiende que son preferentes respecto del interés social. En otros casos, el ordenamiento faculta a los administradores a transmitir la información, sobre la base de un juicio de valor que pondere la oportunidad de la comunicación.

2. La notificación a las autoridades de supervisión.- La segunda excepción al deber de secreto está prevista para los caso en que los administradores «sean requeridos o hayan de remitir [las informaciones de carácter confidencial] a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes».

II. DEBER DE CUIDADO

1. Planteamiento

18. Formulación legal.- 1.- El moderno Derecho de sociedades ha plasmado el deber de cuidado a través de la fórmula legal de la «diligencia de un ordenado empresario» (art. 225.1 LSC).⁷⁶ Una expresión semejante, la «diligencia de un ordenado comerciante», es también empleada en otros tipos gestores no societarios, como en el contrato de agencia [art. 9.2.a) LCA]. De su parte, el legislador ha utilizado el deber de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes» para expresar el deber de cuidado al que se sujetan las entidades que prestan servicios de inversión (art. 79.I LMV). Aunque fuera del Derecho de sociedades, pero en el marco de las personas jurídicas, el ordenamiento sigue manteniendo la expresión diligencia. En este sentido, la Ley de fundaciones se refiere al deber de cuidado con las expresiones «administrar con diligencia» y «diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (arts. 14.1. y 17.2 LF 2002).

2.- De su parte, la Ley de sociedades de Capital utiliza la expresión *diligencia* en una doble condición (art. 225 LSC).⁷⁷ Por un lado, rotula el contenido general de la disposición al referirse al «Deber de diligente administración». Mientras que, por otro, hace mención a que los «administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario». Sin embargo, la primera se acerca más al deber de fidelidad, atendiendo al contenido del artículo, y la segunda, se entiende mejor en su contexto, si se lee como deber de cuidado.

19. Caracterización.- 1.- El deber de cuidado del administrador consiste en el conjunto de normas de conducta que, como parte de los deberes de fidelidad del administrador, orientan la función promotora de la actividad de administrar. Siguiendo este esquema, cuando el legislador utiliza la cláusula general de la «diligencia del ordenado empresario», está indicando, en una forma más precisa, que los administradores están sujetos a los deberes de fidelidad que le son exigibles a un gestor de intereses ajenos en el cuidado del negocio.

2.- De ello se sigue, en primer lugar, que el deber de cuidado del administrador depende de la categoría más general de deberes de fidelidad, a su vez, subconjunto de los deberes de diligencia, cuya ubicación general se encuentra en el deber general de buena fe.⁷⁸ Al encontrar

⁷⁶ V. arts. 79 LSA 1951; 127.1 LSA; 61.1 LSRL; 14.1 LAIE; 43 LCoop. 1999, por remisión, y 40.4 y 62.1 LIIC; v. 35.1 LC, que usa el término administrador; v. art. 60.4 y 64.1 LCoop. 1987, que usaba el término gestor.

⁷⁷ La primera referencia legal que precisa el deber de cuidado se encuentra en el art. 79 LSA 1951, que exigía al administrador comportarse según la “diligencia de un ordenado comerciante”. La expresión se modifica en la reforma legislativa de 1989, al sustituirse la expresión comerciante por empresario en la redacción dada al art. 127 LSA. Al comparar el contenido del art. 225 LSC con el ahora derogado art. 127 LSA, se observa que bajo una misma expresión referida al “deber de diligente administración”, la LSC ha suprimido la referencia que se hacía en el primer párrafo del mencionado artículo al deber de lealtad bajo la expresión de la diligencia «de un representante leal».

⁷⁸ QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 165; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1686, sub I y art. 1692, sub. V.3; ESTEBAN VELASCO, “Art. 14. Responsabilidad”, Coms. LAIE (1992) 237-8; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133-5; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 419-44; PEREZ CARRILLO, “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *RdS* 14 (2000)

acomodo sistemáticamente entre los deberes de fidelidad, se facilita la interpretación del deber de cuidado por medio de su contexto general y se comprende y completa su sentido atendiendo a la directiva que comporta la exigencia de la fidelidad de atender y promover los intereses del principal.

3.- En segundo lugar, el deber de cuidado sigue el patrón legal del «ordenado empresario» con el fin de caracterizar el desempeño del gestor con la nota de orden referida a su principal. En este marco de gestión empresarial, ordenado significa que los gestores que actúan por su cuenta, sigan el método o modo de proceder que utilizaría el empresario si desarrollara la actividad directamente.

4.- Finalmente, el deber de cuidado del administrador se aplica a todos aquellos actos materiales y jurídicos necesarios para desarrollar la función promotora del administrador. De ahí que el deber de cuidado tiene una aplicación general de las conductas del administrador, con la exclusión de las situaciones que comportan conflictos de interés, en tanto que éstos quedan sujetos al deber de lealtad. En otros términos, el deber de cuidado pretende resolver los problemas jurídicos que se originan cuando el administrador no desarrolla su actividad en interés de la sociedad, salvo que obtenga un beneficio personal derivado de su comportamiento.

2. Contenido del deber

20. Deber de atención.- 1.- El deber de administrar comprende una primera exigencia relacionada con la promoción del fin social en relación con la dirección y desarrollo efectivo del negocio. La primera y fundamental obligación consiste en prestar una atención adecuada al **desarrollo de su actividad**, dirigiendo los recursos humanos y materiales disponibles y tomando las iniciativas de programación, decisión y ejecución necesarias para el cumplimiento de los fines sociales.⁷⁹ La exigencia de atender el compromiso que el administrador adquiere con la sociedad varía en función de su posición en la administración societaria, dependiendo de si sus funciones tienen carácter ejecutivo o son simplemente consejeros. En ambos casos, los administradores están sujetos al mismo deber, si bien en la condición de ejecutivos, las tareas encomendadas serán distintas y, consiguientemente, también lo serán sus exigencias de dedicación en tiempo y en esfuerzo.

2.- El deber de atención implica un comportamiento dirigido a un cumplimiento eficaz de la obligación de administrar. De ahí que no es suficiente una observancia formal de los requerimientos del cargo, como, por ejemplo, pueda darse con la asistencia a las reuniones convocadas o con la recepción de documentación social u otra información.⁸⁰ Por el contrario, las exigencias de un ordenado empresario comportan una **participación activa** en las tareas encomendadas y en los asuntos correspondientes a su función. Para ello, es preciso (i)

275-323; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1325; SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 169-173; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 69-107; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 70, 75-81.

⁷⁹ QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 165; ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 238; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratado de la Sociedad Limitada* (1997) 753; id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 250; MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127», *Comentarios LSA* (2009) 1415; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 76. Como señala ESTEBAN VELASCO, «La administración de las sociedades de capital» (2011) 1578, la diligencia «exige desplegar la actividad y cuidado propios de la naturaleza de la relación de administración que modula para los administradores en función en función del puesto / encargo asumido».

⁸⁰ Sin embargo, al administrador no se le puede exigir una actitud de cuidado respecto de informaciones que no conocía y no tenía el deber de conocer. V. al respecto, la STS [1ª] 29-09-2011 (Caso Cooperativa de Almedinilla) FD 1º y 2º.

informarse debidamente, preparar adecuadamente las reuniones y hacer un seguimiento regular de los asuntos que le corresponden⁸¹; (ii) asistir y participar activamente en las deliberaciones y promover reuniones extraordinarias que sean pertinentes; (iii) mantener una actitud de vigilancia respecto del cumplimiento de los acuerdos y resoluciones sociales por parte de los ejecutivos⁸²; (iv) estar atentos a los riesgos del negocio y a las irregularidades en la gestión social y en la conservación y custodia de los bienes materiales⁸³; (v) llevar a término aquellas iniciativas que, aunque no estén expresamente asignadas, sean propias del desempeño de sus funciones, tales como oponerse a los acuerdos sociales contrarios al interés social o a aquellos actos y decisiones contrarias a la legislación vigente (societaria, medioambiental, del sector regulado, de orden fiscal, etc.).⁸⁴

21. Deber de profesionalidad.- 1.- El nombramiento de administrador no está sujeto al cumplimiento de requisitos generales que comporten la exigencia de una cualificación profesional que demande disponer de conocimientos técnicos y experiencia en la concreta actividad empresarial.⁸⁵ Esta regla general encuentra su excepción en algunos sectores regulados, particularmente en el ámbito del mercado financiero, en el cual la ley condiciona el ejercicio del cargo a disponer los conocimientos y experiencia adecuados para el cumplimiento de las funciones gestoras.⁸⁶

2.- A pesar de que el ejercicio del cargo de administrador, por regla general, no requiere de una cualificación profesional, el administrador está sujeto a determinadas obligaciones que traen consigo un deber de comportarse con la **competencia y profesionalidad** necesaria para el cumplimiento de sus tareas. Dicho en otros términos, las exigencias propias de un administrador que cumple sus funciones con diligencia no son las que corresponden al hombre medio.⁸⁷ En esta dirección, los deberes profesionales reconocidos legalmente a través de la expresión «ordenado empresario» contienen una doble vertiente obligatoria. De un lado, la diligencia exigible lleva consigo un conocimiento de los deberes y las obligaciones jurídicas que sean propias al desempeño de sus tareas. Estas obligaciones pueden tener origen en la ley,

⁸¹ V. supra, § I.3.2.

⁸² V. infra, § II.2, párr. 23.

⁸³ V. infra, § II.2, párr. 22. V. también, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 480-1, en relación al mandato.

⁸⁴ *Informe Olivencia* (1998) sub. 8.1; *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.4(i); *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub. II.26.

⁸⁵ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 83, 121-137, 168, 335-339; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 233-5; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (2008) 120-2, 282-3; MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127», *Comentarios LSA* (2009) 1415; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 77; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 59.

⁸⁶ Arts. 2.1.f), 2.3, 2.4.b), 3 9.2.c) del RD 1245 de 14 de julio de 1995 de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE 181, de 31 de julio de 1995); art. 5.1.e) del RD 692 de 26 de abril de 1996, de régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE 24 de mayo de 1996); arts. 31.bis.2, 65.bis.2, 66.4, 67.2.g) y 4.b), 68.3, 69.5.b) y 73.e) LMV; arts. 5.2.f), 5.4.bis, 5.6.g) y h), 15, 22.ter, 28, 39.4.f), 55.2 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre, Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados) (BOE 5 noviembre 2004); arts. 9.1 y 10.2.b) y c) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE de 25 de noviembre); arts. 10.2, 11.2.c), 41-43 de la Ley 35/2003, de 4 noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 5 noviembre 2003); art. 20.1.g) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE 13 diciembre 2002).

⁸⁷ SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 166, 169, 171.

en los estatutos y reglamentos sociales y en las exigencias propias del sector profesional en que la sociedad desarrolla su actividad.⁸⁸

3.- De otro lado, el administrador tiene el deber de actuar con los conocimientos, experiencia y capacidades que se requieren para desempeñar las **funciones delegadas** (administrador ejecutivo) o como miembro de una comisión específica para el estudio o valoración de determinados asuntos, etc. Si tales funciones requieren la cualificación profesional de un experto, el administrador quedará obligado por las reglas de la técnica correspondiente (financiera, contable, jurídica, etc.).⁸⁹

4.- Con todo, al administrador no le es exigible tener una titulación profesional que le capacite para desempeñar el cargo y las funciones específicas derivadas del mismo. El conocimiento técnico especializado, científico o no, cuando sea necesario puede obtenerse a través de la prestación de servicios de terceras personas que auxilian a los administradores y estos, actuando de buena fe, pueden confiar en los expertos de cada materia. Sin embargo, el administrador no puede **excusar el cumplimiento de sus obligaciones**, ni alegar el desconocimiento o ignorancia de las exigencias del cargo, para ser exonerado de responsabilidad. De esta forma, se presume el conocimiento de los deberes y exigencias propias del ejercicio del cargo.⁹⁰

22. Deber de prudencia.- 1.- Las sociedades mercantiles y, en particular, las sociedades de capital están dedicadas a la explotación de negocios cuyo desarrollo comporta tomar decisiones que generan un riesgo empresarial. Con el objetivo final de obtener un mayor beneficio, las decisiones empresariales pueden exponer el valor y existencia de determinados bienes o incluso su pérdida parcial o completa. Al contemplar la posición jurídica del administrador frente a esta situación típicamente empresarial, es preciso partir de una premisa fundamental. A saber, la evaluación de la conducta del administrador debe hacerse bajo la consideración de que la administración consiste en una **obligación de medios** y no de resultado. De ello se sigue que el administrador no asume el riesgo empresarial y su responsabilidad está sujeta al cumplimiento de sus deberes de diligencia.⁹¹

2.- El deber de cuidado exigible al administrador no puede determinar las reglas sobre la conveniencia y oportunidad de la toma de decisiones, en la medida que toda actividad empresarial está sujeta a cierta aleatoriedad, contingencia o incertidumbre y no existe un canon

⁸⁸ Un ejemplo de la infracción de la obligación de actuar con la profesionalidad derivada de la particular actividad desarrollada por la sociedad puede verse en el ATS [1ª] 2-2-2010 confirmatorio del recurso de casación contra la SAP Navarra [3ª] 31-7-2008 (Caso ZAETESA). En este asunto se acredita que los administradores demandados de una empresa promotora de viviendas no suscribieron contrato escrito de ejecución de obra, no disponían de presupuesto de la contrata, no llevaban certificados de obra, así como que abonaban facturas injustificadas y transfirieron importes sin soporte que justificara las cantidades abonadas [v. FD 3º del ATS y FD 5º.B) de la SAP].

⁸⁹ GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 160; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 197; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 134-5; PEREZ CARRILLO, «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS* (2000) 297-303, 313.

⁹⁰ GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima* (1971) 347; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 649; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133-4; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102-3; MARTINEZ SANZ, «Art. 61. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSRL* (1997) 668.

⁹¹ GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 156; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102-3, 108-9; SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 167; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 159; Id, «Deber de diligencia», *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 424; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 78; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 59.

que garantice el éxito de los negocios.⁹² Además, por razones de eficiencia, es preciso que los administradores dispongan de un amplio **margen de discrecionalidad** que les incentive a tomar decisiones que comportan riesgos, como son la introducción en nuevos mercados, el desarrollo de nuevos productos y servicios, la innovación en la organización de los recursos y en la producción y la distribución de bienes y servicios.⁹³

3.- Con todo, el margen de discrecionalidad del administrador en el ejercicio de su cargo está limitado, no sólo por el marco de actuación que comporta el objeto social y las instrucciones recibidas de los órganos sociales, sino por la **prudencia razonable** que el administrador debe mostrar en su comportamiento.⁹⁴ La ponderación del grado de prudencia exigible al administrador debe ponerse en relación, no tanto a las consecuencias de la actuación, cuanto a la actitud de previsión y valoración de los riesgos a los que en cada caso haya afrontado el gestor.⁹⁵ En tales supuestos, el administrador no sólo debe informarse razonablemente y cumplir las formalidades establecidas.⁹⁶ En consonancia con su deber de atención, es preciso que desarrolle una actitud activa, a cuyos efectos, el deber de cuidado exigible requiere fundamentar las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados.⁹⁷

4.- La falta de cuidado consiste, de un lado, en actuar desconociendo los riesgos cuando debería conocerlos, y, de otro, en no tomar las medidas de cautela o de prevención necesarias en el caso. A estos efectos, resulta fundamental el ejercicio del derecho y deber de información del administrador para formarse una opinión sobre aquellos asuntos que lo requieran (v. supra sub. I.3.2).⁹⁸ La actuación prudente está también relacionada con el encargo de informes u opiniones profesionales, mediante la contratación de asesores y expertos. En todo caso, la confianza en asesores y expertos debe darse sobre la creencia razonable sobre su profesionalidad, competencia y méritos.

23. Deber de vigilancia.- 1.- En el ámbito del control interno, el administrador está sujeto a un deber de vigilancia respecto del comportamiento de los administradores y altos directivos

⁹² IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima* (1971) 347; GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 156; SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 167; QUIJANO, «Deber de diligencia», *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 424; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 71-81.

⁹³ LLEBOT, «Deberes y responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores* (2005) 31; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 74.

⁹⁴ GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; cfr. PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 75.

⁹⁵ GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 156.

⁹⁶ PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 79.

⁹⁷ Pueden tomarse como ejemplos los casos citados por BIOT, R. / OLIVARES, M., El País, de 10 de febrero de 2012, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/10/valencia/1328911861_854258.html, al referirse a operaciones relativas a una entidad de crédito en la que la Dirección General de Supervisión del Banco de España realiza un informe de en el que señala que la entidad «financió suelo muy por encima del precio de adquisición originario por el grupo promotor», permitió a sociedades participadas «disposiciones de fondos sin conocer el objeto de la financiación» y apoyó «proyectos especulativos cuya viabilidad dependía de una actuación administrativa incierta». Con independencia de que algunas de estas operaciones se puedan ubicar entre los conflictos de interés sujetos al deber de lealtad, no resulta dificultoso apreciar que se refieren a supuestos contemplados dentro del deber de cuidado, en los cuales no se aprecia la prudencia y la vigilancia que se espera del administrador que mantiene fidelidad al interés de la entidad. V. también, la STS [1ª] 14-3-2011 (Caso Motor y Música Press) passim, referida a varias operaciones de concesión de préstamos y entregas de dinero a otro sin causa justificada.

⁹⁸ V. supra, § I.3.2.

con tareas ejecutivas.⁹⁹ Aunque el ordenamiento no lo refleja de forma expresa, el deber de vigilancia fundamenta el control del órgano de administración respecto de las funciones delegadas a los consejeros ejecutivos.¹⁰⁰ En este sentido, el consejo de administración no sólo cumple con la función de seleccionar y reemplazar a los consejeros delegados, sino que tiene el **deber de evaluar su conducta** de forma regular.

2.- El deber de vigilancia se manifiesta en la **doble vertiente de los deberes de fidelidad**. Por un lado, cada uno de los consejeros debe estar atento respecto del cumplimiento de los deberes de cuidado de los administradores ejecutivos. De ahí que los consejeros pondrán atención en que la actividad de dirección del negocio se corresponda con los estándares, instrucciones y normas exigibles. El conocimiento de la infracción de tales exigencias, comporta el deber de oponerse a su continuación y a desarrollar todos aquellos actos necesarios para evitar que causen un daño a la sociedad.

3.- Por otro lado, uno de los aspectos de mayor relieve que ofrece el deber de vigilancia tiene lugar respecto de la observancia del deber de lealtad y las particulares conductas interesadas o desleales de los administradores. En efecto, cuando tengan lugar los conflictos de interés, los administradores deben intervenir, valorando la situación, procediendo a su eventual autorización o rechazo e informando a los socios.¹⁰¹

III. DEBER DE LEALTAD

1. Concepto y supuesto

1.1. Concepto

24. Definición.- 1.- Bajo la expresión «Deber de lealtad», la Ley de sociedades de Capital hace referencia a tres elementos. 1º) La exigencia dirigida al administrador de desempeñar «su cargo como un representante leal»; 2º) la «defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad» y 3º) el cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» (art. 226).¹⁰² El primero de los tres elementos constituye la **formulación legal** del deber de lealtad. Esta formulación se contempla en el ámbito de las sociedades de capital a través de la cláusula general que exige desempeñar el cargo «como un representante leal», en

⁹⁹ GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 368; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 131; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil* (1976) 478; QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 552; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades* (1971) 288-9; RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 396; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 108-9; PEREZ CARRILLO, «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS* (2000) 314; *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub II.08.II; id., rec. núm. 8; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 79, 125.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 397, indica que la vigilancia trata de asegurar que la gestión «se desarrolle conforme a los intereses de la sociedad y, más concretamente, de acuerdo con los objetivos y los planes fijados por el Consejo»; Id., «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 431, señala que el deber de vigilar «supone realizar un control sobre la gestión de la sociedad»; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 63.

¹⁰¹ V. infra, § III.3. *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) (2006) sub. II.08 (c); RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 125, 178.

¹⁰² Ley de sociedades de capital introduce en nuestro ordenamiento un artículo específico para referirse al deber de lealtad del administrador. Hasta ahora, su contenido había venido incluyéndose en la cláusula general de diligencia en la que se recogía tanto el deber de cuidado (ordenado comerciante/empresario) como el deber de lealtad (representante leal). V. arts. 79 LSA 1951; 127.1 LSA y 61.1 LSRL. La nueva redacción relativa al deber de lealtad, suprime el vocablo «diligencia» del nuevo enunciado y lo asocia al deber de cuidado. Sin embargo, la nueva ordenación lingüística no modifica ni su orden sistemático, ni su contenido e interpretación.

consonancia con las modernas leyes especiales que regulan las distintas formas empresariales (art. 226 LSC).¹⁰³

2.- Frente a ello, el derecho codificado societario que alberga la sociedad personalista, civil, colectiva y comanditaria, no ha recogido expresamente una cláusula general de lealtad.¹⁰⁴ Generalizando aún más, nuestro derecho de sociedades no contempla un enunciado general y expreso que **defina el concepto y contenido** fundamental del deber aplicable a toda sociedad, sea esta capitalista o personalista, civil o mercantil. En una escala superior, el ordenamiento tampoco se ha ocupado de realizar esta tarea en el sitio natural que le es propio, esto es, en el ámbito de las relaciones de gestión dónde se ubica el deber y se generaliza su aplicación a los tipos especiales de relaciones gestoras. Este vacío conceptual plantea la necesidad de delimitar el concepto, establecer sus elementos esenciales, y precisar su contenido obligatorio.

3.- Atendiendo a los **elementos esenciales** del concepto, aparece en primer lugar el supuesto que se acota en el conflicto de intereses entre el principal y el gestor, en nuestro caso, la sociedad y el administrador. En segundo lugar, el concepto se construye sobre las obligaciones a las que está sometido el gestor. Considerando la causa del negocio, tales obligaciones se orientan hacia la actuación en interés social frente al interés particular. Con ello, cuando aparece una situación de conflicto de intereses, nace una exigencia de ceder el interés propio del administrador frente al interés social. Finalmente, el tercer elemento característico de nuestro sistema de deberes se cimienta sobre la eventual autorización de la conducta interesada por parte del principal. Este elemento, a la vez, se fundamenta en una condición esencial: que previo a la autorización, el administrador interesado haya notificado a la sociedad todos los elementos relevantes del conflicto para que ésta pueda tomar una decisión racional en su propio interés. Al organizar estas ideas en una definición, el **concepto de deber de lealtad del administrador** se compendia en el siguiente enunciado: el deber de lealtad consiste en la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses, debiendo subordinar su interés personal a favor de la sociedad, salvo que previa notificación de su posición de conflicto, la sociedad autorice su actuación interesada.¹⁰⁵ Con ello se puede afirmar que el **contenido nuclear** derivado del deber de

¹⁰³ Fuera de las sociedades de capital, la cláusula de la diligencia del representante leal el deber de lealtad se mantiene en las leyes especiales correspondientes a las agrupaciones de interés económico (art. 14.1 LAIE), las instituciones de inversión colectiva (arts. 40.4 y 62.1 LIIC), las sociedades cooperativas (arts. 60.4 y 64.1 LCoop. 1987; art. 43 LCoop. 1999), y también en la legislación concurral (art. 35.1 LC) y en la de fundaciones (art. 17.1 LF 2002; art. 15.1 LF 1994). RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 82,97.

¹⁰⁴ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 96.

¹⁰⁵ RIBAS, *Aproximación al estudio del deber de lealtad* (2004) cap. 4º §§ 43-45; JUSTE MENCIA / IGARTUA ARREGUI, "Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)", RdS 24 (2005); SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 177; LLEBOT, «Deberes y responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores* (2005) 34; EMBID IRUJO, "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas", CDCom. 46 (2006) 21; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 16; URIÁ / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 979; MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 127», *Comentarios LSA* (2009) 1417; GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 676-7; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 87; ESTEBAN VELASCO, "La administración de las sociedades de capital" (2011) 158; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 65. V. al respecto la STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen) FD 2º, párr. 49, dónde se indica que «[e]n las denominadas relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal, nuestro ordenamiento, como concreta manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual

lealtad del administrador se funda sobre dos pilares: la prohibición de actuar interesadamente y la obligación de comunicar la situación de conflicto a la sociedad.

4.- Siguiendo el análisis que hemos anunciado más arriba, el deber de lealtad se **ordena sistemáticamente** entre sus afines (deber de cuidado) y sus categorías generales (fidelidad, diligencia y buena fe) de la siguiente manera.¹⁰⁶ El deber de lealtad consiste en una figura autónoma del deber de cuidado y especial respecto de los deberes de fidelidad, diligencia y buena fe. Del deber de cuidado le diferencia la singularidad del supuesto desleal, concentrado exclusivamente en el ámbito del conflicto de intereses entre principal y gestor, junto a su régimen y sanción.¹⁰⁷ Del deber de fidelidad le separa su relación de especialidad, en la medida que el deber de lealtad, junto con el deber de cuidado, son las dos especies que componen el género de los deberes de fidelidad aplicables a las relaciones de gestión.¹⁰⁸ El deber de lealtad se distingue del deber de diligencia en que éste contiene la categoría general de deberes de conducta aplicable al deudor u obligado en Derecho de obligaciones y en la que, a su vez, se ubican los deberes de fidelidad.¹⁰⁹ El círculo concéntrico más amplio se encuentra en el deber de buena fe, de la que depende directamente el deber de diligencia.¹¹⁰ De mayor a menor grado, diligencia, fidelidad y lealtad, son conceptos dependientes por este orden e íntimamente relacionados por el principio más general (la buena fe) que los regula y preside.¹¹¹

25. Defensa del interés social.- 1.- El segundo de los elementos que contiene el art. 226 se refiere a que el administrador desempeñe el cargo como un representante leal «en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad». Con la exigencia de actuar lealmente «en defensa del interés social», el ordenamiento establece una conexión entre la lealtad y la **causa del negocio**.¹¹² En efecto, como parte de una relación de gestión, el administrador tiene el deber, no solo de promover, sino de defender el interés de la sociedad.¹¹³ Ello obedece a la

conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquel».

¹⁰⁶ V. supra, § I.2. V. también, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 481.

¹⁰⁷ V. supra, § II. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 36-9, 98; id., "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 65; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423; GUERRA MARTIN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses* (2003) 435-43; *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.i.II y sub. III.2.4; *Informe Conthe* (2006) Anexo II.6; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 14-28, 69-107.

¹⁰⁸ V. supra, § I.2. EMBID IRUJO, "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas", CDCom. 46 (2006) 16, 20-21; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 66, 69-73, 87; SANCHEZ CALERO / SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2011) 519. Cfr. con QUIJANO / MAMBRILLA, «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (2006) 951; SERRANO CANAS, «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles* (2009) 240-1; SANCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2005) 176.

¹⁰⁹ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 66-8, 87.

¹¹⁰ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 63-66.

¹¹¹ GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 295; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 100, 106; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 122; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 41-2; SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 193; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 164-5; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 26; EMBID / GÓRRIZ, «Artículo 127 ter», *Comentarios LSA* (2009) 1431.

¹¹² RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 37-38, 84-86.

¹¹³ GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1045-6; GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 160; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad

finalidad de tutela de la sociedad mediante sus deberes de fidelidad que mantiene con ella.¹¹⁴ Las relaciones de gestión, como subgrupo de relaciones de colaboración, están estructuradas sobre un principio fundamental: la exigencia de que el obligado a realizar la prestación frente al principal debe actuar en su interés.¹¹⁵

2.- En el Derecho de sociedades, el interés del principal se confunde necesariamente con el interés de la sociedad y, tal como expresamente se recoge en la mencionada disposición, el administrador queda obligado a su defensa. En el marco del deber de lealtad, la «**defensa del interés social**» se concreta en la exigencia dirigida al administrador de abstenerse de actuar interesadamente cuando se encuentre en una situación de conflicto. En este contexto encuentra sentido el contenido prohibitivo del deber (prohibición de actuar en conflicto de interés) orientando su aplicación hacia una doble vertiente negativa: Por un lado, el administrador no debe desarrollar actividades personales interesadas. Por otro, el administrador no debe participar en la actividad societaria interna (acuerdos y decisiones) dirigida a autorizar aquellas situaciones de conflicto que le afecten personalmente. Es más, el administrador se enfrenta a un deber positivo de actuar cuando el conflicto afecta a otro administrador, en cuyo caso, tiene un deber de oposición a la autorización de aquellos conflictos que en una valoración independiente no se ajusten a los intereses de la sociedad.¹¹⁶

26. Deberes impuestos por las leyes y los estatutos.- 1.- El tercer elemento contemplado en el art. 226 hace referencia a que los administradores «cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos». A primera vista, el deber indicado podría considerarse redundante e innecesario, si bien un análisis contextual permite dirigir la atención hacia una doble consideración. En lo que afecta a «**los deberes [de lealtad] impuestos por las leyes**», el legislador incluye esta referencia para significar la unidad de principio existente en una variedad de preceptos reguladores de aspectos relativos al régimen deber de lealtad ubicadas en normas de carácter legal en un sentido amplio. En ellas se contendrían, en primer lugar, diversos preceptos previstos en la Ley de sociedades de Capital, no incluidos entre los «deberes de los administradores» previstos, con carácter general, en el capítulo III del título VI de la mencionada ley.¹¹⁷ En segundo lugar, existen otras disposiciones contempladas en leyes

anónima», RDM (1990) 670; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 105, 227-8; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 38-9; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 98; QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 664; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423-4; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 164-5; EMBID, «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas», *CDCom.* 46 (2006) 14; EMBID, «Artículo 127 bis», *Comentarios LSA* (2009) 1420-3.

¹¹⁴ Esta posición quedaba expresamente reflejada en el derogado art. 127 bis LSA. En relación a la compatibilidad entre interés social e interés del grupo, v. EMBID, «Artículo 127 bis», *Comentarios LSA* (2009) 1425-6, y, particularmente, las diferencias existentes entre los grupos jerárquicos, centralizados y descentralizados, y los grupos paritarios [id., p. 1426].

¹¹⁵ V. supra, § I.2 y I.3.1.

¹¹⁶ QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 174; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 109; MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 669-70; ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas* (1982) 506; id, «Administradores de SA», *EJB I* (1995) 345; ALCOVER, «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 521; *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.4.(iii); *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub. II.33; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 73, 188.

¹¹⁷ Entre las disposiciones contenidas en la LSC que describen eventuales conflictos de intereses o normas que los reglamentan encontramos las siguientes: la autorización para la concesión de asistencia financiera a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 162); la prohibición de

sectoriales que regulan aspectos concretos relativos al régimen del deber de lealtad, tal y como particularmente sucede en el marco de la legislación del mercado de valores.¹¹⁸

2.- Con la referencia al cumplimiento de los «**deberes [de lealtad] impuestos por... los estatutos**», el legislador trata de completar el esquema obligatorio del administrador leal en el marco de la relación interna de la sociedad que le ha nombrado. Los estatutos resultan un lugar adecuado para incorporar las normas básicas de los códigos de conducta, completando, de esta forma, el régimen legal de deberes de los administradores. En este sentido, los administradores quedan sujetos al cumplimiento de las reglas estatutarias que reglamentan procedimientos internos de autorización de conductas interesadas o que disponen de criterios especiales para delimitar algunos conflictos de intereses. Las reglas estatutarias pueden ir dirigidas a reforzar las obligaciones legales, pero, sin embargo, no pueden modificar los elementos nucleares del deber, habida cuenta de su carácter no disponible.¹¹⁹

1.2. **Ámbito objetivo**

27. Noción de conflicto. 1.- La referencia a «cualquier situación de conflicto... que [el administrador] pudiera tener con el interés de la sociedad», prevista en el primer párrafo del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital viene a recoger el supuesto de hecho del ilícito desleal. Sin embargo, aunque el ordenamiento reconoce descriptivamente el supuesto, no establece una **definición** que contemple sus elementos esenciales. A estos efectos, corresponde afirmar que la situación de conflicto de intereses resulta relevante cuando contempla una concurrencia de intereses opuestos entre la sociedad y el administrador que, objetivamente contemplada, por su naturaleza y finalidad, resulta idónea para poner en riesgo los intereses de la sociedad. Siguiendo este enunciado, el conflicto de intereses se caracteriza por dos elementos: la contraposición de intereses entre la sociedad y el administrador y el

voto al socio que reúne la condición de administrador en los acuerdos de autorización de competencia o de prestación de obras o servicios (art. 190); la impugnación de acuerdos sociales que... lesionen el interés social en beneficio de... terceros que reúnan la condición de administradores (art. 204.1); la determinación de la remuneración de los administradores (arts. 217, 218 y 219); la exigencia de acuerdo de la junta general para autorizar relaciones de prestación de servicios o de obra entre el administrador y el administrador de la sociedad limitada (art. 220); la facultad del socio accionista de solicitar el acuerdo de la junta general de cese del administrador que se encuentre en situación de conflicto (art. 224.2); el deber de publicar en la memoria contenidos relativos a la remuneración y asistencia financiera al administrador (art. 260, párr. IX y X); y la prohibición de voto del administrador de sociedad cotizada en caso de solicitud pública de representación que se encuentre en conflicto de intereses, correspondiente a las acciones representadas (art. 526).

¹¹⁸ La legislación del mercado de valores regula dos tipos de relaciones de gestión que contemplan aspectos centrales del deber de lealtad. De un lado contempla la relación entre el gestor (sociedad de inversión) y el cliente y, de otro, reglamenta la relación entre el gestor (administrador) y la sociedad emisora o de inversión. En este momento, sólo nos referimos al segundo grupo de relaciones, por ser ahora el objeto de estudio el deber de lealtad del administrador de las sociedades de capital. En este contexto, resultan relevantes las siguientes disposiciones: la obligación de informar en la memoria sobre las operaciones de los administradores con la sociedad emisora o del mismo grupo cuando tales operaciones cumplan determinadas condiciones (art. 35.II LMV); el deber de incluir en el informe anual de gobierno corporativo las operaciones vinculadas de la sociedad con los administradores (art. 61 bis.4.d) LMV); la obligación de incluir en el informe anual sobre las remuneraciones de los consejeros la política de remuneraciones y el resumen de su aplicación, así como su sometimiento a votación en la junta general (art. 61 ter.1- 2 LMV); la exigencia de que las empresas de servicios de inversión cuenten con reglamentos internos de conducta que incluyan un régimen de operaciones personales de los consejeros (art. 67.2.i) LMV); la prohibición de uso de información privilegiada (art. 81 LMV); deber de las entidades de que prestan servicios de inversión y asesoramiento de prevenir los conflictos de interés mediante el establecimiento de murallas chinas (art. 83 LMV). A estas disposiciones pueden añadirse aquellas que sean de desarrollo reglamentario de las anteriores.

¹¹⁹ Sobre el debate entre regulación voluntaria y necesaria, así como sobre el fundamento de la regulación imperativa del contenido nuclear del deber de lealtad del administrador, v. RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 127-131.

riesgo de lesión de los intereses sociales.¹²⁰ A través de estos **elementos esenciales**, la definición del conflicto de intereses adquiere relevancia, en la medida que determina el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del deber. Cumpliéndose los elementos que configuran el conflicto, el administrador que actúa interesadamente queda obligado al cumplimiento de los deberes exigidos por la lealtad.

2.- Al lado de los elementos esenciales que estructuran la noción del conflicto, existen otros de **carácter eventual** que sirven a la función de completar su caracterización: la lesión patrimonial y la intencionalidad del gestor.¹²¹ Al fundamentar el conflicto en una situación de riesgo para los intereses del principal, el hecho de que el resultado eficiente, fruto de la ejecución del negocio o conducta del administrador, no comporte una lesión al interés social, no excluye la deslealtad del acto. De esta suerte, la existencia de una lesión del interés del principal es irrelevante para la determinación del supuesto.¹²² Por el contrario, la acreditación del daño puede tener su importancia a los efectos de determinar los eventuales efectos indemnizatorios derivados de la responsabilidad del administrador interesado. En segundo lugar, al analizar la relevancia de la intencionalidad del gestor en la determinación del conflicto de intereses se puede considerar una doble dimensión. Primera, la intención de generar un daño o lesión a la sociedad, esto es, de obtener determinadas ventajas en perjuicio de los intereses del principal, no es un elemento a considerar en la configuración del ilícito desleal. Y segunda, el administrador tiene el deber de conocer las eventuales situaciones de conflicto en las que se pueda encontrar. De ahí que, una vez acreditado su conocimiento o su deber inexcusable de conocerlo, el administrador que se encuentra en una situación de incompatibilidad de intereses con riesgo de lesión de los intereses sociales está sujeto a los deberes y eventuales sanciones derivadas de la lealtad. Consiguientemente, el conflicto de intereses se enmarca en una situación objetiva de incompatibilidad de intereses. Sin embargo, ello no impide que la acreditación de la negligencia o del dolo en la conducta del gestor no pueda tener relevancia en los eventuales efectos civiles o penales derivados del incumplimiento del deber.

28. Delimitación del supuesto. 1.- En la determinación la situación de conflicto se plantea la concurrencia de diferentes circunstancias cuya relevancia es conveniente tener en cuenta. En primer lugar, resulta de interés considerar aquellas situaciones de conflicto en las cuales la actuación de interesado sólo puede **aportar ventajas a la sociedad**. En tales casos, en línea de principio, la afirmación de que el único resultado eficiente posible puede ser favorable al principal, soslaya la posibilidad riesgo de lesión para la sociedad. Ello significaría que tales conductas quedan excluidas de las situaciones de conflicto. Sin embargo, estas situaciones deben considerarse excepcionales si el examen de la cuestión se orienta a través del criterio

¹²⁰ RIBAS, *Aproximación al estudio del deber de lealtad* (2004) cap. 5º §§ 8-11; RODRIGUEZ PINTO, *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español* (2005) 338; SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles* (2008) 56; LECIÑENA MENDIZABAL, *Conflicto de intereses y comisión mercantil* (2009) 211, 237; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 137; EMPARANZA, “Los conflictos de interés” (2011) 16; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 71. V. DIEZ-PICAZO / ROCA TRIAS / MORALES, *Los principios de Derecho europeo de contratos* (2002) 207, al señalar que la «noción de conflicto de intereses es más amplia que la de autocontratación. Implica que el representante no puede gestionar al mismo tiempo intereses encontrados: todos ajenos, o propios y ajenos. La razón está en la necesidad de defensa exclusiva de los intereses del principal».

¹²¹ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 138 y 139; GALLEGO SANCHEZ, «Artículo 224», *Comentario LSC*, T.I (2011) 1596; EMPARANZA, “Los conflictos de interés” (2011) 16; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 71.

¹²² V. STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen) FD 2º, párr. 57, al señalar que el deber de lealtad «exige no observar comportamientos que causan o pueden causar daños a la sociedad administrada, con independencia de que, además exista o no una desviación de valor de la esfera social a la esfera personal del administrador».

general de los negocios onerosos, en los que frente a la prestación de una de las partes se espera una prestación equivalente de la otra, sea esta presente o futura. Por esta razón, en casos aislados como pueden ser las conductas orientadas a otorgar liberalidades puras a favor de la sociedad o los casos de cumplimiento de una obligación del administrador a favor de la sociedad, se puede considerar que el conflicto de intereses no existe a los efectos de la aplicación de la norma. Con todo, aunque el modelo teórico se presente con claridad en el sentido indicado, la situación no deja de generar dudas en cuanto a la valoración de las situaciones limítrofes y respecto de quien es el sujeto o el órgano que debe tomar esa decisión.

2.- Otro supuesto objeto de debate se refiere a los casos en que la gestión presenta un **contenido previamente determinado**, de forma que el administrador dispone de un estrecho margen de discrecionalidad que le dificultaría la lesión del interés social. Al mismo tiempo plantean dudas los supuestos en que el administrador interesado realiza **operaciones corrientes** y/o en **condiciones normales** de mercado.¹²³ También en este caso, un primer análisis dirige la atención a considerar que tales operaciones no generan un riesgo de lesión. Sin embargo, unas y otras deben quedar sujetas a un examen más riguroso. Ello es así en la medida que, como hemos señalado en el supuesto anterior, la valoración final de la existencia del conflicto no puede dejarse en manos del propio interesado. Sólo después de que se produzca una notificación plena y considerando toda la información relevante es posible excluir el riesgo de lesión del interés social por un órgano independiente que autorice la conducta interesada.

3.- Finalmente, aquellas conductas interesadas que no tengan relevancia o entidad económica para la sociedad quedan excluidas de las situaciones de conflicto. En este caso, no se trata tanto de analizar la conducta del administrador interesado, cuanto de valorar el propio interés gestionado. Comúnmente conocida como la **regla de minimis**, diversos ordenamientos reconocen una exención para las pequeñas operaciones, que funciona como una regla que excluye aquellos negocios que por su naturaleza económica de poca relevancia, su sanción crea más problemas de seguridad jurídica y de costes que su tolerancia.¹²⁴ En nuestro caso, el silencio del legislador no impide la aplicación de la regla, si bien la ausencia de criterios precisos no facilita la tarea de deslindar los supuestos fronterizos.

29. Modalidades conflictuales. 1.- La posibilidad de ordenar las clasificaciones de conflictos sobre la base de distintos criterios pueden ayudar a la comprensión del fenómeno desleal.¹²⁵ Utilizando el criterio de la **titularidad del interés (subyacente)**, la oposición de intereses se comprueba sin dificultad cuando el comportamiento del administrador está afectado por un interés propio. Ejemplo de esta variedad básica se encuentra en los casos en que el administrador transmite a la sociedad un bien de su propiedad, de forma que con la operación se satisface un interés que le es propio. Frente a ello, puede caracterizarse la modalidad del interés ajeno. En estos casos, el comportamiento del administrador se dirige a la defensa del interés de un tercero. Un tipo de supuesto de esta naturaleza se encuentra en los casos de doble representación en los cuales el gestor actúa, frente a la sociedad, por cuenta e interés del contratante, a la par que representa a la sociedad frente al tercero. Aunque la Ley de sociedades de Capital no hace referencia expresa a esa distinción, la separación de intereses resulta fundamental para explicar la siguiente modalidad conflictual.

2.- Atendiendo al criterio del **modo o forma de intervención** del administrador interesado en la situación de conflicto, se puede diferenciar entre conflicto directo e indirecto. Estas modalidades han sido reconocidas expresamente por la Ley de sociedades de Capital al

¹²³ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 136.

¹²⁴ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 136.4.

¹²⁵ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 140-145.

referirse a «cualquier situación de conflicto, *directo o indirecto*, que [los administradores] pudieran tener con el interés de la sociedad» (art. 229.1). Esta distinción separa las conductas interesadas que el administrador realiza por sí mismo, de aquellas otras en las que interviene una tercera persona, denominada persona vinculada. En el conflicto directo, el administrador se encuentra en una situación en la que sus intereses se gestionan de forma manifiesta y expresa frente a los de la sociedad. El ejemplo típico tiene lugar cuando el administrador contrata con la sociedad en su propio nombre, de forma que explicita su voluntad y, consiguientemente, su interés personal en realizar el negocio en cuestión. Sin embargo, el conflicto indirecto nace cuando en un mismo plano se superpone una doble relación, cuya conexión se produce con la presencia de un tercero, quien establece una relación jurídica con la sociedad, mientras que, a la par, mantiene otra con el administrador. El elemento que permite determinar la posición interesada del administrador deriva del vínculo que media entre el administrador y el tercero.¹²⁶

3.- Otros grupos de casos pueden articularse en función de un **criterio temporal**, habida cuenta que tradicionalmente se viene haciendo referencia a la distinción entre el conflicto permanente y el ocasional. Esta dualidad de conflictos permite caracterizar situaciones aisladas o excepcionales (v. gr.: la apropiación de un bien determinado), frente a conductas que mantiene su duración en el tiempo (v. gr.: la competencia). Con todo, la existencia del conflicto y el consiguiente nacimiento de las obligaciones derivadas de la lealtad no depende tanto de la duración de la conducta, cuanto del riesgo de lesión de los intereses que la situación crea para la sociedad. Es más, conductas desleales que el ordenamiento considera de la mayor gravedad (tales como el uso de información privilegiada o las apropiaciones de bienes, etc.) pueden ejecutarse en un corto espacio de tiempo.

4.- La tipología convencional al uso distingue entre dos grandes categorías: por un lado, la **contratación** (en sentido amplio) y, por otro, los actos de **competencia y las oportunidades de negocio**. A partir de esta separación, se puede observar la estructura subjetiva de los actos interesados, las conductas referidas a su ámbito objetivo y el objeto de protección de las exigencias derivadas del deber de lealtad. En el primer grupo se encuentran aquellos actos y negocios jurídicos que el administrador o persona vinculada realiza con la sociedad.¹²⁷ Este tipo de actos se caracterizan porque la sociedad siempre es el sujeto con el cual se entablan las relaciones jurídicas relacionadas con la conducta interesada del administrador. La situación de conflicto contempla distintos actos y negocios como objeto de la relación, entre los que cabe destacar comúnmente las relaciones de intercambio, de garantía y de crédito, los arrendamientos de servicios y de obra, los contratos de seguro, los contratos de gestión, etc. En este conjunto deben incluirse tanto los actos preparatorios, como los de ejecución (pago de indemnizaciones, de primas, etc.). El segundo grupo de conflictos agrupa los comportamientos interesados del administrador en los cuales la sociedad no interviene directamente, aunque sus intereses queden afectados mediante la conducta del administrador. En este marco, las relaciones jurídicas conflictuales se establecen entre el administrador (o persona vinculada) y un tercero. Este tercero puede ser un cliente del administrador en un acto de competencia con la sociedad o puede ser, típicamente, un empresario en un acto de aprovechamiento de oportunidades de negocio no incluidas en los actos de competencia.¹²⁸ En ambos casos, se contempla una situación de hecho para la sociedad pues, aunque los comportamientos interesados del administrador afectan sus intereses, sin embargo, la sociedad no es parte de relación jurídica alguna con el administrador o con el tercero con quien éste contrata. También en estos casos, la sociedad necesita protección jurídica ante el riesgo de reducir su clientela y sus expectativas de negocio, que obstaculizan el desarrollo del objeto y fines sociales.

¹²⁶ V. infra, § III.1.3, párr. 31 a 35.

¹²⁷ V. infra, § III.4.1.

¹²⁸ V. infra, § III.4.2 y 4.3.

5.- Otros criterios de diferenciación de casos permiten caracterizar supuestos en el marco del **procedimiento de control** de los actos interesados. En primer lugar, se distinguen los conflictos sujetos a prohibición absoluta, caracterizados por el hecho de que no pueden ser objeto de autorización por la sociedad (v.gr.: la comisión de delitos patrimoniales en interés del administrador). Frente a ellos, se oponen los conflictos sujetos a prohibición relativa. Este grupo de casos presenta la nota común de su aptitud para ser autorizados por la sociedad conforme al criterio general establecido en nuestro ordenamiento. En segundo lugar, también en el trámite de control de las conductas oportunistas, destaca la separación entre conflictos revelados y conflictos ocultos. Los primeros se producen cuando el administrador que se encuentra en una posición de conflicto, cumpliendo con sus deberes de lealtad, procede a comunicar a la sociedad la naturaleza y características de su situación.¹²⁹ Por el contrario, el conflicto oculto tiene lugar cuando el administrador realiza la conducta interesada, ya sea actuando directamente o mediante persona vinculada, manteniendo reserva de su posición conflictual. De esta forma, su actitud reticente genera un incumplimiento de sus deberes, con el consiguiente ilícito desleal.

1.3. **Ámbito subjetivo**

30. Determinación del supuesto.- 1.- La determinación del ámbito subjetivo del supuesto precisa considerar las diferencias entre dos grupos de sujetos. Por un lado, pueden aislarse aquellas personas obligadas por los deberes de lealtad en virtud de su participación en un **conflicto de intereses directo**. Las personas directamente obligadas son, en primer lugar, la generalidad de administradores de la sociedad que se encuentran ejerciendo su cargo, hayan sido nombrados por la junta general, por el sistema de representación proporcional o por cooptación en el consejo de administración y habiendo aceptado el cargo. Al administrador cesado también le son aplicables determinadas obligaciones de lealtad, en relación al uso de información que hubiera adquirido durante el ejercicio del cargo.¹³⁰ El deber de lealtad se extiende a otros sujetos que no ocupan idéntica posición jurídica que la de administrador formal de la sociedad, si bien su conducta presenta unos riesgos equivalentes. En esta dirección, queda obligado el administrador de hecho y, en términos semejantes, se encuentra el administrador oculto y quienes representen a los administradores que sean personas jurídicas.¹³¹ Lo mismo sucede respecto de los liquidadores de la sociedad y de los administradores concursales (art. 35 LC).

2.- Por otro lado, el supuesto desleal no puede acreditarse en línea de principio cuando se produce un **conflicto de intereses indirecto** en la medida que la condición de interesado del administrador no se desprende solamente de la identidad de los sujetos que aparecen en la situación de conflicto. En tales casos, es necesario extender el examen a las personas que intervienen frente a la sociedad a los efectos determinar si su vinculación con los administradores puede comportar un conflicto con la sociedad. Las personas vinculadas no son sujetos obligados por el deber de lealtad en la medida que no mantienen relación de gestión alguna con ella. A los efectos de la aplicación del deber, tales sujetos son terceros que intervienen en operaciones que pueden afectar los intereses de la sociedad, ya sea a través de establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas (v.gr.: contratación), ya sea mediante la realización de actividades que compiten con las que ella desarrolla. En este contexto su relevancia depende de considerar que si los actos, negocios u operaciones vinculadas fueran realizadas directamente por el administrador, estaríamos ante un conflicto de interés con la sociedad.

¹²⁹ V. infra, § III.2.2.

¹³⁰ V. supra, § I.3.3.

¹³¹ V. infra, § III.1.3.

31. Operaciones vinculadas.- 1.- Al examinar las operaciones vinculadas se observa que el elemento que las caracteriza se centra en la influencia que la relación existente entre las partes pueda ejercer en la conducta del administrador. En este sentido, **atendiendo a la naturaleza de la relación existente**, los distintos tipos de vinculaciones pueden analizarse a través del criterio de la influencia relevante como eje para determinar el supuesto desleal en las operaciones vinculadas.¹³² Una primera categoría de vinculaciones se encuentra en aquellos supuestos en que la naturaleza de la relación existente entre el administrador y el tercero encaja en alguno de los tipos de relaciones de colaboración (gestión, sociedad interna/externa). En tales casos, la obligación del administrador de actuar en interés del tercero, propia de este tipo de relaciones, permite constatar la influencia que la relación ejerce sobre el primero y la eventual contradicción de intereses con los de la sociedad. Un segundo grupo de vinculaciones se articula a través de la categoría más amplia referida a las relaciones de confianza, particularizados en el ámbito de las relaciones de familia. En este ámbito es preciso delimitar la extensión del núcleo de influencia para conocer hasta qué círculo de parentesco la influencia puede tener relevancia en la conducta del gestor.

2.- Dentro de estas dos categorías, la tipología de casos se organiza, a la par, sobre tres grupos de supuestos, atendiendo al criterio del **interés subyacente** en la operación. Un primer grupo de vinculaciones se caracteriza porque las operaciones se realizan en interés del tercero. En estos casos, el papel de administrador se pone particularmente de manifiesto en la fase promoción y / o de ejecución del negocio en favor de su principal. Entre el administrador y el tercero media una relación de colaboración (actuación por cuenta ajena), en su modalidad de colaboración jurídica o gestión, como sucede en la doble representación, o en su modalidad de colaboración material, como sucede en la simple promoción de intereses. En ambos casos, el administrador se encuentra en una posición de contradicción de intereses, en cuanto tiene que servir a la sociedad como administrador y al tercero como gestor o promotor de sus intereses.

Un segundo grupo de vinculaciones se organiza alrededor del interés del propio administrador. Dejando a un lado los conflictos directos y contemplando solamente las operaciones indirectas, el administrador busca en el tercero a una persona que le auxilie en el desarrollo de las operaciones de forma que soslaye su intervención directa frente a la sociedad. Un caso típico de colaboración (material o jurídica) de un tercero para la ejecución de los fines propuestos por el administrador se encuentra en los supuestos de persona interpuesta.¹³³ En estos casos, la intervención del tercero responde a una finalidad de gestión de los intereses del administrador, de forma que la persona vinculada actúa, a la par, frente a la sociedad, por cuenta e interés del administrador. En este sentido, con la interposición de la persona vinculada, el administrador puede tratar de ocultar su posición y sus verdaderos intereses.

Finalmente, existe un tercer grupo de casos, en los que la nota dominante es el interés común, tal como sucede en las relaciones de sociedad (interna o externa) y en las relaciones de familia. En estos casos, las operaciones vinculadas se promueven a los efectos de satisfacer los intereses de ambas partes, administrador y tercero, aunque no necesariamente en la misma proporción o cuota parte.

32. Reconocimiento normativo.- 1.- Mientras que desde el punto de vista analítico la singularidad del conflicto indirecto se centra en caracterizar el vínculo existente entre el administrador y el tercero, desde el punto de vista práctico el punto de atención se dirige a la

¹³² En el ámbito del mercado de valores, cfr. con las referencias a la «influencia significativa» que se incorporan en el art. 2º.1 de la Orden 3050/2004 sobre operaciones vinculadas.

¹³³ El ordenamiento ha prestado una amplia atención a estos casos: v. i.a., arts. 1459.I CC; 151 LC; 67.2 LIIC; 16.2 LORCA; 285.1 CP; 231.1.d) LSC. Según el art. 9.3.e) del RD 1333/2005 de abuso de mercado señala que se «considerará que tienen este carácter aquellas que, *en nombre propio*, realicen transacciones sobre los valores *por cuenta del administrador* o directivo obligado a comunicar».

prueba y **acreditación de la vinculación** existente entre ambos sujetos. Salvo en los casos en que el administrador actúa en un negocio de doble representación (en los cuales la relación de gestión existente entre el administrador y el tercero se manifiesta expresamente), el concierto entre las partes puede permanecer oculto, así como el interés subyacente y la posición conflictual del administrador.¹³⁴ Las dificultades prácticas para abordar la cuestión entre los particulares ha orientado el problema hacia el auxilio del ordenamiento para que, en algunos supuestos, y, de forma parcial, se ponga en marcha el mecanismo de las presunciones.¹³⁵

2.- En este sentido, la Ley de sociedades de Capital hace referencia a las personas vinculadas al administrador en diversos supuestos relativos a los sujetos obligados por el deber de lealtad (arts. 227, 228 y 229). De ahí que, la previsión legislativa contenida en el **artículo 231 de la Ley de sociedades de Capital tiene como función** establecer una serie de presunciones con el fin de determinar la identidad de las personas vinculadas al administrador.¹³⁶ Con ello, el legislador se enfrenta al problema de detectar el eventual interés oculto que el administrador pueda tener en la operación. De esta forma, el ordenamiento indica que existiendo ciertas relaciones (de hecho o de derecho) entre el tercero y el administrador, no es necesario acreditar que las partes acordaron realizar las operaciones en interés del administrador, en interés común o en interés del tercero (pero en contradicción con las obligaciones del administrador con la sociedad). Esto es, que la acreditación de tales hechos, exime al demandante de demostrar el negocio subyacente y la causa que lo fundamenta. Frente a estos supuestos, los expresamente regulados (relaciones familiares y societarias) presentan, además, la ventaja de dar una mayor seguridad jurídica, en la medida que la no intervención del legislador dejaría un amplio margen de indefinición que solo puede ser resuelta a través de la interpretación judicial.

33. Vinculación familiar.- Las relaciones familiares entre el administrador y el tercero colocan al primero en una situación de conflicto en la medida que el círculo más estrecho de familiares del administrador interesado puede ejercer una influencia relevante en la conducta del administrador. A estos efectos, el legislador ha determinado el círculo de familiares a través de dos personas centrales: el **administrador y su cónyuge**. Siguiendo este esquema, se entienden personas vinculadas al administrador, «[e]l cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad» [art. 231.1.a)]. A través de estas personas, se entienden partes vinculadas al administrador «[l]os ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador» [art. 231.1.b)]. Dentro del ámbito familiar, las vinculaciones se extiende a los «cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador» [art. 231.1.c)]. En este tercer nivel, la vinculación por afinidad sólo está basada en la estirpe del administrador. Con ello, el ordenamiento ha limitado las vinculaciones relevantes, excluyendo de las personas legalmente vinculadas al administrador a las personas antes mencionadas en su relación de afectividad con la persona del cónyuge del administrador (v. gr.: las segundas parejas de los/as cuñados/as del administrador o los

¹³⁴ EMPARANZA, “Los conflictos de interés” (2011) 36-7.

¹³⁵ En el ámbito del mercado de valores, v. el art. 2º de la Orden 3050/2004 sobre operaciones vinculadas y el art. 9 del RD 1333/2005 de abuso de mercado.

¹³⁶ El precedente inmediato de este artículo se encuentra en el párrafo quinto del artículo 127 ter de la Ley de Sociedades Anónima, introducido en nuestro Derecho de sociedades a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003). La nueva redacción no presenta cambios significativos respecto de la anterior, dado que ésta sólo sustituye la referencia al artículo 4 Ley del Mercado de Valores prevista en los párrafos 5.I.4º y 5.II.3º del artículo 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas, por el «apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio», tal como lo indican en su actual redacción los párrafos 1 letra “d” y 2 letra “a” del artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo más relevante de la nueva disposición reside en que, de forma expresa, se extiende su contenido a la sociedad de responsabilidad limitada, en la medida que la previsión legislativa anterior estaba dirigida a la sociedad anónima.

hijos/as del cónyuge que no lo sean del administrador). Acotado legalmente el círculo familiar, cualquier relación de parentesco que no se incluya en la lista anterior debe seguir el expediente general de acreditación de partes vinculadas, ateniendo a las reglas generales de la carga de la prueba.

34. Vinculación societaria.- 1.- La Ley de Sociedades de Capital presta atención a dos grupos de vinculaciones societarias, las **sociedades controladas por el administrador** y los administradores persona jurídica. En relación a las primeras, tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores 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» [art. 231.1.d)]. La disposición se refiere a la relación del administrador con una sociedad en la que «ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra...» sociedad, que es la que realiza la operación vinculada. A partir de la presunción que establece el Código de comercio, se entienden personas vinculadas las sociedades que se encuentren en las siguientes situaciones: las sociedades en las que (i) el administrador “[p]osea la mayoría de los derechos de voto” [42.1.a) CdC]; (ii) las sociedades en las el administrador “[p]ueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto [42.1.c) CdC]; (iii) las sociedades en las el administrador “[t]enga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración [42.1.b) CdC] y (iv) las sociedades en las el administrador “[h]aya designado exclusivamente 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 [42.1.d) CdC].

2.- Si la sociedad tiene como **administrador a una persona jurídica**, se entenderán que son personas vinculadas los siguientes **grupos de supuestos**. Primero, «[l]os 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» [art. 231.2.a) LSC]. Según esta disposición, merecen la consideración de personas vinculadas aquellos socios que ejerzan o puedan ejercer su control sobre la entidad administradora y que realicen operaciones con la sociedad administrada.

Segundo, se entienden personas vinculadas al administrador persona jurídica determinados gestores de la sociedad. A saber, los «administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica» [art. 231.2.b) LSC].

Tercero, son personas vinculadas al administrador persona jurídica «[l]as sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios» [art. 231.2.c) LSC]. Con ello, la vinculación con el administrador persona jurídica se extiende tanto a la sociedad controlada o dependiente de la anterior, como a la sociedad dominante de la sociedad administradora. Además, el círculo de personas vinculadas se amplía a cualquier socio de las entidades que forman el grupo.¹³⁷

¹³⁷ El supuesto plantea la cuestión de si los grupos de sociedades están sujetos al régimen general o son beneficiarios de un régimen especial. El problema se manifiesta con claridad analizando las operaciones intra-grupo en las cuales se observa que la vinculación existente entre las sociedades del grupo es el elemento esencial para calificar a tales operaciones como conflictos de interés. De esta suerte, los administradores indirectamente interesados no podrán decidir en el órgano de administración lo cual trasladará la competencia a la junta para autorizar la operación. Al plantearse la autorización del negocio en la junta, el socio mayoritario o de control bien puede ser el directamente interesado y parte en el negocio, lo cual plantea de nuevo si puede participar en la votación. Aunque el socio no está sujeto a una prohibición de voto general, en tales casos, el socio está actuando como un gestor, en la medida que la decisión que se tome comportará la ejecución de un negocio inmediato con la sociedad. De esta forma se constata que su posición de socio es análoga al del administrador (por el acto de gestión) y, además, se presenta en el mayor grado de interés posible (directo) con el negocio. A partir de ahí el argumento

Finalmente, también se entienden personas vinculadas al administrador persona jurídica «[l]as personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior» [art. 231.2.d) LSC]. El legislador contempla tanto las vinculaciones familiares del representante como las vinculaciones societarias en las que el representante ejerza el control.¹³⁸

35. Supuestos no regulados.- 1.- Al analizar el contenido de la Ley de Sociedades de Capital se observa que sólo se refiere a dos tipos de vinculaciones, unas basadas en relaciones de carácter familiar, mientras que otras presentan una naturaleza societaria. El limitado alcance del artículo 231 no permite extender su aplicación a las partes vinculadas que están presentes en otros conflictos indirectos no previstos expresamente por el legislador.¹³⁹ El hecho de que el legislador no haya contemplado todas las vinculaciones posibles en el marco conflictual hace preciso completar el esquema legal mediante el expediente de acreditar el negocio subyacente (la relación interesada) aportando la prueba de su existencia.¹⁴⁰

2.- Dentro de este grupo de vinculaciones no reguladas se encuentran un cierto número de **relaciones de colaboración**. (i) En primer lugar, entre ellas se incluyen las relaciones de gestión corporativa existentes entre el administrador y la sociedad vinculada. Los ejemplos más claros se refieren al supuesto en que el administrador interesado es *administrador o liquidador* de la sociedad que realiza la operación. La doble gestión corporativa del interesado en una sociedad vinculada que realiza operaciones con la sociedad administrada cumple los requisitos del supuesto conflictual, a pesar de que el ordenamiento no lo ha reconocido de forma

lleva sin dificultad a la conclusión lógica de que corresponde aplicar al socio de control la prohibición de voto del administrador por vía analógica. Con ello, este razonamiento trae consigo la consecuencia de que los socios minoritarios serán quienes tomen las decisiones de autorizar las operaciones intra-grupo.

V. el planeamiento de VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses” (2011) 19 ss., al indicar que «si aplicáramos el art. 229.1 LSC en relación con el art. 231.2 LSC... el grupo no podría funcionar, al prohibir que voten los consejeros nombrados a propuesta de la sociedad dominante, teniendo que recurrir a acuerdos de autorización de las operaciones intra-grupo de la junta general, caso por caso». Siguiendo este planeamiento, «los intereses del grupo de sociedades como empresa policorporativa quedan en manos de los socios minoritarios, lo que es absurdo, cuando éstos solo han realizado una inversión financiera, que no les legitima a ejercer la política estratégica y de gestión sobre la sociedad dominada, que constituye el contenido jurídico indispensable del poder legítimo de control» (id., p. 30). En contra de la extensión analógica de la prohibición contenida en el art. 229.1 LSC al socio de control, v. id., pp. 32 y 35.

La relevancia práctica de este problema pone de manifiesto la necesidad de una reforma legislativa que establezca con claridad que la plena capacidad de decisión del socio de control está condicionada a la notificación exhaustiva de su interés y a la presentación de un informe de experto independiente que valore tanto los riesgos de la operación como las ventajas, tanto en contraprestaciones negociales directas como en compensaciones más genéricas. V. infra, § III.3.3, párr. 48.2.

¹³⁸ V. supra, § III.1.3, párr. 33 y 34.

¹³⁹ Los conflictos indirectos están reconocidos expresamente en el marco del supuesto conflictual general al hacerse previsión del deber de notificar «cualquier situación de conflicto, *directo o indirecto*, que [los administradores] pudieran tener con el interés de la sociedad» (art. 229.1.I).

¹⁴⁰ En relación al debate sobre el carácter abierto o cerrado de la lista de personas vinculadas, v. EMBID / GÓRRIZ, «Artículo 127 ter», *Comentarios LSA* (2009) 1443, al indicarse que «razones de transparencia y seguridad exigen considerar *numerus apertus* la lista de las personas vinculadas»; GÓRRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 693. Cfr. con la interpretación restrictiva de VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses” (2011) 32-3, al indicar que «deben rechazarse la interpretación “abierto” del concepto de personas vinculadas, por exigencia de seguridad jurídica y por respeto a la legitimidad de los grupos de sociedades»; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 67 señala que la definición de personas vinculadas «debe considerarse como *numerus clausus*, en el sentido de que no puede considerarse como persona vinculada a una personas que no sea de las mencionadas legalmente».

general.¹⁴¹ (ii) El mismo planteamiento puede hacerse respecto de los casos de gestión representativa, sea esta directa o sea indirecta. En la gestión representativa directa, se contemplan los casos en que el administrador interesado es *director general* de la entidad vinculada o *gerente* de alguno de sus establecimientos o incluso es *apoderado singular* en alguno de sus actividades relevantes.¹⁴² Igual consideración le corresponde a los supuestos de gestión por representación indirecta, mediante la cual el tercero, actuando como *persona interpuesta*, realiza las operaciones en interés y siguiendo las instrucciones del administrador. (iii) Un tercer grupo de casos de persona vinculada tienen lugar cuando el tercero realiza una colaboración material por cuenta del administrador, mediante una actividad de promoción de los intereses del administrador frente a la sociedad. (iv) Lo mismo cabe decir de los casos en el que el tercero es una sociedad personalista con vínculos societarios con el administrador. Cuando la sociedad realiza operaciones frente a una sociedad personalista, el administrador de la primera y socio personalista de la segunda está situado en una posición de conflicto que solo puede reconocerse si el fenómeno se analiza desde la perspectiva de la persona vinculada. El supuesto tampoco está reconocido expresamente en nuestro ordenamiento, pero presenta análogo fundamento que el del socio de control de la sociedad capitalista.¹⁴³

3.- Un particular supuesto no regulado se refiere a la posición jurídica del **representante del administrador persona jurídica** cuando éste realiza operaciones frente a la sociedad. El supuesto se puede analizar desde un doble punto de vista, según se considere que su conducta se proyecta en su interés o en interés de tercero. Al plantear la hipótesis que contempla la conducta del representante que actúa en su propio interés, lo haga de forma directa o indirecta, se observa que aunque no reúne la condición de administrador, sino de su representante, su comportamiento de hecho es el de un administrador. Por esta razón de *carácter analógico* debe considerarse un sujeto obligado al deber de lealtad del administrador. Aunque no sea administrador, si el representante actúa en conflicto de intereses tiene que notificar su interés y no podrá actuar en conflicto mientras tanto no se le autorice. La segunda hipótesis corresponde al caso en que el representante actúen en interés de tercero, supuesto que, a la par, se desdobra en dos. Primero, si el representante *actúa en interés del administrador persona jurídica*, es persona vinculada de su principal. Su vinculación se manifiesta expresamente desde el momento en que la persona jurídica administradora le nombra para que la represente. Habida cuenta de que existe una evidencia formal de la vinculación entre ambos, el legislador no ha tenido la necesidad de reconocerla como tal. Y segundo, si el representante *actúa en interés de otros terceros*, se entenderá obligado por el régimen general aplicable al administrador por las razones analógicas antes expuestas. En este sentido, los terceros tienen la condición de personas vinculadas, y el representante queda sujeto a su régimen.

2. Contenido del deber

2.1. Prohibición de entrar en conflicto

36. Finalidad de la norma.- 1.- La idea central que preside el deber de lealtad consiste en la exigencia de subordinar el interés del administrador cuando éste se encuentra en una situación de conflicto con la sociedad.¹⁴⁴ El deber de subordinación comporta una **prohibición de actuar**

¹⁴¹ Ello sin embargo, el supuesto contemplando la posición del administrador y del liquidador ha sido expresamente recogido en el caso del administrador persona jurídica, v. art. 231.2.b) LSC.

¹⁴² V. STS [1ª] 17-11-2011 (Caso Mazda Motor) FD 2º.

¹⁴³ V. supra, § 34; infra, § 40.3.

¹⁴⁴ GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1045-6; GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima* (1971) 347; GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201-2; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art.

en conflicto de intereses, cuya eficacia preventiva se mantiene mientras tanto la sociedad no autorice el comportamiento interesado.

2.- La interdicción de actuar en conflicto está dirigida a que el administrador **no pueda obtener ventajas o beneficios** no pactados que corresponden a la sociedad.¹⁴⁵ Según esta premisa, el gestor no puede utilizar los bienes, la información y las oportunidades que corresponden al principal para su propio provecho. Todos los resultados derivados de la posición de gestor deben atribuirse exclusivamente a la sociedad, dado que el administrador actúan por su cuenta e interés (art. 1720 CC).¹⁴⁶ Si el administrador pudiera obtener ventajas oportunistas de la gestión, el beneficio recibido resultaría ser una cesión no consentida de la riqueza del principal y, consiguientemente, se produciría un acto contrario a los fines del negocio.

3.- La Ley de Sociedades de Capital establece que el administrador afectado por una situación de conflicto de intereses con la sociedad «se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera» (art. 229.1.II LSC). La clave del entendimiento de esta disposición reside en conocer el sentido que el ordenamiento atribuye a la expresión referida al **deber de abstención del administrador**. La respuesta a la cuestión planteada debe contextualizarse en el marco del contenido nuclear del deber de lealtad del administrador. Desde esa perspectiva, mediante la referencia al deber de abstención, el legislador expresa una prohibición dirigida a todo administrador de actuar en conflicto de intereses con la sociedad. (v. arts. 162, 220, 224 y 227 a 230 LSC).

37. Contenido prohibitivo.- 1.- El contenido prohibitivo de la norma se despliega en tres fases distintas: (i) la preparación de operaciones interesadas; (ii) el control de las operaciones mencionadas a través de un proceso de autorización por parte de la sociedad y (iii) la ejecución de conductas conflictuales. La **fase de preparación** se caracteriza por la obligación del interesado de notificar la situación de conflicto a la sociedad (v. infra: Deber de notificar el conflicto).¹⁴⁷ La exigencia de notificación del conflicto se desarrolla en un momento anterior al de iniciar la operación, hecho por el cual la celebración de contratos u otros compromisos que adquiera con la sociedad o con terceras personas debe ser llevado a término de buena fe. En particular, el administrador interesado debe informar a su contraparte de la prohibición que pesa sobre su conducta y condicionar su ejecución a la obtención de la correspondiente autorización por parte de la sociedad.

2.- Una vez que el interesado haya notificado a la sociedad de su posición de conflicto, se inicia el **proceso de autorización** de la conducta interesada. En este trámite, el administrador no

1665, sub XI.1.c); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 135; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 106; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 46, nota 26, 91; MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 669; id., «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1326; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 88-89; EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 17, 20.

¹⁴⁵ GIRON, *Derecho de Sociedades I* (1976) 296; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 23; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 91-2, 95, 97-8, 116-7; DIAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2006) 132; MAMBRILLA RIVERA, «Deber de fidelidad (y de lealtad)», *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 428; QUIJANO / MAMBRILLA, «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (2006) 951; EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 19-20.

¹⁴⁶ DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 111; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58.

¹⁴⁷ V. infra, § III.2.2.

puede participar activamente, ni influir en el resultado de la valoración de la situación de conflicto que haga el órgano social correspondiente. En este sentido, la norma explicita la conducta de abstención al indicar que los administradores interesados «no puede intervenir en los acuerdos o decisiones» sociales que afecten a la operación (art. 229.1.II LSC). Al estar la conducta sujeta a autorización previa, la norma presenta un carácter preventivo. Con ello se significa que el interesado no puede ejecutar la operación mientras tanto la sociedad, no le autorice, mediante el acuerdo social correspondiente.¹⁴⁸

3.- Finalmente, en la **fase de ejecución** de conductas oportunistas, los efectos de la prohibición en la etapa de ejecución se mantienen respecto de todo comportamiento que no refleje los límites de lo expresamente autorizado. Es decir, la actuación del administrador no puede extenderse más allá de la licencia obtenida, debiendo informar y consultar con la sociedad respecto de cualquier acto o negocio posterior que sea análogo o conexo con los autorizados. Por su parte, los demás administradores de la sociedad adquieren una obligación de control de las operaciones interesadas, dirigida a cumplimiento fiel de las condiciones y requisitos de la misma.

2.2. Deber de notificar el conflicto

38. Fundamento y función.- 1.- El segundo aspecto nuclear del deber de lealtad consiste en la obligación del administrador de informar a la sociedad sobre su posición de conflicto.¹⁴⁹ El contenido obligatorio de este deber de notificar su interés (*disclosure*) deriva de la propia obligación gestora y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos.¹⁵⁰ Su fundamento se encuentra en el **deber de fidelidad del administrador** y, en particular, en las obligaciones generales de informar y consultar respecto del desarrollo de la ejecución y conclusión de los negocios de gestión.¹⁵¹

2.- La finalidad de esta obligación consiste en que el administrador pone en conocimiento de la sociedad a aquellas situaciones (conductas u operaciones) en las que el administrador tiene un interés y pueden suponer un riesgo para los intereses y el patrimonio social. De forma implícita, el gestor está realizando una **consulta a su principal** sobre la ejecución de un acto o negocio potencialmente lesivo del que la sociedad debe valorar su oportunidad y, eventualmente, autorizar su ejecución. Conociendo la naturaleza, las condiciones y los riesgos de la operación, la sociedad puede decidir sobre lo que más se ajusta a sus intereses. Puede negarse a que el negocio se practique en las condiciones señaladas por el gestor o, alternativamente, puede autorizar la conducta interesada, dando instrucciones precisas en ambos casos. A través de

¹⁴⁸ V. la STS [1ª] 17-11-2011 (Caso Mazda Motor) FD 1º.I y 3º.I, al referirse a unos administradores cuya posición de conflicto era conocida dentro de la sociedad, pero ello no justificaba su actuación interesada (a favor de uno de los socios) ni les excluía de su deber de abstención.

¹⁴⁹ VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 360; SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles* (2008) 369; EMBID / GÓRRIZ, «Artículo 127 ter», *Comentarios LSA* (2009) 1434; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 90-91.

¹⁵⁰ DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 103, LLEBOT, «Deberes y responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores* (2005) 41. En el sentido arriba indicado, si bien en el ámbito de la representación, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 481, señala que «si existiera algún interés personal del representante en el asunto que gestiona o que se dispone a gestionar, este tipo de intereses no debe nunca permanecer oculto para el *dominus* o principal, sino que le debe ser siempre plenamente revelado, faltando gravemente a sus obligaciones el gestor que así no lo hace».

¹⁵¹ V. supra, § 1.3.2; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 74, 90. En relación a los deberes de comunicación, en su doble dimensión de información y de consulta, relativos al mandatario, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 479-80.

este mecanismo, el principal ejerce un control sobre los comportamientos interesados del gestor.¹⁵²

39. Reconocimiento legal.- 1.- El primer párrafo del apartado primero del art. 229 indica que «los administradores deberán **comunicar... cualquier situación de conflicto...** que pudieran tener con el interés de la sociedad». Mediante esta expresión, la Ley de Sociedades de Capital, establece un deber de informar del conflicto dirigido al administrador interesado, extendiendo el deber al administrador a todas las sociedades de capital. A pesar de que el reconocimiento expreso del deber de notificar los conflictos (*disclosure*) ha tenido lugar en el ámbito de la sociedad de capital, su alcance se extiende a todo administrador en base a los deberes de fidelidad del gestor. En esta dirección, el enunciado incorporado en la Ley de Sociedades de Capital es la expresión de un principio general, aplicable al conjunto de las relaciones de gestión.

2.- El deber de informar sobre la posición de conflicto del gestor es uno de los contenidos esenciales del deber de lealtad. La razón de su exigencia se encuentra en el **análisis de los riesgos** que la sociedad debe hacer antes de la eventual autorización de los conflictos. La comunicación del conflicto consiste así en una condición necesaria para que la sociedad suspenda la prohibición de actuar interesadamente en un particular supuesto, una vez que ha analizado el riesgo de lesión de sus intereses. La valoración positiva de la operación o la fijación de las condiciones y límites que considere necesarios, sólo puede hacerse una vez que se ha producido una comunicación plena de todas las circunstancias relevantes del caso.

3.- Por la razón indicada, es relevante el **momento en que debe producirse la notificación**. Ésta debe tener lugar cuando el administrador tenga conocimiento de la existencia de la situación de conflicto.¹⁵³ El interesado debe informar *anticipada y tempestivamente* y, en cualquier caso, en un *momento anterior al de la ejecución de la conducta interesada*. Si la comunicación tiene como finalidad disponer de información para una eventual autorización o rechazo del comportamiento conflictual por parte del principal, su comunicación tardía no resulta útil para la consecución de los fines señalados. La comunicación extemporánea resulta por sí misma una prueba de la *infracción del deber*, aunque no prejuzga la decisión final del principal, que puede ratificar la conducta del gestor. Si el administrador interesado no hizo la comunicación en el momento idóneo, deberá enmendar su conducta, *notificando sin demora* su posición. La sociedad podrá así valorar su comportamiento y, en su caso, ratificar la actuación interesada o tomar las medidas que correspondan para evaluar nuevos riesgos y evitar daños a la sociedad.

40. Objeto de comunicación.- 1.- El administrador interesado debe revelar todos los conflictos de interés, en la medida que puedan crear un riesgo de lesión para la sociedad. Como excepción a esta regla general, no es necesario que se comuniquen aquellas situaciones de conflicto que resulten de la aplicación de la **regla de minimis**, esto es, que su trascendencia sea irrelevante para los intereses de la sociedad.¹⁵⁴

2.- El **contenido informativo** que debe notificarse se refiere a la existencia de la operación (tipología), la naturaleza del conflicto (interés propio o ajeno) y, en particular, la forma de participación, directa o indirecta (partes vinculadas), del administrador en tal situación. El interesado deberá informar de aquellos hechos y circunstancias relativas a la operación o negocio que permiten concretar las *condiciones que resulten determinantes* para la conclusión

¹⁵² GIRON, “Las reformas”, La Ley (1989) 5. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 73.

¹⁵³ EMPARANZA, “Los conflictos de interés” (2011) 30.

¹⁵⁴ V. supra, § III.1.2, párr. 28.

del negocio u operación.¹⁵⁵ Si tales circunstancias y condiciones sufren modificaciones después de ser comunicadas o después de que el conflicto haya sido autorizado, se extiende en el tiempo la *obligación de completar la notificación* y, si es necesario, por su relevancia, deberá tomarse un nuevo acuerdo de dispensa, siempre que no haya sido consumada la actuación en conflicto, o de ratificación en su caso. De lo dicho se deduce la exigencia de una notificación precisa, que no concuerda con una *comunicación genérica* o relativa a un *conjunto de situaciones conflictuales* que no resulta compatible con el contenido informativo que resulta necesario notificar para cumplir con las exigencias derivadas del deber.

3.- La Ley de Sociedades de Capital reconoce a las participaciones, cargos y funciones en sociedades competidoras como un supuesto especial de comunicación de conflicto. En efecto, el apartado segundo del art. 229 establece que «[l]os administradores deberán... comunicar la participación... que... tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan». Aunque ambos supuestos están reconocidos en el supuesto general que establece el deber de comunicación de «cualquier situación de conflicto, directo e indirecto» (art. 229.1.I), el legislador contempla los dos supuestos con una función aclaratoria.

El primer supuesto, referido a la «**participación en el capital**» por parte del administrador en una sociedad competidora, exige la comunicación de cualquiera sea la participación en el capital, habida cuenta de que no excluye los porcentajes minoritarios irrelevantes para la toma de decisiones. Por otro lado, cuando el precepto indica que los administradores deberán comunicar la participación que «tuvieran en el capital de una sociedad», se plantea si la obligación de comunicación se extiende a las participaciones en sociedades personalistas. La respuesta afirmativa a esta pregunta y la interpretación extensiva que la fundamenta debe hacerse sobre la base de que el socio personalista se encuentra en análogo conflicto de intereses que la que el ordenamiento pretende proteger al referirse al socio capitalista.¹⁵⁶

El segundo supuesto sujeta a comunicación el ejercicio de «**cargos o... funciones**» por parte del administrador en sociedades competidoras. También aquí el supuesto es un ejemplo más de conflicto de interés, indicado en el primer párrafo. Al no restringir el ámbito de aplicación, esta exigencia presupone la comunicación tanto de los cargos o funciones relevantes, como puedan ser los administradores (detallando, en particular, sus funciones ejecutivas) o altos cargos de la sociedad.

41. Persona u órgano receptor de la información.- El cumplimiento del deber de comunicación del conflicto se enmarca en un **procedimiento de comunicación** que no ha sido reglado por el ordenamiento.¹⁵⁷ La Ley de Sociedades de Capital se limita a establecer las personas u órganos a los que se debe notificar la información, distinguiendo entre tres supuestos (art. 229.1).

Primero, si el órgano de administración está estructurado a través de consejo, el administrador interesado deberá comunicar las situaciones de conflicto al propio consejo de administración. En este caso, la notificación puede dirigirse a su presidente para que éste proceda a su ulterior

¹⁵⁵ GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 683, señala que «debe exigirse la información necesaria para que el consejo pueda valorar y decidir la existencia o no del conflicto»; EMPARANZA, «Los conflictos de interés» (2011) 30, al indicar que «la comunicación no habrá de limitarse a la existencia de un eventual conflicto de intereses, sino que deberá reflejar una descripción detallada por parte del administrador. En dicha exposición se hará constar la naturaleza del conflicto y el interés que el administrador tiene en dicha situación, reflejando a su vez las circunstancias que rodean a la posible operación o negocio...».

¹⁵⁶ V. supra, § III.1.3, párr. 35.2.

¹⁵⁷ V. infra, § III.3.3, párr. 47-48.

comunicación al resto de los miembros del colegio de administradores. Si el interesado observa un retraso en informar a los demás consejeros, deberá proceder a la comunicación individualizada con el fin de que el asunto pueda ser tratado con la urgencia que sea necesaria.

Segundo, cuando el órgano de administración está formado por administradores solidarios o mancomunados, el administrador interesado debe hacer su comunicación a los demás administradores.

Finalmente, cuando la administración está configurada por un único administrador, el cumplimiento del deber de comunicación del conflicto a la sociedad se resolverá dirigiéndose a la junta general.¹⁵⁸

42. El deber de informar del conflicto en la memoria.- 1.- En virtud de lo que establece el párrafo tercero del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital, los conflictos de intereses previstos en el mencionado artículo «serán objeto de información en la memoria». En relación a su ámbito de aplicación objetiva, la disposición se refiere a las «situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores», por lo que se extiende a «**cualquier situación de conflicto**» que los administradores «pudieran tener con el interés de la sociedad» (art. 229.1). En otros términos, todo conflicto de intereses entre administrador y sociedad que tenga carácter relevante a los efectos de su comunicación a la sociedad, debe reflejarse posteriormente en la memoria.¹⁵⁹ De su parte, las sociedades cotizadas sólo deben publicar en la memoria aquellas «operaciones [que] sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado» (art. 35.1.III LMV).¹⁶⁰ Esta disposición presenta un ámbito objetivo más reducido que la norma prevista en el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que del contenido de la memoria suprime las operaciones interesadas ordinarias y las realizadas en condiciones de mercado. Con ello, la memoria de las sociedades cotizadas debería incluir menos información de los conflictos que las no cotizadas. Sin embargo, la información puede completarse con la exigencia de incluir las «[o]peraciones vinculadas de la sociedad con... sus administradores» en el informe anual de gobierno corporativo (art. 61bis.4.d) LMV).

2.- La publicación de los conflictos en la memoria desempeña una función informativa dirigida a dar **conocimiento de los conflictos a los socios**. Esta finalidad no está reconocida de forma general y expresa en la Ley de Sociedades de Capital, en el sentido de que los socios dispongan de un derecho a examinar todos los conflictos de interés que tengan lugar entre el administrador y la sociedad. Las facultades de examen del conflicto legalmente reconocidas se limitan a dos grupos de casos: (i) cuando el administrador único se encuentra en posición de conflicto y debe informar a la junta (art. 229.1 LSC) y (ii) cuando el ordenamiento exige que sea la junta el órgano que autoriza un particular conflicto: asistencia financiera a los administradores de la sociedad limitada (art. 162.1 LSC), prestación de servicios o de obras por los administradores de la sociedad limitada (art. 220 LSC) y competencia con la sociedad (art. 230.1 LSC).¹⁶¹ Al margen de los casos mencionados, los socios encuentran en la memoria una fuente de información, tanto de las situaciones de conflicto comunicadas durante el ejercicio correspondiente, como de las eventuales autorizaciones que hayan sido concedidas por el

¹⁵⁸ Estos dos últimos supuestos no venían siendo regulados por las derogadas leyes de sociedades anónimas ni de responsabilidad limitadas.

¹⁵⁹ Sobre la regla *de minimis*, v. supra, §§ III.1.2, párr. 28.3 y 40.1.

¹⁶⁰ Cfr. con el derogado art. 114.2 LMV que indicaba que debían comunicarse las operaciones con los administradores «o persona que actúe por cuenta de éstos». Aunque esta expresión haya sido suprimida, la operación indirecta debe comunicarse igualmente.

¹⁶¹ V. también al respecto de las ventajas a los administradores en la fusión (arts. 31.5ª y 40 LME) y el caso de competencia y contratación del administrador con la cooperativa (arts. 41 y 42 LCoop.).

órgano de administración.¹⁶² Con ello, la obligación de incluir los conflictos en la memoria cumple la finalidad, no solamente de informar a los socios, sino de facilitar el control de los administradores.

3. Autorización de los conflictos

3.1. Prohibición relativa

43. Fundamento.- 1.- La regla general que tutela la sociedad frente a las actuaciones oportunistas del administrador se basa en un modelo preventivo presidido por el **principio de prohibición relativa**. Ello comporta que para llevar a término conductas interesadas, el gestor precisa una autorización singular del principal. Esta autorización queda a su vez condicionada a que el administrador haya informado plenamente al principal de todos los datos relevantes relativos a su conducta interesada.¹⁶³ De esta manera, el sistema que contempla la prohibición relativa cumple una doble función. De un lado, beneficia a la sociedad impidiendo que el administrador cause un *riesgo de lesión* a sus intereses, mientras que, por otro, favorece a la sociedad respecto de aquellas conductas que, aunque sean de interés del gestor, también pueden tener *utilidad para la sociedad*.¹⁶⁴

2.- Aún cuando el ordenamiento no ha incorporado una regla expresa que establezca el régimen de autorización de los conflictos de intereses entre administrador y sociedad, su origen se encuentra en la aplicación de los **principios generales** que ordenan el deber de lealtad de todo gestor de negocios ajenos.¹⁶⁵ El enfoque preventivo que rige en nuestro ordenamiento está basado en un sistema de prohibición de la actuación interesada del gestor que permite al principal valorar el interés de la conducta.¹⁶⁶ Todo ello armoniza con la razón práctica protectora de la sociedad como principal de la relación de gestión en la que se encuentra el administrador. Los medios que el ordenamiento pone a su disposición se organizan en tres elementos: prohibición, notificación y autorización del conflicto. En ellos se encuentra un mecanismo flexible de gestión de los conflictos que permite acomodar las conductas de riesgo a los intereses sociales. En efecto, el sentido propio de la autorización se explica como una facultad del principal de ampliar el poder de actuación del gestor, en unos supuestos en los que la actuación del gestor está limitada por la prohibición de actuar en conflicto de intereses.

En fin, la Ley de Sociedades de Capital y, en general, el ordenamiento privado, en las distintas relaciones de gestión, no ha incluido una disposición indicando la previsión general sobre la prohibición relativa de los conflictos con la consiguiente licencia necesaria para actuar interesadamente. Sin embargo, la exigencia de la autorización previa a la ejecución de las conductas oportunista se encuentra implícita en la norma, atendiendo a que, por un lado, no existe regla que establezca la prohibición absoluta y, por otro, se requiere la comunicación del conflicto, con la función de ser el presupuesto necesario para una eventual autorización.

¹⁶² Cfr. con EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 31.

¹⁶³ V. supra, § III.2.2.

¹⁶⁴ IGLESIAS, "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 194; *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2; PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 40-1; URÍA / MENÉNDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 1248; EMBID / GÓRRIZ, «Artículo 127 ter», *Comentarios LSA* (2009) 1434; VICENT CHULIA, *Introducción* (2010) 602; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 127-133, 183; EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 32-3.

¹⁶⁵ Cfr. con EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 35, al señalar que desde «una perspectiva dogmática, la gestión de negocios ajenos no exige autorización por el principal para los supuestos en los que el gestor informe de que se encuentra en una situación de conflicto de interés (art. 1724 CC). Y desde una perspectiva práctica, la exigencia de esta autorización obstaculizaría este tipo de situaciones, haciendo más difícil su procedimiento...».

¹⁶⁶ V. supra, § III.2.1.

44. Reconocimiento legal.- 1.- En el **Derecho de sociedades**, cuando el legislador ha regulado conflictos singulares ha establecido un sistema de prohibición con autorización. Así lo testimonia la prohibición de contratación en casos de concesión de préstamos, créditos, garantías y asistencia financiera (art. 162.1 LSC) y en la prestación de servicios o de obra al administrador de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 220 LSC).¹⁶⁷ El mismo planteamiento tiene lugar en los casos en que el ordenamiento societario disciplina la prohibición de competencia entre el administrador y la sociedad (art. 230 LSC).¹⁶⁸ Estos supuestos se completan con la autorización para actuar por cuenta propia dirigida al socio de la sociedad colectiva con objeto omnicomprendido (art. 136 CdC) y al socio industrial (art. 138 CdC). Fuera del Derecho de sociedades, la autorización también está presente en los supuestos de autoentrada del comisionista (art. 267.I CdC) y de competencia del factor mercantil con su principal (art. 288.I CdC).¹⁶⁹

2.- En el Derecho del **mercado de valores**, se afirma un sistema especial en el que por un lado convive la regla de la prohibición absoluta con la de la prohibición relativa.¹⁷⁰ En relación a la primera, el ejemplo paradigmático se encuentra en la prohibición de *uso de información* confidencial (art. 81 83, 83.bis LMV). En cuanto a la aplicación del principio de prohibición relativa en el mercado de valores, se hace necesario distinguir dos planos correspondientes a tipos de relaciones de gestión diferenciados. Por una parte, destaca la relación entre las empresas de servicios de inversión y el cliente. Ante un conflicto de intereses entre ambas partes, la exigencia de autorización expresa del cliente representado no ha sido regulada de forma general. Sin embargo, el requisito de informar sobre la naturaleza del conflicto antes de actuar por cuenta del cliente, comporta el efecto práctico de la *autorización tácita*. En este sentido, la ausencia de revocación de la orden dada, un vez que se tiene plena información de la situación de conflicto, se corresponde con el consentimiento tácito de la operación (art. 70 quáter.2 LMV; art. 45.3 RD 217/2008). En esta dirección, se establece una regla especial, según la cual las empresas de servicios de inversión que operen por cuenta propia, antes de concluir la operación, deben tener «*constancia explícita, por escrito*», de quienes no tengan la condición de miembros de un mercado secundario, de que operan por cuenta propia ante ellos (art. 40.I LMV). Con todo, se requiere la *autorización expresa* en algunos supuestos: el uso por cuenta propia de los instrumentos financieros de los clientes [art. 70 ter.1.f) LMV] y de los fondos que les confían sus clientes [art. 70 ter.2.c) LMV], respecto de los que, en ambos casos, se exige «consentimiento expreso» del cliente [art. 42.1.a) RD 217/2008].

Por otra parte, el principio de prohibición relativa se aplica a la relación que media entre las empresas de servicios de inversión y sus administradores. En este plano, las operaciones personales de los administradores están sometidas a una *regulación preventiva* que exige que los reglamentos internos de conducta contengan el régimen de control de las operaciones personales de los administradores [arts. 67.2.i) y 70.ter.d).2 LMV], así como medidas de murallas chinas que dificulten el aprovechamiento de la información (art. 83 y 83.bis LMV). Pero no todas las operaciones están prohibidas, puesto que cabe la *notificación y autorización* de las operaciones interesadas tal y como lo refleja la previsión legislativa que las reglamenta.¹⁷¹

¹⁶⁷ V. también, arts. 41.1 y 42.1 LCoop y 28 LF.

¹⁶⁸ V. también art. 41.1.b) LCoop.

¹⁶⁹ En el mismo sentido, se dirige la interpretación que se viene haciendo de la autoentrada del mandatario (1459.I.2º CC).

¹⁷⁰ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 133, 168-171, 173-176.

¹⁷¹ En este punto es notoria la exigencia de que la empresa de servicios de inversión sea informada de las operaciones personales, del registro de tales operaciones «incluidas cualquier autorización o prohibición relacionada con tales operaciones» (art. 35.2 RD 217/2008).

3.2. Requisitos

45. Presupuestos.- 1.- El procedimiento de autorización o denegación de la licencia para actuar en una situación de conflicto debe cumplir aquellos **requisitos que resulten idóneos** para garantizar el cumplimiento de los fines propuestos. En este sentido, el acto de autorización o de denegación de la licencia para actuar en situaciones de conflicto parte de dos presupuestos básicos.¹⁷² Primero, que previamente se haya producido una notificación completa por parte del interesado.¹⁷³ Segundo, que el conflicto sea aprobado por el órgano social competente para resolver la cuestión.¹⁷⁴ Tercero, los sujetos que participan en el proceso de decisión deben ser personas no interesadas, con el fin de garantizar la actuación independiente del órgano autorizante.¹⁷⁵ Su independencia de criterio comporta un deber de abstención de todos los que de forma directa o indirecta fueran interesados (art. 229 LSC). Cuarto, la autorización no puede ser *discrecional o arbitraria* sino que debe ser guiada por el interés social. En este sentido, toda autorización que no haya sido *aprobada unánimemente* por todos los socios, debe estar justificada y su motivación debe *ajustarse al interés social*.¹⁷⁶

2.- Finalmente, las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado y expreso.¹⁷⁷ Deben ser referidas a supuestos concretos y determinados, tanto por sus circunstancias como por las contrapartidas derivadas del acto o negocio interesado. Consiguientemente no caben las *autorizaciones tácitas*, implícitas o aún autorizaciones explícitas pero de *carácter genérico* o anticipado, ya sea a través de reglas estatutarias, ya sea mediante acuerdos sociales, con el objeto de regular esta cuestión.¹⁷⁸ Como excepción a la regla anterior que prevé que la autorización se otorgue a *operaciones singulares*, se pueden establecer reglamentos internos con el fin de regular *procedimientos abreviados* de autorización de determinadas operaciones o conflictos. Este sistema de autorización queda sometido al cumplimiento de las condiciones que garanticen la observancia del contenido esencial de los deberes de los administradores. Por un lado, es preciso que la operación o situación contemplada en el reglamento interno esté definida en todos sus *detalles relevantes*. Por otro, el objeto de la regulación interna debe referirse a operaciones caracterizadas por ser

¹⁷² RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 184.

¹⁷³ V. supra, § III.2.2.

¹⁷⁴ V. infra, § III.2.3.

¹⁷⁵ V. supra, § III.2.1, párr. 37.

¹⁷⁶ EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 691 y 694; *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2; art. 67.3.a) LIIC.

¹⁷⁷ La exigencia de la autorización expresa es una particularidad propia de las exigencias del Derecho de sociedades, habida cuenta de la estructura de gestión que determina un ámbito de autonomía y discrecionalidad en el administrador y unos mecanismos de control distintos a los que tienen los gestores no corporativos. V. sobre ello, RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 118 ss. Por contraposición, en la generalidad de relaciones de gestión, la exigencia de la autorización expresa no es necesaria. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 482.

¹⁷⁸ La autorización expresa ha sido reconocida en nuestro ordenamiento para el caso de la competencia del administrador con la sociedad (art. 230.I LSC). Al respecto de las eventuales autorizaciones tácitas, v. el ATS [1ª] 6-4-2010 y la SAP A Coruña [4ª] 10-11-2008 (Caso Val de Osebe Promociones) en un supuesto de competencia del administrador con la sociedad. En este caso, el tribunal rechaza la pretensión condenatoria del actor, sobre la base de que el demandante conocía la actividad competidora y colaboraba con ella (prestaba servicios de carpintería a un negocio de construcción y promoción de viviendas), además de ser administrador solidario de la sociedad y también competidor de la misma. Cfr. con el ATS [1ª] 2-11-2011 (Caso Taldiz Inversiones) FD 2º, en la que se afirma que «la sentencia de esta Sala que hoy esgrime la recurrente sienta la doctrina sobre la exigencia de la condición formal del acuerdo expreso como medio legal para la exención de la prohibición, señalando que la Junta general de la sociedad, conociendo las actividades competitivas del administrador ha de autorizar expresamente a ejercerlas. En el caso que nos ocupa, tal autorización no existe, y el conocimiento de la actividad que alega el recurrente no sustituye al acuerdo, que ha de ser, no sólo expreso, sino concreto».

sucesivas y constantes en el tiempo y deben ser *operaciones corrientes* que se producen en el curso ordinario de los negocios de la sociedad.

46. Ratificación de los conflictos.- 1.- Finalmente, los requisitos deben ser distintos en el caso de plantear la ratificación de una conducta interesada ejecutada sin la previa licencia de la sociedad. El acto que regulariza el comportamiento interesado comporta un examen más detenido, puesto que sobre el administrador en conflicto que no solicitó la oportuna aprobación de la sociedad pesa una *actitud de sospecha* sobre su conducta. El talante de colaboración momentánea puede responder a que el interesado ya no puede seguir ocultando su comportamiento desleal y, con la eventual ratificación, pretende anticiparse a hipotéticas medidas en su contra (cese en el cargo, acciones de responsabilidad, nulidad de actos o negocios realizados, etc.).

2.- Consiguientemente, para que la ratificación cumpla con los fines que le son propios, es preciso que se verifiquen, al menos, las siguientes condiciones. Primera, al igual que en los demás supuestos de autorización, el administrador deberá informar de todos los hechos relevantes del asunto. Segunda, el interesado deberá justificar su retraso por el cumplimiento extemporáneo de sus deberes de lealtad. En este sentido deberá acreditarse que la pretensión de ratificación se hace en términos de una *razonable celeridad* o de un *retraso razonable* a la hora de juzgar la buena fe del interesado. Tercera, el órgano competente para ratificar es la junta general, que deberá tomar una *decisión expresa e individualizada*. Con ello, la ratificación tácita no resultaría admisible, ni aún en el caso en que se estén aprovechando las ventajas de la gestión.

3.3. Procedimiento de autorización

47. Competencia del consejo de administración.- 1.- En las sociedades de estructura corporativa, el consejo de administración resulta idóneo para valorar los comportamientos interesados de los administradores, con independencia de aquellos supuestos en los que la ley o los estatutos establezcan una reserva en favor de la junta general.¹⁷⁹ En este sentido, el órgano de administración cumple adecuadamente su función de control de las situaciones de conflicto, no solo en sociedades con muchos socios, sino en todas aquellas sociedades que dispongan de una estructura orgánica adecuada.¹⁸⁰ Esta situación de idoneidad se produce

¹⁷⁹ V. infra, § III.3.3, párr. 48.

¹⁸⁰ PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 42, entiende que fuera de los casos más graves (competencia y transmisiones relevantes de activos), debe admitirse que la autorización «la conceda el órgano de administración u otra instancia de la sociedad formada única y exclusivamente por administradores independientes». V. la opinión de GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 371, para los casos de doble representación y autoentrada en los cuales «parece que la autorización existiendo Consejo y refiriéndose el supuesto a un Consejero puede provenir de aquél y no necesariamente de la Junta general». QUIJANO / MAMBRILLA, «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (2006) 963 (a favor de que el órgano de administración autorice el conflicto). El *Código Unificado de Buen Gobierno* (2006) sub. II.08.I.c), recomienda que el Consejo asuma la supervisión y control de la dirección y que «a tal fin, el Consejo en pleno se reserve la competencia de aprobar... c) Las operaciones que la sociedad realice con consejeros, con accionistas significativos o representados en el Consejo, o con personas a ellos vinculados ("operaciones vinculadas")». En esta dirección, el *Informe Aldama* (2003) sub.III.2.2, establece que la dispensa debería otorgarse por «el Consejo de Administración, o incluso la Junta General, según la trascendencia de la decisión»; v. id., sub. III.2.2 (iv). V. también, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.2, al indicar que «la normativa interna de la sociedad debería... establecer un mecanismo de control, que podrá consistir -según enseña al mejor práctica- en la previsión de que estas operaciones hayan de ser aprobadas por el Consejo, previo informe por la Comisión delegada que corresponda». VICENT CHULIA, *Introducción* (2010) 602, entiende que aunque el art. 127.ter.3 LSA no «dice expresamente que el contrato u "operación" pueda ser autorizada por el consejo... parece necesario deducirlo así». RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 187.

Cfr. con el argumento en contra de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 81, según el cual, «[s]i se permitiera que el

cuando en el seno del órgano de administración puede originarse un debate y posterior acuerdo mayoritario de resolución del conflicto, situación que sólo tiene lugar cuando el órgano presenta carácter colegiado y, consiguientemente, presenta la estructura de consejo de administración.

2.- Cuando la valoración del conflicto sea competencia del consejo de administración, el procedimiento de autorización plantea, entre otras, las siguientes cuestiones. 1º) Una vez que el administrador interesado ha comunicado al órgano de administración su interés en el asunto, el presidente deberá convocar al consejo facilitando la información recibida por el interesado a los demás consejeros. 2º) El consejo deberá examinar su propia competencia a los efectos de comprobar si la ley o los estatutos han reservado la competencia a la junta general. 3º) Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, deberá tenerse en cuenta si existen administradores vinculados al interesado, a los efectos de constatar si se dispone del *número mínimo de administradores no interesados* para tomar el acuerdo.¹⁸¹ Si este fuera el caso, el consejo debe declinar su competencia y comunicar el conflicto a la junta general para que tome la decisión oportuna. 4º) Los consejeros interesados no tienen restringido el derecho de asistencia y participación en la deliberación.¹⁸² Sin embargo, los reglamentos internos y códigos de conducta, pueden establecer *limitaciones de asistencia*, en particular, cuando los administradores en conflicto sean consejeros ejecutivos, con el fin de que su posición no influya en el sentido del voto de los demás consejeros. En tales reglamentos, también se pueden fijar otras cautelas, como puede ser que la *votación sea secreta*. 5º) En la discusión y debate, el interesado puede ser objeto de interpelación para completar el examen de la cuestión. 6º) En la votación final no pueden participar los interesados, lo sean de forma directa o indirectamente. En este sentido, el legislador señala que el «administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera» (art. 229.1.II LSC). 7º) Salvo indicación de los estatutos o reglamentos internos que refuercen la mayoría, el acuerdo se tomará siguiendo el régimen general de la mayoría simple. 8º) En el caso de que la votación concluya con un empate de votos, se produce una situación de *bloqueo* en el consejo. En tal caso, la *junta general* es el órgano adecuado para que se produzca debate y eventual acuerdo de autorización del conflicto. 9º) El acuerdo del consejo no puede ser objeto de delegación a una comisión, si bien un comité especial puede hacer una propuesta que sirva de ponencia al debate en el consejo. 10º) Finalmente, el conflicto de intereses autorizado por el órgano de administración debe ser objeto de información a los socios para su conocimiento y eventual control posterior.

48. Competencia de la junta general.- 1.- El legislador ha considerado que la junta general es el órgano competente para resolver determinados conflictos de interés. Las **previsiones de la Ley de Sociedades de Capital** en las que se reserva la autorización de conflictos a la Junta general se dan en los casos de competencia del administrador con la sociedad (art. 230 LSC) y, sólo para la forma de sociedad de responsabilidad limitada, en los casos de concesión de

resto de los componentes del órgano de administración pudiera proceder a la dispensa, se correría el riesgo de que no se emitiera un juicio imparcial. Quienes postulan la competencia de los administradores, no tienen en cuenta adecuadamente la presión –manifiesta o encubierta- que el administrador interesado puede ejercer sobre sus compañeros».

En el Derecho comparado, v. art. 225-38.I CdC fr.; art. 523.1 CdS bel.; art. 2391.I CC it.; arts. 88, 89, 112 y 114 AktG; arts. 310 (a)(2) y 315 (b) Cal. Corp. Code; arts. 143 y 144 (a)(1) Del. Gen. Corp. Law; art. 713 (a)(1) y 714 (a)(2) NY Bus. Corp. Law.

¹⁸¹ Si solo existe un solo administrador no interesado, no puede haber debate ni acuerdo mayoritario.

¹⁸² Cfr. con EMBID / GÓRRIZ, «Artículo 127 ter», *Comentarios LSA* (2009) 1439; GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 684; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 73.

préstamos y garantías a los administradores (art. 162 LSC) y de la prestación de servicios por los administradores de la sociedad limitada (art. 220 LSC). En otros casos, el **legislador establece de forma indirecta** que la junta será el órgano autorizante del conflicto. Uno de estos supuestos de esta naturaleza es el referido a la previsión del cese del administrador en conflicto a solicitud del socio de la sociedad anónima (art. 224.2 LSC).¹⁸³ En la medida que el resultado depende de la decisión de la junta, el acuerdo favorable a la continuidad del administrador en el cargo trae consigo un juicio positivo del conflicto que comporta la autorización del conflicto. Otro caso en el que la regulación del legislador comporta indirectamente la intervención de la junta general sucede cuando el administrador único se encuentra en situación de conflicto de intereses. Al establecerse que aquel deberá comunicar a la junta general cualquier situación de conflicto que pudieran tener con el interés de la sociedad, la lógica que se sigue de ello es que sólo la junta puede evaluar los riesgos derivados del conflicto (art. 229.1 LSC).

Un tercer grupo de supuestos se conforma con los casos en los que se produce una situación de **bloqueo del consejo**. En efecto, cuando la votación del consejo no permite formar una mayoría (v. gr.: por empate de votos entre los consejeros no interesados), el bloqueo del órgano de administración comporta el traslado del expediente a la junta general. En este caso, la junta general será necesariamente competente para considerar la autorización o rechazo de los conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad.

Finalmente, tampoco el órgano de administración con una **estructura solidaria o mancomunada** reúne la aptitud necesaria para autorizar los conflictos. Su régimen de funcionamiento no resulta adecuado para desarrollar un debate entre sus miembros y tomar un acuerdo mayoritario. En ambos casos, le corresponde a la junta general el resolver los conflictos de interés referidos a los administradores.

El corolario que se desprende de lo anteriormente dicho, testimonia que la junta general es competente para valorar los conflictos de interés entre el administrador y la sociedad en defecto de que el órgano de administración de la sociedad esté estructurado en la forma de consejo de administración o de que la ley haga reserva de su competencia. En tales supuestos de **atribución exclusiva** de la autorización a la junta, no cabe delegar esta función a otro órgano, ni sustituir la autorización orgánica por una cláusula estatutaria.¹⁸⁴

2.- Cuando la junta general es el órgano encargado de valorar la situación de conflicto, el **procedimiento de autorización** presenta una diversidad de cuestiones, entre las que destacamos las siguientes. 1º) La convocatoria de la junta deberá incluir el tema en el orden del día a los efectos de que los socios puedan recibir puntualmente información sobre su contenido.¹⁸⁵ 2º) El socio interesado en el asunto puede participar en el debate referido al conflicto de interés. Un socio se encuentra en la posición de interesado porque el administrador interesado reúne a su vez la condición de socio o porque el socio es parte vinculada del administrador. 3º) En relación al derecho de voto habrá que tener en cuenta las prohibiciones que establece la ley para el socio que reúne la condición de administrador de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 190.1 LSC).¹⁸⁶ 4º) Con independencia del supuesto anterior, el

¹⁸³ V. infra, § III.5.1.

¹⁸⁴ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 186-187.

¹⁸⁵ Al respecto, el art. 230.1 LSC hace referencia a la «autorización expresa de la sociedad». V. GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 686, al indicar que «no será suficiente la mera tolerancia de la sociedad... el hecho de que los accionistas conocieran la situación de competencia y no hubieran tomado decisión alguna con anterioridad no significa que hayan dispensado la prohibición de competencia».

¹⁸⁶ La disposición prohíbe el voto del socio «cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios».

silencio del legislador no impide afirmar que la prohibición de voto del socio mayoritario o de control que se encuentra en una situación de conflicto (por ser administrador interesado o parte vinculada). En aplicación de deber de lealtad, el socio que concentra las dos características anteriores (control e interesado), debe abstenerse de ejercitar su derecho voto.¹⁸⁷ 5º) El socio interesado debe comunicar su interés en el asunto, ya sea, al órgano de administración, antes de la celebración de la junta, o el mismo día de la celebración, al presidente de la junta. 6º) El acuerdo se tomará con la mayoría simple, salvo que por ley o por los estatutos se establezca una mayoría reforzada [v. art. 199.b) en relación con el art. 230 LSC]¹⁸⁸. 7º) El reglamento de la junta o, en su defecto, por iniciativa de los administradores de la sociedad, debería contemplar la posibilidad de que antes de iniciar el debate, los socios dispusieran un informe de un experto independiente que contemple los diversos escenarios posibles, con puntos de vista contrastados, valorando los riesgos existentes y las ventajas que puede ofrecer a la sociedad, tal y como es una exigencia imperativa en otros ordenamientos.¹⁸⁹

4. Conductas típicas

4.1. Contratación

49. Supuesto conflictual.- 1.- Las operaciones negociales presentan como característica que la sociedad es parte de una relación jurídica con el administrador interesado, de forma que entre ambas partes se produce un intercambio (en sentido amplio) de bienes o de prestación de servicios.¹⁹⁰ Como categoría general, la contratación interesada puede ordenarse en dos grandes grupos de supuestos. De un lado, se aislamos los **actos de autocontratación** en sentido estricto, cuyo elemento diferencial consiste en que el administrador actúa desde una doble condición: ejercita el poder de representación que le ha otorgado la sociedad y actúa como parte interesada frente a ella.¹⁹¹ De otro lado, agrupamos al resto de los actos negociales

¹⁸⁷ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 117. V. EMPARANZA, “Los conflictos de interés” (2011) 38, al señalar que «cualquier actuación que realice dicho sujeto titular del control de la sociedad, es equiparable a la que realice el administrador, con lo que dicho socio debería estar sometido a las mismas exigencias de control a las que está sujeto el administrador en virtud del deber de lealtad y fidelidad a la sociedad». Cfr. con VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses” (2011) 35.

¹⁸⁸ En el supuesto de competencia del administrador de la sociedad limitada con la sociedad, se exige «el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».

¹⁸⁹ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 189. Sobre la exigencia del informe de los auditores prevista en el art. 225-40.III del Código de comercio francés, v. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des sociétés* (2011) § 622-623. En el derecho belga, v. art. 523.1, párr. II y III CdS bel.: «En vue de la publication dans le rapport de gestion, visé à l'article 95, ou, à défaut de rapport, dans une pièce qui doit être déposée en même temps que les comptes annuels, le conseil d'administration décrit, dans le procès-verbal, la nature de la décision ou de l'opération visée à l'alinéa 1er et une justification de la décision qui a été prise ainsi que les conséquences patrimoniales pour la société. Le rapport de gestion contient l'entièreté du procès-verbal visé ci-avant. Le rapport des commissaires, visé à l'article 143, doit comporter une description séparée des conséquences patrimoniales qui résultent pour la société des décisions du conseil d'administration, qui comportaient un intérêt opposé au sens de l'alinéa 1».

¹⁹⁰ Uno de los temas fundamentales en el ámbito de las relaciones contractuales reside en la relación de gestión entre el administrador y la sociedad. En el marco de esta relación jurídica se plantea el tema de la remuneración del administrador como situación conflictual e interesada. El tema puede ser abordarlo con nuevas propuestas que faciliten la tarea de su reforma por parte del legislador. V. al respecto, las sugerencias de ESTEBAN VELASCO, “La administración de las sociedades de capital” (2011) 169 (carácter remunerado del cargo, control preventivo por la junta general, celebración de un contrato de gestión para los consejeros ejecutivos con la determinación de los conceptos retributivos, cláusulas de proporcionalidad con los servicios prestados). Sobre la necesaria transparencia de la retribución, particularmente en relación a los administradores ejecutivos, v. MARTINEZ SANZ / PÜTZ, «Artículo 130», *Comentarios LSA* (2009) 1478-9

¹⁹¹ V. la STS [1ª] 14-3-2011 (Caso Motor y Música Press), en un supuesto de condonación de deuda a la sociedad matriz y de entrega de una cantidad dineraria a la matriz, sin causa justificada. En particular, en su FD 2º se indica que «condonar una deuda de la sociedad de más de ochocientos treinta y

dentro de un conjunto de supuestos que denominamos **simple contratación**. En estos casos, la sociedad contrata con el administrador mediante la intervención de una persona distinta del administrador, que la representa actuando por su cuenta. La distinción tiene su relevancia, en relación a los efectos del ilícito y la eventual aplicación de la doctrina de la autocontratación.¹⁹²

2.- La autocontratación del administrador encuentra su reconocimiento legal en prohibición de «**utilizar el nombre de la sociedad**» para realizar negocios interesados (art. 227 LSC).¹⁹³ Con esta exigencia, el legislador individualiza los casos en que el administrador hace uso de sus poderes de representación para la contratación societaria.¹⁹⁴ Solo quienes son titulares de poder de representación de la sociedad pueden actuar en su nombre (representación directa). Cuando utilizan el nombre de la misma para actuar en su interés en la realización de actos o negocios jurídicos, están ejecutando la conducta que el legislador ha prohibido en esta disposición. En otros términos, el supuesto contemplado por la norma se refiere a los casos de autocontratación, ya sea en su variante de autoentrada del administrador, ya en la de doble representación o aplicación.¹⁹⁵ La disposición regula las operaciones del administrador en sus relaciones contractuales u otros actos jurídicos (reconocimientos de deuda, garantía de deuda ajena, etc.) que tengan lugar entre la sociedad y el administrador o entre aquella y terceras personas vinculadas al administrador.

3.- Frente a los mencionados supuestos de autocontratación, aparecen los casos en los cuales el administrador no reúne la condición de apoderado de la sociedad. Tales supuestos de simple contratación agrupan en su seno a dos grupos de casos: la promoción de intereses y la contratación oportunista. En primer lugar, se encuentran aquellos supuestos en los que el administrador interesado realiza actos y negocios con la sociedad mediante la relación de especial vinculación con el representante de la sociedad. Este conjunto de supuestos viene recogido por el ordenamiento al indicar que «los administradores no podrán... **invocar su condición de administrador**» de la sociedad [frente a quien la represente] para operaciones interesadas (art. 227 LSC). Esta actitud de exhortación persuasiva del administrador interesado va dirigida a las personas que tiene capacidad de decisión en la sociedad, tratando de

tres mil euros, valiéndose además de un apoderamiento general limitado a operaciones que no sobrepasaran la cantidad de ciento veinte mil euros, para adquirir a cambio para sí las participaciones de la misma, con independencia de que abonase también cincuenta mil euros, contradice notoriamente tales deberes, y en cualquier caso conculca el art. 61.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que establece que "los administradores desempeñarán su cargo con diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal"».

¹⁹² Sobre el debate doctrinal relativo a la autocontratación, v. RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 212-214. En relación a la sanción por el ilícito desleal negocial, v. *infra*, efectos sobre el negocio, § III.5.5.

¹⁹³ La disposición recoge literalmente el contenido del primer párrafo del artículo 127 ter LSA, introducido, en su momento, por la Ley 26/2003, de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Con ello, la Ley de Sociedades de Capital extiende los deberes ahora recogidos en su artículo 227 a la sociedad de responsabilidad limitada, pues su previsión anterior sólo estaba contemplada en la Ley de Sociedades Anónimas. El mismo contenido había sido sugerido previamente por el artículo 123 de la Propuesta de Código de Sociedades (2002), si bien éste añadía la prohibición de «usar en beneficio propio los bienes de la sociedad».

¹⁹⁴ El uso de la firma social viene siendo recogido por el Código de comercio en el art. 135 CdC. V. GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 507-8; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 165. Cfr. con SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles* (2008) 345-6; EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 24-5.

¹⁹⁵ Un ejemplo de autocontratación se contempla en el ATS [1ª] 2-2-2010 [FD 3º] y, con mayor detalle, la SAP Navarra [3ª] 31-7-2008 [FD 5º] (Caso ZAETESA) que origina el recurso de casación. La sentencia condena a los administradores de una sociedad que contrata con otra en la que los administradores de la primera son los únicos socios de la segunda, siendo además administradores de las dos sociedades. Se trata, pues, de un supuesto de autoentrada indirecta, a través de intervención de la segunda sociedad (parte vinculada) como parte contratante.

influenciar su voluntad para favorecer sus intereses personales.¹⁹⁶ La conducta del administrador consiste en una actividad promotora de los intereses del propio gestor o de terceros, actuando por su cuenta e interés. Además, la operación puede estructurarse de forma directa o mediante la interposición de tercero. El segundo de los supuestos de simple contratación, que denominamos contratación oportunista, reúne aquellos casos de contratación del administrador con la sociedad sin que el interesado intervenga como representante ni promueva activamente sus intereses frente a sus gestores. El administrador simplemente contrata con la sociedad porque dispone de información relevante con la que puede favorecer sus intereses.¹⁹⁷

50. Régimen aplicable.- 1.- Como conducta interesada, el supuesto queda sujeto a la prohibición derivada del deber de lealtad del administrador de entrar en situación de conflicto.¹⁹⁸ La prohibición se recoge literalmente en la denominación del artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital (*prohibición de utilizar el nombre de...*), así como en las expresiones previstas en el enunciado de su contenido: los administradores **no podrán utilizar... ni invocar...** La disposición no establece una prohibición general sobre las operaciones negociales, sino que se limita a reconocer la autocontratación y la promoción de intereses como dos supuestos afectados por la prohibición.

2.- Al establecer una prohibición de actuar en conflicto de intereses, la ley trata de determinar el supuesto o ilícito de contratación desleal. Sin embargo, la disposición no indica el carácter de la prohibición, absoluta o relativa, y, consiguientemente, tampoco hace referencia a la **posibilidad de su autorización**. Aunque la norma no hace mención a ello, es preciso considerar que la conducta interesada del administrador puede ser autorizada por la sociedad.¹⁹⁹ La autorización queda condicionada a que el administrador haya comunicado la situación de conflicto a la sociedad y ésta haya examinado y valorado la conveniencia e interés de la misma para la sociedad.²⁰⁰ En caso de que la conducta tuviera lugar sin la autorización de la sociedad, ésta podrá ejercitar las acciones correspondientes, ya sea para reclamar los daños causados, ya para la restitución de los beneficios obtenidos.²⁰¹

4.2. Competencia

51. Supuesto conflictual.- 1.- La conducta del administrador compitiendo con la sociedad, ya sea de forma directa o indirecta, reúne los requisitos típicos de los conflictos de interés.²⁰² El conflicto se sustenta en dos elementos: la oposición de intereses y el riesgo de lesión de los intereses de la sociedad.²⁰³ Tales propiedades se encuentran en aquellas situaciones en que el

¹⁹⁶ EMPARANZA, «Los conflictos de interés» (2011) 25. V. GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 679; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 68, señala que se pretende evitar «que el administrador se valga de su cargo para crear confusión en terceros sobre la persona con la que éstos están en realidad negociando o contratando».

¹⁹⁷ El caso puede analizarse desde la perspectiva de la oportunidades sociales; v. infra, § 4.3.

¹⁹⁸ V. supra, § III.2.1.

¹⁹⁹ V. supra, § III.3.

²⁰⁰ V. supra, § III.2.2.

²⁰¹ V. infra, §§ III.5.3 y 5.4.

²⁰² V. ia, ATS [1ª] 2-11-2011 (Caso Taldiz Inversiones); ATS [1ª] 6-4-2010 (Caso Val de Osebe Promociones); STS [1ª] 5-12-2008 (Caso Reparaciones Almería), STS [1ª] 12-6-2008 (Caso Ebro Puleva); STS [1ª] 11-4-2007 (Caso Carpintería Naval); STS [1ª] 19-5-2003 (Caso Dirección 000); STS [1ª] 6-3-2000 (Caso Burriel Productions).

²⁰³ V. supra, § III.1.2. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV (2010) 481, señala que una particular aplicación del deber de lealtad en el ámbito de las relaciones de gestión consiste en «la interdicción de

administrador concurre en el mercado en la búsqueda de la misma clientela por la que se interesa la sociedad. La conducta que pretende sustraer la clientela a la sociedad pone en riesgo los intereses sociales y es un acto interesado en la medida que el esfuerzo competitivo se realiza en beneficio del administrador, de forma que hace para él lo que se ha obligado a promover para su principal. En este sentido, el legislador ha venido **reconociendo la prohibición de competencia** del administrador con la sociedad (art. 230 LSC).²⁰⁴ La norma prohíbe la actividad concurrencial cuando ésta se practique «por cuenta propia o ajena». El administrador que lleve a término el comportamiento competitivo por cuenta e interés de otro no sólo se encuentra en una situación en la que puede causar un riesgo de lesión al interés social. El administrador ocupa, además, una posición de interesado; su interés deriva de la contraprestación o retribución, actual o futura, que puede recibir del tercero por actuar por su cuenta e interés. Esta situación es la que hace que el administrador se encuentre en una posición conflictiva, que le sujeta a las exigencias derivadas del deber de lealtad. Por otro lado, la actividad competidora puede realizarse de forma indirecta, lo cual ha sido tenido en cuenta por el ordenamiento al establecer un deber de comunicación a los administradores que tienen una participación directa o indirecta o ejercen cargos o funciones en sociedades competidoras (art. 229.2 LSC).²⁰⁵

2.- Al delimitar la actividad sobre la que recae el conflicto, el legislador hace referencia «al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social» (art. 230.1 LSC).²⁰⁶ El primero de los elementos indicados se refiere a la igualdad, analogía o complementariedad de la actividad competidora respecto de la actividad de la sociedad.²⁰⁷ En este punto, el legislador adopta un criterio amplio, al extender la prohibición de competencia del administrador a las **actividades complementarias**. El concepto de actividad complementaria no puede tener un sentido tan amplio como para abarcar cualquier actividad conexa, sino más bien respecto de aquellas actividades que pueden tener carácter sustitutivo de las que realiza la sociedad.²⁰⁸ El criterio delimitador para establecer el deber de no competir se corresponde con el de la competencia efectiva en el mercado relevante de referencia. Para ello es preciso considerar que la actividad desarrollada por el administrador competidor se desenvuelva en el específico ámbito temporal y geográfico que sea idóneo para lesionar los intereses de la

que el gestor lleve a cabo por su cuenta particular negocios del mismo género que los que le hubiesen sido encomendados por su principal».

²⁰⁴ A través del primer apartado de esta disposición, la Ley de Sociedades de Capital unifica el régimen general relativo a la competencia del administrador con la sociedad. De un lado, extiende a la sociedad anónima la prohibición de competencia prevista inicialmente en el primer párrafo del artículo 65 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. De otro, extiende a la sociedad limitada el deber de comunicación del conflicto, regulado anteriormente en el párrafo cuarto del artículo 127 ter de la Ley de sociedades anónimas.

²⁰⁵ V. supra, § III.2.2.

²⁰⁶ V. el ATS [1ª] 6-4-2010 y la SAP A Coruña [4ª] 10-11-2008 (Caso Val de Osebe Promociones) que trata de un supuesto en que el administrador constituye una sociedad con el mismo objeto y desarrolla la misma actividad que la administrada, consistente en la construcción y promoción de viviendas, del mismo tipo, características y materiales, habiendo ejecutado la edificación de chalés parecidos en una parcela colindante con el mismo arquitecto.

²⁰⁷ Sobre los presupuestos objetivos de aplicación de la prohibición de competencia, v. GALLEGO LARRUBIA, *Prohibición de competencia* (2003) 178 -243.

²⁰⁸ EMPARANZA, «Los conflictos de interés» (2011) 40. Para GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 685-6, la clave hermenéutica del art. 230 LSC se encuentra en el interés social: «deberán considerarse prohibidas las actividades concurrentes de los administradores cuando lesionen el interés de la sociedad gestionada».

sociedad.²⁰⁹ A estos efectos, el ámbito objetivo de prohibición comprende tanto la realización de actos aislados u ocasionales como de iniciativas empresariales continuadas.

3.- El segundo de los elementos mencionados delimita la **actividad competidora en relación al objeto social**. Este aspecto planea diferentes cuestiones. Primera, el alcance de la prohibición de competencia a las actividades programadas en el objeto social pero no desarrolladas en el momento de presentarse la situación de conflicto. Esta situación debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición de competencia, atendiendo a que el administrador tiene un mandato abstracto de desarrollar todas las actividades comprendidas en el objeto. Por esta razón, antes de desarrollar estas actividades en su propio interés, debe desplegar su esfuerzo para satisfacer el interés de la sociedad. Segunda, el alcance de la prohibición a las actividades no contempladas en el objeto social, pero efectivamente realizadas. Si la sociedad no ha incluido en los estatutos determinada actividad que efectivamente desarrolla, estamos ante un supuesto no contemplado expresamente en la disposición comentada. Sin embargo, una interpretación extensiva de la norma permite afirmar que tales actividades también están comprendidas en la prohibición y, consiguientemente, el administrador no puede legítimamente realizarlas. Tercera, el alcance de la prohibición a actividades no programadas en los estatutos ni efectivamente desarrolladas respecto de las cuales se presentan a la sociedad como oportunidades de negocio. En estos supuestos, resulta de aplicación lo previsto para la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio.²¹⁰ Cuarta, la extensión de la prohibición a otras actividades que ni están previstas en los estatutos ni se presentan como una oportunidad de negocio para la sociedad. La relevancia de este aspecto se pone en relación con las eventuales exigencias de plena dedicación de los administradores ejecutivos (a diferencia de los que son simplemente consejeros). Por regla general, los administradores pueden desarrollar actividades por su cuenta e interés, siempre que cumplan con las exigencias derivadas de sus deberes de diligencia y cuidado, que les obliga a atender fielmente los asuntos sociales. Sin embargo, en determinados supuestos, los administradores ejecutivos pueden estar obligados a desarrollar toda su capacidad profesional a favor de la sociedad, lo que alcanza no sólo las actividades concurrenciales, sino toda actividad mercantil, abarcando todo género de actividad, sea o no competidora con la de la sociedad.

52. Régimen aplicable.- 1.- Al regular la competencia del administrador con la sociedad, la Ley de Sociedades de Capital somete la conducta interesada a los mismos **criterios generales** que los demás conflictos de interés. Como supuesto conflictual entre administrador y la sociedad, al administrador le resulta aplicable el deber de lealtad y su contenido obligatorio.²¹¹ En este sentido, al administrador competidor o interesado le corresponde la obligación de comunicación del conflicto, previa a la eventual autorización de la conducta por la sociedad. Con ello, se afirma el carácter preventivo de la prohibición de competencia, en la medida que el ordenamiento centra la atención en la exigencia de autorización y no en la causación del daño a la sociedad. De esta manera, no es necesario acreditar el perjuicio económico efectivo y manifiesto a la sociedad para considerar la conducta desleal del administrador. Consiguientemente, la interdicción de competir se presenta como una conducta de riesgo de

²⁰⁹ V. GALLEGU LARRUBIA, *Prohibición de competencia* (2003) 228, al indicar que «entre las actividades complementarias y la actividad social deberá existir una conexión funcional, ya sea entre las mismas actividades por ser instrumentales las primeras respecto de la segunda, ya sea entre los bienes o servicios que se ofrecen al público en el ejercicio de ambas actividades, entre las que debe existir una relación de complementariedad respecto de las necesidades que satisfacen del mismo tipo de clientela».

²¹⁰ V. infra, § III.4.3.

²¹¹ V. supra, § III.2.

lesión del interés social y por lo tanto, la actividad competidora resulta desleal aunque el daño no llegue a producirse.²¹²

2.- Estos criterios generales concuerdan con las reglas especiales previstas en la norma comentada.²¹³ Sin embargo, el contenido de la norma prevista en el artículo 230 se justifica por una doble especialidad. Primero, por indicar que el órgano autorizante de la situación conflictual es la junta general.²¹⁴ Con ello se excluye al órgano de administración de la posibilidad de autorizar este tipo de conflicto. El mandato legal imperativo que reserva esta competencia a la junta, impide su delegación a los administradores mediante cláusula estatutaria o por acuerdo de la junta general. El legislador ha optado por la solución que tutela en mayor medida los intereses de los socios, tanto en el acceso a la información como en participación en el acuerdo autorizante. Sin embargo, también es la solución más compleja, sobre todo pensando en sociedades abiertas con un elevado número de socios. La segunda especialidad que justifica la regulación especial de la prohibición de la competencia del administrador con la sociedad consiste en las particularidades que ofrece el régimen previsto para el cese de los administradores en conflicto de intereses (párrafos segundo y tercero del artículo 230 LSC).²¹⁵

4.3. Aprovechamiento de oportunidades

53. Supuesto conflictual.- 1.- Las oportunidades de negocio son un tipo de situación conflictual entre el administrador y la sociedad caracterizadas por la realización de actos y negocios entre el administrador con terceros, usando información obtenida en el ejercicio del cargo, con el fin de conseguir beneficios o ventajas que pertenecen a la sociedad.²¹⁶ El conflicto de intereses se pone de manifiesto en la medida que el interesado utiliza información que sólo puede usar para desarrollar los fines sociales y no para su provecho propio. En este sentido, el administrador está sujeto a la prohibición de realizar conductas de esta naturaleza, mientras que la sociedad tiene un interés legítimo en su resultado. Como supuesto especial de conflicto de interés con la sociedad, el administrador que realice oportunidades de negocios queda sujeto a los deberes de lealtad del administrador y al régimen general previsto para todo conflicto de intereses.²¹⁷

2.- El legislador ha prestado atención a la situación de aprovechamiento de oportunidades sujetando a un mismo régimen de prohibición a dos operaciones distintas, realizar

²¹² De estas ideas es expresiva la STS [1ª] 5-12-2008 (Caso Reparaciones Almería) en un supuesto de nombramiento de administradores que crean una sociedad con el mismo objeto que la administrada. El hecho de que la nueva sociedad no llegó a realizar actividad alguna planteó el tema de si era preciso la acreditación de la producción de un perjuicio efectivo a la sociedad o basta con que se dé un eventual conflicto de intereses. Al respecto, el Tribunal Supremo establece que «el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982)». «En resolución, procede fijar como doctrina jurisprudencial que 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» [FD 3º]. V. también, la STS [1ª] 12-6-2008 (Caso Ebro Puleva); STS [1ª] 11-4-2007 (Caso Carpintería Naval); STS [1ª] 6-3-2000 (Caso Burriel Productions); STS [1ª] 9-9-1998 (Caso B., SA) y STS [1ª] 19-2-1991 (Caso E. 2000).

²¹³ Sobre el carácter expreso de la autorización, v. supra, § III.3.2, párr. 45.

²¹⁴ V. supra, § III.3.3.

²¹⁵ V. infra, efectos relativos al cargo, § III.5.1.

²¹⁶ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 162; EMPARANZA, «Los conflictos de interés» (2011) 25-7; GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 69.

²¹⁷ V. supra, § III.2.

«inversiones» y realizar «operaciones ligadas a los bienes de la sociedad» (art. 228 LSC).²¹⁸ A través de la expresión «**inversiones**», el ordenamiento recoge aquellas oportunidades de negocio que el administrador lleve a término con terceros. Con ello, no se incluyen a todas las operaciones de inversión del administrador, sino sólo aquellas actividades que signifiquen una oportunidad de negocio para la sociedad y en la que, además, ésta tenga un interés legítimo. En este sentido, el legislador, al hacer referencia a las actividades interesadas «de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo», está deslindando las oportunidades de negocio sobre las que la sociedad tiene un derecho o expectativa legítima. Si el administrador conoce oportunidades de negocio al margen del ejercicio del cargo, estará justificado que las ejecute, salvo que tales comportamientos puedan encuadrarse dentro de las conductas competidoras.²¹⁹ Con todo, el administrador que tenga conocimiento del interés de la sociedad por desarrollar un proyecto, queda obligado a realizar los actos necesarios para su ejecución. En este sentido, si aquel obtiene información relativa a la oportunidad, aunque sea fuera de su actividad profesional, su deber es ofrecérsela a la sociedad.²²⁰

3.- El segundo supuesto conflictual reglamentado, se refiere a las «**operaciones ligadas a los bienes de la sociedad**», cuyo análisis debe hacerse bajo un doble punto de vista. Por un lado, una operación sobre bienes de la sociedad consiste en un acto de contratación en interés del administrador.²²¹ Por otro lado, la operación sobre bienes sociales puede ser contemplada como una oportunidad de negocio. En este caso, la operación se desarrolla en una doble etapa. Por un lado, se produce un desplazamiento patrimonial relativo a los bienes de la sociedad. Por otro, el administrador concierta un negocio con un tercero, sin la intervención de la sociedad, si bien el acuerdo tiene por objeto, de forma directa o indirecta, los bienes de la sociedad. La operación contempla distintas modalidades de negocio, que van desde la simple reventa de los bienes a otros ejemplos tales como contratos de futuro, sean estos financieros o no, opciones de compra o de venta, etc. En este sentido, los dos negocios sucesivos, observados en su conjunto, reflejan un caso de oportunidad de negocio. El objeto sobre el que pueden recaer las inversiones y operaciones sobre bienes de la sociedad pueden referirse tanto a derechos como a bienes, sean éstos materiales o inmateriales, muebles o inmuebles. La referencia a que la operación pueda hacerse por el administrador «en beneficio propio o de personas a él vinculadas», se refiere a las situaciones de conflicto directo o indirecto. Tal y como se plantea en el supuesto general, el comportamiento interesado del administrador puede llevarse a término a través de terceros. De un lado, actuando por cuenta ajena en actos de doble representación o de promoción de intereses del tercero. De otro, actuando el administrador por cuenta propia, pero mediando personas interpuestas para ocultar su interés o posición.

54. Régimen aplicable.- 1.- Las oportunidades de negocio, como situación típicamente conflictual, están sujetas al régimen general de prohibición relativa, lo que equivale a decir, a un sistema de prohibición que admite, previa notificación del conflicto, la autorización de la conducta interesada.²²² El punto de partida de este análisis reside en que la operación en conflicto, en sí misma considerada es, en abstracto, una oportunidad, tanto para el

²¹⁸ La disposición reproduce el contenido del primer apartado del artículo 127 ter LSA, incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 26/2003, de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. El nuevo régimen extiende su aplicación, de forma expresa, a la sociedad de responsabilidad limitada.

²¹⁹ V. supra, § III.4.2.

²²⁰ V. la STS [1ª] 6-3-1992 (Caso Agrupación de Viviendas) en un supuesto de un socio de una sociedad civil que participa en la subasta de un solar, junto con la sociedad, y se adjudica la mitad proindivisa del inmueble. La sociedad, que era cotitular del inmueble, tenía un interés en adquirirlo y el socio era conocedor de la existencia del interés de la sociedad.

²²¹ V. supra, § III.4.1.

²²² V. supra, § III.2.

administrador como para la sociedad. De ahí que el centro de atención se centra en el **interés de la sociedad en la operación**. Aunque el legislador hacer referencia a que «la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella», la nota esencial reside en el interés que la sociedad tenga en la operación (círculo más amplio), con independencia de que haya sido ofrecida o no a la sociedad (círculo más estrecho). De hecho, si la sociedad no tuviera ningún interés, no cabría hablar de conflicto, ni de oportunidad de negocio interesada, sujeta al deber de lealtad del administrador.

2.- El hecho de que la sociedad tenga un interés abstracto en la operación, no comporta que necesariamente decida ejecutarla inmediatamente. Como toda operación de negocio, deberá **valorar su oportunidad** y contrastar su conveniencia y utilidad en el marco del desarrollo del objeto y fin social. A estos efectos, una vez comunicada la oportunidad de negocio a la sociedad, ésta puede decidir expresamente que va a ejecutarla por razones que satisfacen el interés social. En tal caso, se mantiene la prohibición dirigida al administrador, quien, de buena fe, deberá facilitar el desarrollo y buen fin de la misma. Sin embargo, la sociedad puede autorizar al administrador a que lleve a término la operación por su cuenta e interés. En este caso, la decisión también debe ser concordante con el interés social y el órgano autorizante deberá justificar la renuncia de la sociedad a realizar el negocio por sí misma. Distintas razones de oportunidad y conveniencia pueden alegarse para fundamentar la licencia al interesado (capacidad financiera; dificultades tecnológicas; actos ajenos al objeto social o negocio típico, etc.).

3.- De su parte, en la disposición comentada, el legislador establece que el administrador puede efectuar la operación por su cuenta, siempre que la sociedad previamente hubiera «**desestimado dicha inversión u operación**» (lectura *a sensu contrario* de su tenor literal). En este caso, el rechazo de la operación, más que una causa objetiva de autorización, es una causa de exclusión del conflicto, que, en este supuesto, ya no necesitará ser autorizado.²²³ Aunque de esta manera se facilita y agiliza el trámite de ejecución del negocio, es preciso interpretar la disposición en sus justos términos. La operación tiene que ser exactamente la misma, coincidiendo en todos sus extremos, lo cual reduce considerablemente el ámbito de su aplicación. Además, entre la desestimación de la operación y el origen de la oportunidad deberá mediar un plazo corto en el tiempo, puesto que de otra manera, las circunstancias pueden haber modificado el interés de la sociedad en desarrollarla por su propia cuenta. Finalmente, el legislador ha incluido la exigencia de que el rechazo de la operación por parte de la sociedad debe tener lugar «sin mediar influencia del administrador». Con esta expresión, el legislador ha querido, de nuevo, resaltar el deber de abstención del administrador en situación de conflicto.²²⁴

5. Sanción del ilícito desleal

5.1. Efectos relativos al cargo

²²³ En relación a la desestimación de la oportunidad, v. el ATS [1ª] 7-9-2010 y la SAP Valencia [9ª] 18-5-2009 (Caso Alzira Import) en un supuesto en el que el administrador compra un inmueble respecto al cual la sociedad había manifestado previamente su interés en adquirir, pero no disponía de financiación suficiente. El administrador oferta el inmueble a la sociedad una vez que lo ha adquirido y a un precio notablemente superior al de adquisición. El JPI núm. 1 de lo Mercantil estima la demanda, en sentencia de 30.12.2008, declarando que el administrador infringió los deberes fiduciarios propios del ejercicio del cargo de administrador y lo condena a indemnizar a la sociedad por los perjuicios ocasionados. La AP de Valencia estima el recurso de apelación, absolviendo al administrador basándose en que la sociedad «amen de conocer la efectiva adquisición, no se la había encomendado y no pudo sufrir Alzira Import un daño directo cuando de hecho y de derecho no iba a adquirir dicho terreno» [FJ 5º]. El Tribunal Supremo no admite el recurso de casación contra la SAP Valencia.

²²⁴ V. supra, § III.3.2, párr. 45.

55. Planteamiento.- 1.- El ilícito desleal comporta distintos efectos tanto en el orden civil como en el administrativo o en el penal.²²⁵ En el ámbito civil, se plantean dos planos en los que es preciso indagar desde la perspectiva de la prohibición relativa de los conflictos: de un lado, las consecuencias derivadas de las conductas no autorizadas o con extralimitación de la licencia concedida y, por otro, los efectos consecuencia de las conductas autorizadas irregularmente.²²⁶

2.- A falta de una autorización regular, se plantea si el mecanismo general de **cese del administrador** presenta singularidades específicas para el supuesto conflictual. Como en toda relación de gestión, la simple falta de confianza de los socios al administrador es causa suficiente para justificar la eventual revocación del cargo de administrador.²²⁷ En consonancia con este principio, la Ley de Sociedades de Capital reconoce la separación de los administradores sin necesidad de justificar el acuerdo ni informar del mismo en el orden del día (art. 223 LSC). En este sentido, la revocación del cargo por desistimiento unilateral es una medida de control de confianza que puede ejercitarse en los casos en que los socios sean conocedores de conflictos entre el interés de la sociedad y los del administrador. Sin embargo, frente a la regla general, el legislador contempla determinadas especialidades, distintas en la sociedad anónima y en la limitada, que pretenden facilitar el ejercicio del control de confianza en casos de conflictos de interés.²²⁸

56. Régimen aplicable a la sociedad anónima.- 1.- El régimen aplicable a la sociedad anónima contempla la particularidad de que cualquier socio puede solicitar el cese del administrador a la junta general en caso de que éste tenga *intereses opuestos* a los de la sociedad (art. 224.2 LSC).²²⁹ La facultad otorgada al socio le permite denunciar la conducta del administrador ante la asamblea de socios con la exigencia de que la junta tome una resolución definitiva. Valorada la situación de conflicto, con los riesgos que comporta y la oportunidad del cese, la junta general decide libremente cesar al administrador o mantenerle en el cargo. Esta es la misma solución que el legislador contempla para el caso del administrador que también lo es *de una sociedad competidora* (art. 230.3 LSC).²³⁰ Al no establecerse un deber de la junta de

²²⁵ Los efectos penales del ilícito desleal se recogen en diferentes tipos delictivos, tales como la apropiación indebida, el uso de información privilegiada, la corrupción entre particulares o la administración desleal (arts. 252, 285, 286 bis, 295 CP). La Ley del Mercado de Valores (arts. 99 ss.) contiene las sanciones de orden administrativo relativas a los conflictos de interés contemplados para ese mercado, con especial relevancia a los supuesto de uso de información privilegiada.

²²⁶ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 191 ss.

²²⁷ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 193-5.

²²⁸ V. ESTEBAN VELASCO, "La administración de las sociedades de capital" (2011) 168, al indicar que «no tiene justificación el actual tratamiento diferente entre la SRL y la SA de la prohibición de competencia».

²²⁹ MARTINEZ SANZ / NAVARRO MAÑEZ, «Artículo 132», *Comentarios LSA* (2009) 1510, señalan que el segundo párrafo del artículo 124 LSA «podría concebirse en buena medida como la consecuencia de la infracción del deber de lealtad o fidelidad del administrador»; v. id., p. 1513. Sin embargo, a su juicio, el supuesto de hecho queda limitado a «una situación permanente de conflicto, de forma que se excluyen de la norma los conflictos concretos de intereses entre la sociedad y el administrador (p. ej., una compraventa en la que tenga un interés personal pudiendo verse perjudicado el de la sociedad)». En la misma dirección, SERRANO CAÑAS, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles* (2008) 100-1; ALONSO LEDESMA, C., "De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional" (2011) sub. III.1. Cfr. con GALLEGO SANCHEZ, «Artículo 224», *Comentario LSC*, T.I (2011) 224-5, 1600-1.

²³⁰ El párrafo tercero del artículo 230 establece que «a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora». La regla resulta innecesaria, puesto que el supuesto es un caso especial de conflicto de intereses contemplado en el ámbito de aplicación del art. 224.2. V. EMPARANZA, "Los conflictos de interés" (2011) 43; ESTEBAN VELASCO, "La administración de las sociedades de capital" (2011) 161, al afirmar que el «sistema legal de control de este tipo de conflicto de intereses... no conduce a [la] necesaria revocación

cesar al administrador, ésta puede, en consecuencia, tomar un acuerdo que autorice la doble administración, a pesar de que las sociedades administradas por el mismo administrador estén compitiendo entre ellas.²³¹ Por el contrario, la junta general está legitimada a tomar un acuerdo de cese del administrador, considerando que el administrador que lo es también de una sociedad competidora, se encuentra en una situación de conflicto que puede causar un daño a la sociedad. Informada la junta general de la existencia de la mencionada circunstancia, encuentra en la actividad competidora indirecta una justa causa para cesar al administrador en su cargo. Con todo, la junta general puede acordar su separación del cargo sin tener que fundamentar su decisión, esto es, por la simple pérdida de confianza en el administrador.

2.- Al poner en relación el acuerdo de la junta que pretende la **revocación del cargo con la eventual autorización** del conflicto, se plantean distintas cuestiones. Primera, la autonomía entre ambos procesos, con la consecuencia de que el conflicto previamente autorizado por el órgano de administración o por la junta general no impide el *cese del administrador* por los socios (ya sea por acreditarse nuevos elementos conflictuales, ya sea por libre decisión de la junta). Segunda, el acuerdo de la junta que niega la petición de cesar al administrador en su cargo puede calificarse como acto de autorización o ratificación siempre que en el mismo se cumplan las condiciones y requisitos para la autorización.²³² Finalmente, en esta sede también es posible considerar la relevancia del supuesto conflictual que se presenta cuando el administrador ha sido nombrado por el sistema proporcional (art. 243) a propuesta de un competidor de la sociedad. La afirmación de que la relación entre el socio competidor y el administrador comporta una situación de *conflicto relevante* para la sociedad (oposición de intereses) es razón suficiente para el socio para legitimarle que reclame la revocación del cargo. Para la junta, el caso queda sujeto a la regla general, por lo que podrá acordar el cese del administrador o rechazar la pretensión del socio.²³³

57. Régimen aplicable a la sociedad limitada.- 1.- El régimen previsto para la sociedad de responsabilidad limitada es distinto tanto en la configuración del supuesto como en la solución material al problema planteado. La revocación del cargo no está prevista para cualquier

de quien se encuentra incurso en el conflicto». Cfr. con GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 75-7, para quien «la Junta general de una sociedad anónima no tendría ningún tipo de discrecionalidad para mantener a un administrador que tenga intereses opuestos a los de la sociedad, como sería claramente un administrador que lo fuera de otra sociedad competidora...» (id., pp. 76-7). V. GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 690, al indicar que «la junta general está obligada a cesar al administrador que compita con la sociedad en caso de que se pongan en tela de juicio los intereses sociales».

²³¹ MARTINEZ SANZ / NAVARRO MAÑEZ, «Artículo 132», *Comentarios LSA* (2009) 1515; ALONSO LEDESMA, C., «De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional» (2011) sub. III.2; GALLEGO SANCHEZ, «Artículo 224», *Comentario LSC*, T.I (2011) 1598; EMPARANZA, «Los conflictos de interés» (2011) 42. V. la STS [1ª] 12-6-2008 (Caso Ebro Puleva), en un supuesto de nombramiento de administrador que también lo es de una sociedad competidora. El Tribunal Supremo indica (i) que «la adopción del acuerdo de cesación no es facultativo para la junta, y así lo viene entendiendo la doctrina jurisprudencial (SS. 9 de septiembre de 1.998; 15 de marzo de 2.004; 4 de abril de 2.007); (ii) que el cese del administrador no tiene un carácter objetivo y automático que excluya que la junta general pondere las circunstancias concurrentes; y (iii) que la junta general deberá valorar el daño, actual o potencial, que pueda sufrir la sociedad, «si bien para la apreciación de éste se requiere un riesgo serio y consistente» [FD 3º].

²³² V. supra, § III.3.2.

²³³ El caso no ofrece singularidades respecto de la generalidad de supuestos, en la medida que el debate se mantiene acotado en el marco del supuesto de hecho: se trata de dilucidar si existe oposición de intereses por el hecho de que el administrador haya sido nombrado por un competidor. Si un socio que no tiene derecho a nombrar administrador por la vía de la representación proporcional propone a un administrador que es nombrado por la junta y esta no es concedora de la situación de conflicto (que el socio proponente es un competidor de la sociedad), nace igualmente el derecho del socio a solicitar el cese del administrador.

conflicto de intereses, sino que la especialidad contemplada en la Ley de Sociedades de Capital se limita al supuesto contemplado en la prohibición de competencia entre el administrador y la sociedad. La interdicción se circunscribe a la dedicación «por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social» (art. 230.1 LSC).

2.- La infracción de la prohibición comporta que «cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador» (art. 230.2). La interpretación de los efectos derivados de la infracción permite diferenciar entre el régimen de la anónima frente a la limitada. Aquí el socio no solicita el cese del administrador a la junta tal y como se le plantea al accionista, sino que *acude directamente al juez* para ejercitar, por cuenta de la sociedad, el desistimiento unilateral de la relación contractual con el administrador. La previsión legislativa viene a establecer una causa objetiva de incompatibilidad del conflicto no autorizado que no permite al juez considerar una resolución distinta que no sea el cese del administrador.

3.- La prohibición no tiene carácter absoluto, sino relativo, de forma que el conflicto *puede ser ratificado* por acuerdo de la junta general, cumpliendo con los requisitos de la notificación del conflicto por parte del administrador y de la resolución expresa por parte de la junta (art. 230.1 LSC). Por esta razón, la acción decae en caso de que la sociedad hubiera autorizado el conflicto, a cuyos efectos se requiere una *mayoría reforzada*: «el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social» [art. 199.b) LSC]. Además, el administrador que sea socio «no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que... se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia...» (art. 190.1 LSC).²³⁴

5.2. Efectos relativos a los actos de autorización

58. Actos del consejo de administración.- 1.- Al analizar los efectos de las irregularidades sobre actos de autorización de conductas conflictuales se puede distinguir entre los procedimientos de control residenciados en el consejo de administración y los procedimientos llevados a término por la junta general.²³⁵ Los procedimientos de autorización de conflictos que sean competencia del consejo de administración plantean, en primer lugar, los **efectos sobre el voto** emitido por el administrador interesado. El voto del administrador en conflicto de interés debe entenderse nulo de pleno derecho (art. 6.3 CC) por contravención de la norma que le prohíbe votar en situación de conflicto (art. 229.1.II LSC). También se plantean los efectos sobre el voto de los administradores no interesados emitidos desconociendo información relevante del conflicto. En este caso, la declaración realizada en ausencia de una notificación completa sobre elementos fundamentales del conflicto comporta un vicio de la voluntad que trae consigo la ineficacia del voto, por aplicación de la doctrina sobre el consentimiento prestado por error (art. 1266 CC).

2.- En segundo lugar, la **eficacia del acuerdo del consejo** autorizando conductas interesadas puede analizarse desde distintas perspectivas. Primera, el acuerdo de autorización debe alcanzar una mayoría de votos válidos, deduciéndose aquellos emitidos por administradores

²³⁴ La solución legal es discutible tanto en relación a su fundamento como a su encaje sistemático. Si la finalidad de la norma consiste en prevenir los conflictos sobre competencia del administrador, el establecimiento de una prohibición relativa no mantiene una relación de coherencia con la formalización de una causa de incompatibilidad. La desconexión entre ambas iniciativas se observa con claridad en el caso de que, después del cese, la sociedad vuelva a nombrar al mismo administrador, autorizándole expresamente a realizar el comportamiento competitivo. Para ello, mejor hubiera sido canalizar la facultad del socio minoritario a través de la junta general, tal y como está previsto en la sociedad anónima, y contemplar la acción judicial una vez que la junta niegue la autorización. Por otro lado, tampoco tiene sentido limitar las causas de cese a la competencia, cuando conflictos de interés más graves no tienen reconocimiento legal.

²³⁵ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 196-9.

interesados o aquellas otras declaraciones realizadas por administradores sin la información suficiente.²³⁶ El acuerdo que no supera la prueba de resistencia es *nulo por contrario a la ley* (arts. 204 y 251 LSC) a falta de adoptarse con la mayoría suficiente para su aprobación (arts. 245.1 y 248.1 LSC).²³⁷

Segunda, si la ley o los estatutos reservan la competencia de la autorización del conflicto a la junta general, el acuerdo tomado por el consejo de administración comporta una irregularidad por incompetencia del órgano autorizante, motivo de impugnación que llevará respectivamente a la *nulidad* (por reserva legal) o *anulabilidad* (por reserva estatutaria) del acuerdo (art. 204 LSC).

Tercera, cuando el acuerdo ha sido tomado de forma genérica, sin cumplir con el requisito de que la autorización sea expresa e individualizada, el fundamento de la ilicitud se basa en la *infracción de los deberes de fidelidad* (arts. 225 y 226 LSC). Con ello, se vulnera el deber de cuidado por cuanto que aprobar y consentir conductas que generan un riesgo de lesión para la sociedad significa un incumplimiento de los deberes de atención, prudencia y vigilancia exigibles al administrador. De su parte, se contraviene el deber de lealtad cuando se establece una regla contraria al principio de prohibición de actuar en conflicto. A saber, un acuerdo que contenga la siguiente declaración «Se autorizan los conflictos de interés entre los administradores y la sociedad», significaría establecer una norma societaria interna *contraria al contenido prohibitivo esencial* del deber de lealtad.²³⁸ Aunque en tales supuestos es preciso analizar los términos de la declaración con profundidad, casos extremos como el señalado constituyen una infracción de un deber legalmente establecido, trayendo como consecuencia la nulidad del acuerdo (art. 204 LSC).

En cuarto y último lugar, se plantean los efectos de las irregularidades de la autorización no motivada. La relevancia del supuesto reside en la conexión entre la justificación de la autorización y el interés social, en la medida que la primera tiene que estar orientada a la satisfacción de la segunda. Aunque se hayan cumplido los requisitos formales para una licencia regular, el fondo de la decisión no puede ser discrecional. El consentimiento dado al administrador para llevar a término una actividad hipotética o potencialmente lesiva a la sociedad, solo puede justificarse porque siendo subjetivamente interesada para el administrador, sea objetivamente de interés para la sociedad. La ausencia del cumplimiento del deber de motivar el juicio independiente hecho por administradores no interesados debe ser objeto de evaluación. El medio adecuado para ello consiste en el ejercicio de la acción de anulabilidad del acuerdo lesivo para la sociedad y beneficioso para el administrador (art. 204.1 LSC). El incumplimiento del deber de motivación del acuerdo evitará que el actor tenga que probar la lesividad del mismo, acreditando los demás presupuestos de la acción.

59. Actos de la junta general.- 1.- Los procedimientos de autorización de los conflictos que se resuelvan mediante la intervención de la junta general plantean, a la par que los anteriores, dos tipos de cuestiones. Por un lado, la eficacia de los **votos emitidos por socios en situación de conflicto**. Estas situaciones se caracterizan por la acumulación de la condición de socio junto a la de administrador interesado o de parte vinculada del anterior. Considerando que el socio interesado que reúne la condición de socio mayoritario o de control está sujeto a una prohibición de voto, el sufragio emitido por éste no *puede resultar eficaz* por ser un acto que contraviene una prohibición (art. 6.3 CC).

²³⁶ V. supra, § III.3.2.

²³⁷ GUERRA MARTÍN, «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (2011) 73.

²³⁸ V. supra, § III.2.1.

2.- Por otro lado, se plantea la **eficacia del acuerdo de la junta** que presenta como irregularidad que el acuerdo se haya tomado con el voto favorable del socio obligado a abstenerse. En la medida que los votos irregulares no despliegan efectos, el acuerdo que no cuente con la mayoría de los votos válidamente emitidos no supera la prueba de la resistencia. En este sentido, los votos emitidos por el socio infractor sólo tienen relevancia cuando los votos hubieran sido determinantes para la aprobación del acuerdo.²³⁹ Cumplido el presupuesto, el motivo de la impugnación del acuerdo se encuentra en la contravención a la ley, puesto que el acuerdo no consigue obtener el voto mayoritario necesario (art. 159.1 LSC), hecho por el cual, le corresponde la sanción de nulidad (art. 204 LSC).²⁴⁰ Si los estatutos contemplan una mayoría reforzada y el acuerdo se toma a través de una mayoría simple por el hecho de que parte de los votos han sido emitidos por interesados, el acuerdo resulta impugnabile por ser contrario a los estatutos y la sanción ajustada al supuesto consiste en la anulabilidad de acuerdo (art. 204 LSC).²⁴¹

Una segunda vía de impugnación del acuerdo de autorización del conflicto opera cuando el acuerdo tomado en interés del administrado es lesivo para la sociedad (art. 204 LSC).²⁴² En este caso, el fundamento resulta ser el mismo que hemos indicado más arriba para el caso del acuerdo del consejo.²⁴³ Con todo, el acuerdo de la junta tomado con la unanimidad de los socios enerva la acción de anulabilidad por lesión del interés social, puesto que más que una lesión a la sociedad el acuerdo favorable al administrador establece una forma especial de remuneración del administrador.

5.3. Efectos indemnizatorios

60. Acciones.- 1.- En relación a las consecuencias patrimoniales derivadas del ilícito desleal, analizamos, en primer lugar, la **acción de responsabilidad** civil del administrador. El conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad queda sujeto al régimen general de responsabilidad por daño causado por actos desleales «contrarios a la ley o a los estatutos o

²³⁹ V. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 147-51; BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1045; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 96; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 565-6; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 254; GALAN CORONA, «La Junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 635; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 294; URÍA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 1237; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 168-9, 364-5. V. también, el art. 4.e) del Proyecto de V Directiva («el resultado de la votación ha sido influido de manera determinante»); ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.63(c) e id., p. 8-516 (el acuerdo es válido siempre y cuando la inclusión de los interesados en la lista de los votantes no afecte el resultado final).

²⁴⁰ BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1044; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 701; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 100, 112-4; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 168-9, 364-8.

²⁴¹ SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 367-8.

²⁴² Sobre admisibilidad de la impugnación de los acuerdos de la junta tomados en conflicto de intereses, v. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 328; DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 147 ss.; URÍA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 336; RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", *La Ley* (1993) 305; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 35-36; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 323; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 93; GORRIZ LOPEZ, «El deber de lealtad de los administradores» (2010) 687-9.

²⁴³ V. supra, párr. 58.

por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (art. 236.1 LSC).²⁴⁴

2.- Frente a la sociedad, las acciones indemnizatorias que traen causa en las conductas desleales del administrador encuentran expresión a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad, como medio de recomponer el patrimonio social (art. 238 LSC).²⁴⁵ La protección patrimonial frente a los socios, se canaliza mediante la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC).²⁴⁶ A este esquema responde el supuesto de uso de información privilegiada por parte del administrador en una relación contractual con el socio - por ejemplo, de compra o venta de acciones o de participaciones sociales- a consecuencia de la cual se produce un perjuicio patrimonial al socio y no a la sociedad. En todo caso, el socio puede ejercitar la acción social de responsabilidad de forma subsidiaria y en los términos que establece el ordenamiento (art. 239 LSC).²⁴⁷ Frente a terceros, la acción individual ha sido admitida en casos de responsabilidad frente a acreedores sociales que han visto lesionados sus intereses por actos de competencia del administrador con la sociedad (art. 241 LSC).²⁴⁸

61. Presupuestos.- 1.- La aplicación de la responsabilidad del administrador desleal está sujeta a los presupuestos generales del régimen legal de responsabilidad del administrador,

²⁴⁴ V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 377; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 128-9; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 202-3, 219; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.3.d); ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5913; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 497 (referido al deber de lealtad del socio). Sobre la responsabilidad del gestor desleal, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 121; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 20-6. En relación a las limitaciones o exenciones de responsabilidad relativas a comportamientos de carácter doloso, v. HERNANDO CEBRIÁ, «La configuración estatutaria del deber de diligente administración» (2010) 143, al indicar que la posición fiduciaria del administrador impide tales limitaciones en el marco del deber de lealtad; v. también, id., p. 146, al respecto de las diferencias de trato entre las infracciones de cuidado y de lealtad.

²⁴⁵ Por su parte, el acuerdo que promueve la acción de responsabilidad o de transigir sobre ella determina la destitución de los administradores interesados (art. 238.3 LSC).

²⁴⁶ PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 497, señala que la infracción del deber de lealtad del socio «genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados a los socios en su esfera personal. La acción individual no es, pues, una acción extracontractual (art. 1902), sino exquisitamente contractual, derivada del contrato de sociedad (arts. 1101 y sigs. CC)». Idem, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.3.d).

²⁴⁷ Una eventual reforma legislativa debería facilitar el ejercicio de acciones sociales por un grupo minoritario inferior al cinco por cien del capital en casos de infracciones del deber de lealtad pues, particularmente en las grandes sociedades, esta acción no tiene eficacia práctica, en la medida que los socios titulares de esos porcentajes suelen participar directamente de la gestión. En esta dirección v. la propuesta de PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 52-7, que al referirse a la legitimación para el ejercicio de la acción social sugiere «ampliar la legitimación creando, al lado del cauce tradicional previsto en el art. 134 LSA, uno nuevo que permita al accionista individual entablar la acción, pero acompañándolo de ciertas restricciones sustantiva y procesales que minimicen el riesgo de pleitos innecesarios y perturbadores» (id. p. 54). Entre las restricciones sustantivas, propone condicionar la legitimación a la posesión de un paquete de cierto valor (50 ó 60.000 €), a la continuidad de la participación en la sociedad del accionista y a la fundamentación de la acción en la violación del deber de lealtad (id., p. 56). Respecto de las restricciones procesales, sugiera la introducción del trámite judicial de admisión de la demanda con audiencia de la sociedad y la prohibición de terminar el pleito por transacción sin autorización judicial (id., p. 57).

En el Derecho belga, desde la reforma de 1995, no solo la Junta general, sino también los socios minoritarios que posean votos equivalentes al uno por cien de los presentes en la sesión pueden ejercer la acción de responsabilidad actuando por cuenta de la sociedad (art. 562 CdS bel.).

²⁴⁸ V. la STS [1ª] 19-5-2003 (Caso Dirección 000) FD 2º.

que se corresponden con un comportamiento antijurídico que provoca un daño a la sociedad.²⁴⁹ La conducta del administrador ha de reunir el requisito de su consideración antijurídica, cuya existencia depende de la infracción del contenido del deber de lealtad.²⁵⁰ La infracción del deber se produce por *simple culpa* sin que se requiera una conducta intencionada o dolosa, en la medida que la lealtad es concreción de la exigencia de la *buena fe en sentido objetivo* y no subjetivo, con lo cual la deslealtad no exige un requisito subjetivo agravado.

2.- El ilícito desleal objeto de la acción de responsabilidad se predica de las situaciones conflictuales en las que no se ha producido la autorización de la conducta. Con ello se significa que la autorización de la conducta interesada *enerva el presupuesto* de la antijuricidad, requisito necesario para el ejercicio de la acción indemnizatoria.²⁵¹ De ahí que sea preciso

²⁴⁹ En el Derecho francés, la acción de responsabilidad contra el administrador se basa en la ausencia de autorización por parte del Consejo o de aprobación por parte de la junta y la causación de un daño a la sociedad. Así lo entiende el art. 225-41.II CdC fr. que señala que en caso el interesado puede ser considerado responsable de las consecuencias perjudiciales frente a la sociedad respecto de los contratos no aprobados por la asamblea. De otro lado, el art. 225-42.I CdC fr. se refiere al supuesto de contratos concluidos sin la autorización previa del Consejo de administración indicando que pueden ser anulados, «sin perjuicio de la responsabilidad del interesado. V. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des sociétés* (2011) § 625. En el Derecho belga, el régimen de responsabilidad de los administradores por deslealtad se estructura en dos supuestos. En primer lugar, si no se ha llevado a término el procedimiento legalmente previsto, el administrador interesado, junto a los demás administradores, se someten al régimen general de responsabilidad (art. 528 CdS bel.). Se establece un régimen de responsabilidad solidaria por los daños que se hayan producido a la sociedad o a terceros respecto de infracciones legales o estatutarias. El administrador podrá eximirse de responsabilidad si no tomó parte en la infracción y no les es imputable falta alguna; si conocieron la infracción deberán informar a la primera asamblea general o al primer Consejo de administración (v. art. 528.3, según la versión precedente de la reforma de 2 de agosto de 2002). En el Derecho italiano, los administradores responden de los daños causados a la sociedad por «acción u omisión» (art. 2391.IV CC it.). En el Derecho norteamericano, v. art. 316 Cal. Corp. Code, en particular, el 316 (a)(3), relativo a los préstamos al administrador; arts. 719 y 720 NY Bus. Corp. Law, particularmente, el art. 719 (a)(3) en relación a los préstamos al administrador. En el Derecho inglés, v. los arts. 195(3)(b) y 213(3)(b) *Companies Act* (2006), al indicar que con independencia de que el contrato haya sido o no declarado nulo, los administradores serán solidariamente responsables de cualquier daño o pérdida resultante a la sociedad a consecuencia de la operación realizada; FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 520.

²⁵⁰ V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 222; ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima» RDM (1991) 648; ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5912-3; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 213 («la deslealtad (antijuricidad) califica la injusticia del daño efectivo y fundamenta la acción reparadora»). En general, sobre el incumplimiento por los administradores de sus obligaciones, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 288-91; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 248-51. Sobre la noción de antijuricidad en su doble sentido, material y formal, v., DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema de Derecho civil*, I (2003) 192.

En el Derecho francés, v. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 315, que cita la sentencia de la *Cour de cassation* de 27 de febrero de 1996, señalando que la responsabilidad por causa de un conflicto de intereses se fundamenta en el incumplimiento del deber de lealtad. En el Derecho italiano, el demandante deberá acreditar el incumplimiento de las obligaciones relativas al conflicto, es decir, la inobservancia de la obligación de comunicación y/o de abstención de un administrador con un interés potencial en una operación. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 283-4.

²⁵¹ En el Derecho francés, el cumplimiento del procedimiento legalmente previsto, aún cuando sea por la convalidación del negocio, tiene efectos positivos sobre el administrador interesado, eximiéndole de responsabilidad por su conducta, con la excepción de los casos de negocios fraudulentos. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1650. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 280, nota 126, señala que incluso la convalidación del contrato exonera al interesado de toda responsabilidad; COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des sociétés* (2011) § 625.

En el Derecho belga, la exigencia de responsabilidad hecha en la previsión legal va dirigida a los casos de operaciones que han cumplido el procedimiento de control, de lo que se infiere que la aprobación de la operación no exime ni descarga de responsabilidad ni al administrador interesado que

armonizar la autorización de la conducta conflictual con la norma legal que establece que la autorización o ratificación de un acto por la junta, en ningún caso, exonera de responsabilidad al administrador (art. 236.2 LSC). La disposición que impide la exoneración de responsabilidad del administrador por la autorización de la Junta general resulta aplicable al caso ahora estudiado, si bien resulta conveniente distinguir entre distintos supuestos. Primero, si el *administrador ha cumplido los deberes de lealtad*, informando de todos los elementos relevantes, la autorización del conflicto por el órgano competente enerva la antijuricidad por deslealtad y la acción de responsabilidad queda privada de uno de sus presupuestos esenciales.²⁵² En segundo lugar, el administrador interesado no podrá oponer el acuerdo de autorización que *no esté motivado* de forma que en el mismo se justifique el interés social de la operación. Finalmente, si el acuerdo de autorización lo ha tomado la *Junta general por unanimidad de los socios*, con el pleno conocimiento de todos los elementos relevantes del conflicto, cabe postular que el acuerdo unánime de los socios implica una declaración unilateral de *renuncia al ejercicio de la acción*.²⁵³

3.- El segundo presupuesto para la aplicación de la acción de responsabilidad deriva de la existencia de una **lesión al interés social** a consecuencia del comportamiento interesado. El daño inminente o potencial no puede generar el nacimiento de una prestación indemnizatoria

cumplió con su deber de informar, ni a los demás administradores que aprobaron la operación (art. 529 CdS bel.). A estos efectos, la doctrina critica el agravio comparativo de los administradores cumplidores respecto de los administradores con intereses ocultos. V. sobre ello, DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 308.

En Italia, un acuerdo válido de la asamblea previo a la conducta interesada exime de responsabilidad al administrador que lleva a término la operación en conflicto de intereses. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 306-7 y la bibliografía allí citada.

²⁵² Cfr. con el punto de vista de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 97, 89-90, para quien «el art. 133.3 LSA no puede ser de aplicación para las materias dispositivas y desde luego, la relativa a las oportunidades de negocio –con las limitaciones señaladas- lo es». En este sentido, en caso de ratificación del aprovechamiento ya consumado o en vías de consumación por parte del administrador, el autor sostiene la eficacia exoneradora de responsabilidad de la ratificación «aceptando los daños efectivos o eventuales que de la conducta del administrador se han derivado o de inmediato se van a derivar». Sin embargo, el acuerdo no libera de responsabilidad al administrador «[s]i la junta ha adoptado el acuerdo sin el pleno conocimiento de las circunstancias del caso» (id., p. 97). Otro punto de vista consiste en buscar una interpretación flexible de la norma que permita al administrador un cierto descargo si encuentra el soporte de la Junta. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 259. En contra de una interpretación flexible, v. ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM* (1990) 716; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 312. Con todo, la sociedad puede transigir o renunciar al ejercicio de la acción en los términos que establece la ley (art. 134.2 LSA).

Sobre la exoneración de responsabilidad y el conocimiento del conflicto (art. 237 LSC), v. RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 203; en relación a los pactos de limitación de responsabilidad y de compensación de gastos y de seguro de responsabilidad, v. id. §§ 205-6. El Derecho inglés establece la nulidad de las disposiciones que exoneren de responsabilidad a los administradores por ilícitos derivados del incumplimiento de sus deberes [art. 232(1) *Companies Act* (2006)]. V. BOYLE & BIRDS, *Company Law* (2007) 667; FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 523. Sin embargo, esta regla no impide que la sociedad se haga cargo de asegurar responsabilidades procedentes de estos ilícitos e indemnizar al administrador por responsabilidades incurridas frente a terceros.

²⁵³ SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 259, plantea la cuestión considerando que los administradores pueden solicitar a la Junta la consideración de que el acto no es lesivo para la sociedad. En caso de que la Junta adopta un acuerdo en este sentido «ha de estimarse como un descargo de los administradores que elimina, al menos, la posibilidad de que sea la propia sociedad la que ejerza la acción de responsabilidad contra ellos. Los accionistas minoritarios o, en su caso, los acreedores podrán ejercitar la acción de responsabilidad si concurren las circunstancias previstas en el art. 133».

mientras que aquel no haya repercutido en el patrimonio social.²⁵⁴ Sin embargo, a la hora de determinar las consecuencias dañosas, la valoración no deberá limitarse al daño emergente, sino que el valor indemnizable también incluye el lucro cesante.²⁵⁵

62. Prueba y relación de causalidad.- 1.- Siguiendo las reglas generales, la carga de la prueba del comportamiento lesivo corresponde al demandante y la exoneración de responsabilidad al que la opone (art. 217 LEC).²⁵⁶ En este ámbito, el actor deberá probar el daño y el incumplimiento del deber, concretado en la realización de la actividad interesada sin la autorización correspondiente.²⁵⁷ A estos efectos, probando que el conflicto no fue autorizado,

²⁵⁴ V. GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162, para quienes «[s]egún la doctrina que parece armonizar mejor con nuestro Código civil, ha de entenderse por daño una efectiva disminución del patrimonio... consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiere producido el hecho en que se funda la acción de indemnización (*id quod interest*)». En la misma dirección, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 205. Para VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 650-1, si el daño es inminente puede condenarse al demandado con carácter subsidiario o condicionado, para el caso de que la sociedad efectivamente sufra el daño (pe., si no cobra los créditos concedidos sin garantías).

²⁵⁵ V. GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", *RdS* 7 (1996) 69. Sobre los problemas de la valoración del lucro cesante, y las soluciones orientadas hacia la "probabilidad objetiva" de su obtención, v. GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162-3; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 206; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *RDM* (1990) 686. V. la STS [1ª] 14-3-2011 (Caso Motor y Música Press) FD 5º.

En Italia, para unos sólo debe apreciarse el daño emergente, mientras que para otros, deberá incluirse también el lucro cesante provocado a la sociedad. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 409, considera extremadamente dudoso que el concepto de daño alcance el lucro cesante o si se restringe a la noción de daño emergente. Sin embargo, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 232, cree que el término pérdidas debe interpretarse extensivamente, como comprensivo no sólo del daño emergente (pérdida) sino del lucro cesante. FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 50, señalan que incluso en el caso de *insider trading*, la pérdida referida por el art. 2391 CC debe entenderse como ausencia de ganancia. Para otros, la pérdida se limita a daño emergente. Así, FRÈ, «Società per azioni», *Comm. del codice civile* (1982) 497, para quien «es evidente que el administrador no será responsable de la ganancia fallida (lucro cesante) que el art. 2391 distingue netamente de la *pérdida*». V. también, FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 569.

²⁵⁶ La distribución de la carga de la prueba no ha sido objeto de tratamiento legislativo, lo que remite su ordenación al régimen general. Sobre la distribución de la carga de la prueba en relación al régimen de responsabilidad de los administradores, v. GIRON, "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español", *ADC* (1959) 447; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 236-48; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 293-6.

²⁵⁷ PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 60-1, sugiere que se formule una regla expresa que establezca que «en caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al administrador». V. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 272-3; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 254; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", *RdS* 7 (1996) 62. Otro planteamiento aboga por la inversión de la carga de la prueba, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 238-48; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *RDM* (1990) 690-1, 694, 698-9; VICENT CHULIA, *Compendio de Derecho mercantil* (1991) 652-653; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 294-5. Un tercer enfoque puede encontrarse en ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», *EJB*, IV (1995) 5914, para quien aunque corresponde al demandante la prueba de la culpa-negligencia, «este principio deberá moderarse por los tribunales con el amplio juego de las presunciones (judiciales) de culpa o con la corrección del principio general de la carga de la prueba con otros como el de la proximidad de la prueba, el control por el deudor del ámbito dónde se puede producir la lesión de los intereses del acreedor, etc.». Sin embargo, podría alegarse que la presunción e inversión de la carga de la prueba que debería haber sido claramente establecida en la ley, como así ocurre, por ejemplo, en la previsión del art. 61.2 de la Ley de Patentes.

La culpa relativa al comportamiento del administrador interesado se desprende de la inobservancia del deber impuesto por el artículo 2391 CC it., hecho por el cual no es necesario su prueba y es suficiente

no es necesario acreditar la relación de causalidad entre el daño y la conducta.²⁵⁸ La defensa del administrador podrá alegar que no se produjo daño al interés social y que la operación era de interés de la sociedad, sobre la base de la motivación del acuerdo de autorización.

2.- En relación al causante del daño, es preciso distinguir entre los supuestos en que la conducta infractora ha sido realizada directamente por el administrador interesado y en los que el daño ha sido realizado con la participación de persona vinculada. Cuando el administrador tiene un interés indirecto y el causante directo del daño ha sido un tercero, el actor deberá probar la vinculación existente entre las partes, salvo en los casos en que se hayan establecido presunciones legales sobre partes vinculadas (v. supra § III.1.3).²⁵⁹

5.4. Efectos restitutorios

63. Introducción.- 1.- La acción de restitución de beneficios ha sido recogida por nuestro ordenamiento en diferentes negocios de colaboración y de gestión: la sociedad civil (art. 1683 CC), el mandato (art. 1720 CC), la sociedad mercantil personalista (arts. 135, 136, 138 CdC) y el factor mercantil (art. 288.II CdC). Aún cuando no exista una previsión general y expresa en nuestro ordenamiento, la sociedad puede pedir la restitución de aquellos beneficios que derivan del comportamiento interesado del administrador.²⁶⁰ El ejercicio de esta acción o *condictio* encuentra su fundamento en la prohibición de actuar en conflicto de intereses y su consiguiente **interdicción de obtener ventajas** distintas a las de la remuneración pactada.²⁶¹

2.- Al respecto, se plantea, en primer lugar, la relación entre las **acciones de daños y de enriquecimiento**, en la medida que frente a la tradicional exigencia de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento respecto de la acción de daños, se afirma la acumulación de ambas acciones.²⁶² La acumulación entre las acciones de enriquecimiento y de daños se sostiene

acreditar el interés personal y el daño sufrido por la sociedad. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*. (1979) 217; BONELLI, «La responsabilità degli amministratori», *Tratt. delle società per azioni*, IV (1991) 376; id., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 82; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 283-4; FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 569.

²⁵⁸ En Italia, la doctrina establece una presunción *iuris tantum* respecto de la prueba del nexo causal en virtud de la cual salvo prueba en contrario, la pérdida derivada de la ejecución del acto interesado se reconduce causalmente al incumplimiento del deber de comunicación y abstención. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 302, señala que la observancia del deber de comunicación y de abstención son los instrumentos jurídicos que el ordenamiento ha reputado apropiados para evitar que la sociedad sufra una daño consecuencia del conflicto, hecho por el cual resulta la presunción relativa al nexo de causalidad, de forma que el demandado deberá aportar la prueba de los eventuales elementos de hecho idóneos para excluir el nexo causal entre incumplimiento y daño.

²⁵⁹ V. supra, § III.1.3.

²⁶⁰ Sobre la aplicación de la acción de enriquecimiento en el marco del deber de lealtad del administrador, v. *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2; *Informe Conthe* (2006) Anexo II. Rec.Gob.6 (e); PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo* (2007) 62; RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 207-211.

²⁶¹ En el Derecho anglosajón encontramos un ejemplo de amplia tradición sobre la acción restitutoria de los beneficios o ganancias obtenidas por el administrador desleal. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 223. La cuestión se plantea en los mismos términos que en el ámbito contractual, tal como se desprende de los ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 388; id., sub. 151. En el Derecho inglés, v. *Companies Act* (2006) arts. 195(3)(a) y 213(3)(a); v. FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 517-8. Respecto a la acción de enriquecimiento en el Derecho alemán, v. MERTENS, *Kölnner Komm.* II.1 (1989) art. 93, núm. 73, en relación a la acción de enriquecimiento prevista en el art. 88.2.II AktG y también en los arts. 93 y 687.II BGB.

²⁶² La línea jurisprudencial y doctrinal seguida por Núñez Lagos y Hernández Gil postula la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento. V. sobre ello, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2^o (2009) 420. Esta posición sigue defendiéndose en sentencias recientes. V. STS [1^a] 12-7-2000 (Caso Montajes Folgar c. Pescanova) FD 3^o, al indicar que la aplicación de la acción de enriquecimiento procede

sobre la base de los distintos presupuestos de aplicación de las acciones.²⁶³ Aunque en ambas tienen como denominador común a un deber de reparación, para ejercitar la *pretensión indemnizatoria es preciso acreditar la culpa y el daño*, mientras que no es necesario acumular tales requisitos para el ejercicio de la *condictio*.²⁶⁴ En este sentido, la acción de enriquecimiento dispone de un ámbito de aplicación más amplio que la indemnizatoria, pues la invasión patrimonial indebida que la sustenta no sólo no precisa del concurso necesario de la culpa como presupuesto de su aplicación, sino que puede ser exigida respecto de *comportamientos realizados de buena fe*.²⁶⁵

3.- Además, en relación al segundo de los elementos mencionados, el objeto de la pretensión es diverso, en tanto que la acción indemnizatoria persigue recomponer el daño experimentado en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sin tener en cuenta el aumento patrimonial soportado por el *accipiens*. Por el contrario, la acción de enriquecimiento contempla las ventajas que ha proporcionado al demandado, con independencia que esta nivelación supere el daño causado.²⁶⁶ Considerando que las ganancias que obtiene el administrador pueden superar o ser distintas de las pérdidas que ha sufrido la sociedad, mediante la acción de enriquecimiento el administrador puede verse obligado a resarcir a la sociedad, incluso en el caso en el que la sociedad no haya constatado ninguna pérdida económica relacionada con la conducta infractora.²⁶⁷ En todo caso, la acumulación de acciones indemnizatorias y restitutorias de beneficios encuentra el límite en la doble restitución, con lo que se impide que se responda por aquellas ganancias que ya se han reflejado en las pérdidas que son fruto del daño causado.²⁶⁸

64. Presupuestos.- 1.- La aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto queda condicionada al cumplimiento de los presupuestos que la informan. El primer presupuesto se relaciona con el **enriquecimiento obtenido por el administrador**, que se concreta en una

cuando «no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria».

²⁶³ A favor de la compatibilidad de las acciones indemnizatorio y de restitución, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 123, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 420. Para BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 336. Como ejemplo de la jurisprudencia favorable a la concurrencia de acciones, v., como ejemplo, la STS [1ª] 19-5-1993 (Caso Francisco c. cooperativistas) FD 4º, y las sentencias en ella citadas.

²⁶⁴ V. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub III.3, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 135.

²⁶⁵ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 125-7; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 416. En la jurisprudencia, cfr. la STS [1ª] 12-7-2000 (Caso Montajes Folgar c. Pescanova), FD3º, al indicar que «se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras», con la STS [1ª] 31-3-1992 (Caso Bilore) FD 3º: «la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe».

²⁶⁶ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 125-7, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 416; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807.

²⁶⁷ ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 224-225 (*no independent monetary loss*). Id., p. 22, añade que «[e]n determinados supuestos, el demandado puede ser requerido a devolver aquellas ganancias que la sociedad por ella misma no habría podido realizar, sobre la base de que el agente es responsable respecto del principal por cualquier ganancia realizada a través de un uso impropio de la propiedad del principal». V. pe., el supuesto que aparece reseñado en el cual en un supuesto de fusión el demandado no observó el deber de revelar toda la información, hecho por el cual se considera violado el deber de lealtad; en virtud de ello, el tribunal impuso al demandado la obligación de devolver aquellos beneficios que había realizado a través de la operación, superiores a las pérdidas sufridas por los socios.

²⁶⁸ V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 225; el principio se encuentra también reflejado en los ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 407.

ventaja, utilidad o provecho de carácter económico.²⁶⁹ El enriquecimiento puede ser positivo o negativo. En el primer caso, el enriquecimiento puede producirse a través de un incremento del activo patrimonial o de una disminución del pasivo del interesado.²⁷⁰ Por su parte, el enriquecimiento negativo evita la producción de una disminución del patrimonio, de forma que el interesado produce el ahorro de un gasto que debería realizar el gestor, tal como sucede en los supuestos de la *actio* por intromisión.²⁷¹

2.- El segundo presupuesto se refiere al **empobrecimiento del actor**, en el sentido de que la ganancia o ventaja obtenida por el administrador debe producirse a costa de un sacrificio o pérdida económica de la sociedad.²⁷² Consiguientemente, el centro de atención en este punto se dirige a acreditar la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre empobrecimiento de uno, el principal, y el enriquecimiento del otro, el gestor.²⁷³ Este fenómeno se produce, en primer lugar, cuando el empobrecimiento es el resultado del desplazamiento de un valor del patrimonio de la sociedad o de la prestación de un servicio a favor del administrador sin que se haya producido la oportuna contraprestación. En este caso, existe una relación causal directa entre el empobrecimiento de la sociedad y el enriquecimiento del administrador.²⁷⁴ Distinto supuesto tiene lugar cuando los conflictos tienen lugar con la presencia de partes vinculadas. Sería el caso si produce una atribución patrimonial indirecta fruto, por ejemplo, de un desplazamiento patrimonial de la sociedad hacia un tercero que actúa de sujeto interpuesto, a los fines de que ulteriormente el bien ingrese en el patrimonio del administrador. En tal caso, será preciso probar que el resultado del empobrecimiento de la sociedad ha sido fruto de la estructura intermedia articulada para ocultar la participación del administrador.²⁷⁵ Con todo, el concepto de empobrecimiento de la sociedad resulta cercano al del daño, cuya distinción en sus zonas fronterizas plantea ciertas dificultades. En este sentido, la doctrina discute si el presupuesto relativo al empobrecimiento del actor reúne el carácter de la necesidad y de la idoneidad.²⁷⁶ La base argumental que excluye el empobrecimiento del actor como requisito de la acción se encuentra la independencia y separación entre los conceptos de daño y de

²⁶⁹ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 118-9; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 417. Cfr. con BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 333.

²⁷⁰ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 119.

²⁷¹ Tal como señala DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 120 «la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso. Por esto pueden comprenderse dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevados a cabo por un tercero o de abstenciones realizadas por un tercero, siempre que el beneficio haya evitado de esta forma un gasto que de otra manera hubiera tenido que hacerse». V. MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806.

²⁷² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 120-1. Según el autor, debe «existir una relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento del actor. Es preciso que el empobrecimiento del actor sea precisamente la causa del enriquecimiento del demandado».

²⁷³ V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 417-8.

²⁷⁴ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 120-1; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 417.

²⁷⁵ La doctrina admite la acción de enriquecimiento en casos de atribución patrimonial indirecta, denominada acción "in rem verso". V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 120-1; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 421-2. Lo mismo sucede entre la jurisprudencia. V. STS [1ª] 12-7-2000 (Caso Montajes Folgar c. Pescanova), FD 3º.

²⁷⁶ V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 334, quien señala que el empobrecimiento «ni constituye un requisito esencial de la pretensión, ni un parámetro limitador del alcance económico de ésta».

restitución, tal y como se desprende de las disposiciones legales que regulan los supuestos más representativos de enriquecimiento injusto.²⁷⁷

3.- El tercero de los presupuestos se refiere a la **ausencia de causa que justifique el enriquecimiento** del administrador y el empobrecimiento de la sociedad.²⁷⁸ El demandado se encuentra en esta situación cuando no puede alegar ninguna razón basada en Derecho que le exima de restituir.²⁷⁹ La atribución se entiende justificada ya sea porque el ordenamiento autoriza tal consecuencia o porque existe un negocio jurídico válido y eficaz que la ampara.²⁸⁰ La idea rectora de este requisito propio de la *condictio* por intromisión se relaciona con el contenido de derechos y facultades que el ordenamiento concede a las personas respecto de su patrimonio (atribución patrimonial directa) y de la posición jurídica que una persona tiene respecto de otras (atribución patrimonial indirecta).²⁸¹ En esta tesitura, el administrador como persona que actúa por cuenta e interés del principal, no puede justificar aquellas atribuciones no autorizadas que corresponden a la sociedad. La falta de causa en el enriquecimiento se explica y concreta a través de la aplicación del principio general que prohíbe al gestor la obtención de beneficios personales en el curso del desarrollo de la actividad gestora, salvo consentimiento del principal. En la medida que el administrador no ha sido autorizado para el uso de los bienes y servicios como parte de su remuneración, no queda legitimado a la atribución de las ventajas o beneficios que se deriven del mismo.

65. Supuestos típicos de aplicación.- 1.- Los supuestos en los que cabe aplicar la exigencia de restitución son variados. En este apartado cabe incluir las adquisiciones de bienes, el uso temporal de bienes, la obtención de créditos, la liberación de obligaciones o gravámenes, el aprovechamiento de los servicios del principal, el consumo de bienes ajenos, etc.²⁸² Entre ellos, los casos que pueden requerir la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto son, fundamentalmente, los relativos al **uso de bienes sociales** por parte del administrador. El supuesto puede integrarse dentro del tipo de acción o *condictio* por

²⁷⁷ Según BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 334, los «dos artículos más representativos que en nuestro Código civil fundamentan la *condictio* por intromisión (arts. 455 y 360) evidencian la separación entre el fenómeno restitutorio y el indemnizatorio. También en la liquidación de una relación obligatoria nula o anulada son perfectamente distinguibles la restitución de las prestaciones de la eventual responsabilidad por daño que las partes pudieran imputarse entre sí. El daño, si existe (lo cual no es obvio en todos los supuestos de enriquecimiento injustificado, y menos en los intromisivos), debe poder ser indemnizado conforme a las exigencias de la responsabilidad civil. La pretensión material de la acción de daños podrá coincidir parcialmente... con la de la pretensión de enriquecimiento injustificado, pero no por ello debe entenderse que el daño constituye un elemento de ésta».

²⁷⁸ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 121-2; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 418-9; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 335.

²⁷⁹ V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 418.

²⁸⁰ V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 122.

²⁸¹ V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 335, quien señala que «[l]a idea de “contenido de atribución”, entendiéndolo éste por el “monopolio de explotación” que algunos derechos y posiciones jurídicas conceden a sus titulares sobre el objeto de los mismos, es la clave de acceso a la protección que otorga esta *condictio*. Los límites a estos monopolios están fundamentalmente representados por la dimensión irreductible de la libertad de actuación y por la existencia de un mercado lícito en el que los bienes o facultades usurpados puedan ser objeto de transacciones a cambio de un precio (de otra forma, difícilmente podrían ser reintegrados económicamente). Otros límites a los ámbitos de exclusividad protegidos por la *condictio* son los contemplados de forma específica por la ley: así, el artículo 451 CC consagra la atribución del valor de goce al poseedor de buena fe, limitando de esta forma el contenido de atribución del derecho del propietario (art. 354 CC)...».

²⁸² V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 118-9; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 417.

intromisión que regula los actos de invasión en la titularidad ajena en los cuales el administrador hace un uso no justificado de bienes y servicios de la sociedad. Entre otros ejemplos, cabe incluir en el supuesto la aplicación de dinero u otros valores a fines personales, el aprovechamiento particular de los servicios de los empleados de la sociedad, el uso de vehículos para funciones ajenas a las del negocio, la ocupación de inmuebles, el uso de maquinaria o instrumentos de la empresa, etc.²⁸³ En tales casos, la pretensión derivada de la *condictio* se basa en una invasión del patrimonio ajeno que genera un enriquecimiento en el gestor, sin la necesidad de originar un daño al actor, en el sentido de producir una disminución patrimonial.²⁸⁴ Además, la acción por intromisión no tiene en cuenta los mecanismos subjetivos de la culpa para la reintegración de los derechos usurpados.²⁸⁵ En nuestro ordenamiento existe una regulación fragmentaria de supuestos de intromisión y, en particular, el Derecho de sociedades solo la reconoce para las sociedades personalistas, al establecer que los socios que apliquen fondos de la compañía para negocios por cuenta propia, «perderán en beneficio de la compañía la parte de ganancias que, en la operación u operaciones hechas de este modo, les pueda corresponder» (art. 135 CdC).²⁸⁶ El supuesto regulado es un caso singular de uso de bienes sociales, cuya norma reguladora contiene el principio general de la restitución. Con independencia de su eventual aplicación analógica, el supuesto relativo al uso de bienes requiere un tratamiento más general, que permita la aplicación a un amplio número de supuestos. Al respecto, la reciente doctrina ha reordenado y agrupado los distintos casos en dos categorías: la obligación restitutoria en la usurpación del goce y disfrute de cosa ajena y la obligación restitutoria por incorporación y consumo.²⁸⁷

2.- Al lado de los casos de uso de bienes, cabe preguntarse si la acción de enriquecimiento injusto puede ser de aplicación a los **actos de competencia** del administrador con la sociedad.²⁸⁸ Fuera del Derecho de sociedades, el principio que establece el deber de reintegrar

²⁸³ El motivo del que el enriquecimiento sea injustificado se deriva de que «en los derechos de carácter absoluto el ordenamiento otorga en exclusiva a una persona determinada todos los provechos que puedan extraerse de un determinado bien o de una determinada situación jurídica». V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 125-7. En este sentido, la utilización y disfrute indebido de cosas y bienes ajenos, de los derechos de la propiedad, los derechos reales en general, y los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial son supuestos de aplicación típicos. V. DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 126; id., *Fundamentos*, I (1993) 107; MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807. V. más ampliamente, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 221-67. El simple uso de bienes ajenos, de acuerdo con el destino de esa cosa, sin disponer de título para ello, trae consigo el enriquecimiento injustificado. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 124-5.

²⁸⁴ MIQUEL GONZALEZ, «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807.

²⁸⁵ V. en este sentido, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 332.

²⁸⁶ Cfr. con el art. 1724 CC. V. art. 195(3)(a) *Companies Act* (2006), para el caso de operaciones sobre bienes sociales que incumplen la obligación de autorización previa y el art. 213(3)(a) *Companies Act* (2006), en relación a los préstamos y otras relaciones financieras. V. BOYLE & BIRDS, *Company Law* (2007) 658.

²⁸⁷ V. RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) § 210.

²⁸⁸ El Derecho alemán, en el supuesto de violación de la prohibición de competencia del administrador con la sociedad, establece una sanción con acciones de carácter alternativo para la sociedad, al decir que si «la sociedad podrá exigir la correspondiente indemnización por daños. En su lugar, podrá pedir al administrador interesado que haga figurar las operaciones realizadas por cuenta propia como operaciones realizadas por cuenta de la sociedad, y entregue la remuneración obtenida por las operaciones por cuenta ajena, o ceda su derecho a ser retribuido». V. MERTENS, *Kölnher Komm.* II.1 (1989) art. 88, núm. 14; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 88, núm. 7. Corresponde al Consejo de vigilancia la elección entre las acciones de indemnización y de enriquecimiento, que deberá comunicar al administrador interesado. Adoptada la decisión, la elección tiene carácter irrevocable. V. MERTENS, *Kölnher Komm.* II.1 (1989) art. 88, núm. 16. La prueba del daño o del enriquecimiento corresponde a la sociedad. V. MERTENS, *Kölnher Komm.* 1996, art. 88, núm. 18.

el beneficio obtenido por el gestor se contempla en la regulación del régimen del factor mercantil al determinarse que serán para el principal los beneficios de la negociación hecha por el factor que actúe por su cuenta y sin autorización, en negocios del mismo género a los que realiza a nombre de su principal (art. 288.II CdC). Por su parte, en el Derecho de sociedades personalistas la acción de restitución se establece, por una parte, en la hipótesis de prohibición de competencia dirigida a los socios industriales (arts. 1683 CC y 138 CdC) y, por otra, en la interdicción de competir dirigida a los socios de sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado (art. 136 CdC).²⁸⁹ Tales supuestos están pensados para regular situaciones en las que el socio es normalmente administrador y entonces resulta conveniente asegurar que la sanción del administrador recae también en el socio. De ello se sigue, que ambas disposiciones recogen el principio general aplicable a los gestores, aclarando que, atendida su condición de socios, no se les exonera de la responsabilidad de restitución de beneficios. De ahí que la cuestión no reside en saber si la acción de enriquecimiento que contienen debe aplicarse de forma extensiva, sino que su fundamento se encuentra en los principios generales.

3.- En tercer lugar, la acción restitutoria se plantea en los supuestos de **contratación interesada**. En este ámbito merece considerar los actos de doble representación no autorizados. En tales hipótesis, el administrador desarrolla una doble actividad, contratando en nombre y por cuenta de la sociedad frente a terceras personas con las cuales el administrador mantiene una relación gestora. Si el administrador obtiene comisiones u otros beneficios contrarios a las exigencias de la lealtad del gestor, que no puedan acreditarse como un daño para la sociedad, la acción de enriquecimiento puede resultar aplicable.²⁹⁰ El principio general

²⁸⁹ Al respecto PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 130, ha defendido que aunque en las normas previstas en los artículos 1683 CC y 136 CdC «se emplee el *nomen iuris* “acción de enriquecimiento injusto”, se trata en ambos casos de tal acción, puesto que los beneficios obtenidos por el infractor de la prohibición de competencia pueden exceder del perjuicio (daño emergente y lucro cesante) causado a la sociedad». Ambos preceptos fundan una *condictio* por intromisión basada en la teoría de la atribución, se aplica tanto a los socios como a los administradores y se extiende a la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada (id., p. 132). V. también, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub III.3, al indicar que la infracción de la obligación de no competencia desencadena la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 1686 CC) y «la devolución del enriquecimiento» (art. 1686 CC). Cfr. con RECALDE, “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, *La Ley* (1993) 310, quien señala que «el deber de aportar a la sociedad el beneficio líquido derivado del acto de competencia o, si hubiere pérdidas, soportarlas individualmente...» se trata de una sanción de tipo indemnizatorio.

²⁹⁰ V. *supra*, interdicción de beneficios o ventajas, núm. 89. En primer lugar debe considerarse la delimitación de lo que puedan entenderse como las ganancias lícitas derivadas de la ejecución de actos de gestión admitidos, de aquellas otras que son el resultado de actos contrarios al deber de lealtad, pues sólo respecto de aquellas comisiones obtenidas a consecuencia de aplicaciones no autorizadas se plantea la cuestión de si significan un enriquecimiento desleal. En estos términos, la cuestión planteada consiste en saber si la sociedad puede reclamar al administrador por la vía del enriquecimiento injusto aquellas comisiones obtenidas por éste cuando la aplicación no ha sido autorizada, pero sin embargo el negocio es válido y eficaz por ser la contraparte un tercero de buena fe. Siendo que el administrador ha realizado un acto desleal del que, además ha obtenido un beneficio, por la doble gestión realizada, si no puede acreditarse un daño a la sociedad, ésta sólo podría acudir a la acción de enriquecimiento injustificado.

Al respecto, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 264, dónde se sintetiza un caso de uso de la posición o cargo del administrador para obtener una comisión en la adquisición a un tercero de un bien para la sociedad. El administrador y el vendedor del bien pactan el pago que el segundo abonará una cierta cantidad al administrador que a la vez significará un incremento en el precio que deberá abonar la sociedad. Tal actuación comporta una infracción del deber de lealtad -aunque no se hubiera cargado la comisión en el precio- que no puede ser ratificado en un momento posterior a la actuación haya sido descubierta, pues la comisión «no puede haber sido razonablemente considerada» como una compensación de la sociedad al administrador. Entre la doctrina de los deberes fiduciarios, v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 211-3 (*tips and gratuities*); id., pp. 214-22 (*bribes and secret*

que establece la exigencia de restitución se recoge en el régimen del mandato, según la cual el mandatario debe abonar al mandante «cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando no se debiera al segundo» (art. 1720 CC).²⁹¹ Lo recibido en virtud del mandato incluye aquellos pagos o comisiones que, aunque no signifiquen una ejecución de su mandato, no se hubieran obtenido de no ser por el uso del cargo que ha hecho el gestor.

4.- Finalmente, otros casos de aprovechamiento de beneficios por parte del administrador desleal distintos a los anteriores, no encuentran previsión expresa en disposición general alguna. Ejemplos de ello, pueden encontrarse en los beneficios obtenidos del uso de **información societaria o de oportunidades sociales** en los que no se da el presupuesto de la actividad competidora antes mencionada.²⁹²

5.5. Efectos sobre el negocio

66. Planteamiento.- 1.- Una primera reflexión de carácter general lleva a considerar la sanción aplicable a los negocios jurídicos que están sujetos al principio de **prohibición absoluta**, en la medida que determinados conflictos por su propia naturaleza no pueden ser autorizados ni ratificados.²⁹³ Entre estos conflictos destacan aquellos comportamientos delictuales que tengan la calificación de apropiación indebida o que formen parte de actos de estafa o de administración desleal y, particularmente, del uso de información en el mercado de valores.²⁹⁴ En estos términos, el régimen de ineficacia que corresponde a los actos y negocios desleales prohibidos se basa en la sanción de nulidad de pleno derecho, prevista con carácter general para regular la eficacia de los «actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas» (art. 6.3 CC). El ámbito de aplicación subjetivo del supuesto se platea respecto de todos los administradores, con independencia de que sean titulares o no del poder de representación.

2.- Una segunda reflexión, a la hora de considerar la validez y eficacia de los actos y contratos relativos a la contratación interesada, pone de manifiesto la ausencia de una **reglamentación**

commissions); ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 388, *comment (a)* y *(b)*, en relación a las comisiones no autorizadas.

²⁹¹ V. *supra*, interdicción de beneficios o ventajas, núm. 89. Para LLEBOT, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, RdS 7 (1996) 70, el fundamento de la obligación de restituir «consistiría en aplicar analógicamente el artículo 1720 CC». El autor señala (id., p. 70, nota 69) que «el comentario al art. 1611, equivalente al vigente 1720, GARCIA GOYENA, después de aludir a la obligación de restituir incluso los regalos recibidos por el mandatario, señala, lacónicamente, que “(...) (el) mandatario no debe aportar lucro ni daño” [GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, esp. pg., 842]». Idem, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 93, nota 96, al final.

²⁹² Sobre el deber de rendir cuentas al principal de los beneficios obtenidos por el uso de información confidencial por parte del *agent* «aunque ello no cause daño al principal», v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 388, *comment (c)*. La regla se ilustra en el siguiente ejemplo: una sociedad decide llevar a término un negocio en un lugar que va a aumentar su precio de mercado, a consecuencia de tales operaciones; si un administrador de la sociedad conociendo esta información compra y transmite con posterioridad un terreno vecino al de la sociedad debe rendir cuentas de los beneficios realizados, aun cuando la adquisición de las propiedades no tenga un efecto negativo en relación al negocio de la sociedad. Este mismo planteamiento tiene lugar cuando el administrador usando de información no pública compra o vende participaciones de la sociedad. La regla tiene una formulación especial en el ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 395.

²⁹³ RIBAS, *El deber de lealtad* (2010) §§ 212-220.

²⁹⁴ En el Derecho italiano reciente, nos muestra la reiterada jurisprudencia de casación civil relativa a la nulidad de los créditos y garantías sancionados penalmente por el art. 2624.I CC it, vigente desde 1942 y derogado en la reforma de 2002. Aunque la norma no tuvo mayor repercusión en su aplicación penal, la jurisprudencia civil aplicó reiteradamente a los supuestos señalados el art. 1418.I CC it., según el cual «[e]l contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga otra cosa».

general que unifique la sanción al ilícito contractual desleal. Por esta razón, la atención se dirige al estudio de las reglas generales aplicables que llevan a distinguir entre el distinto tratamiento que el ordenamiento concede a la contratación interesada, en general, y la autocontratación, en particular. Siguiendo este esquema, los negocios jurídicos que realiza el administrador que contrata en su condición de representante (propriadamente, autocontratación) pueden ser analizados desde la perspectiva de la representación. Sin embargo, los supuestos de contratación del administrador que no reúne tal condición (simple contratación) no pueden sujetarse directamente a un régimen que está pensado para la relación representativa directa entre el principal y su representado. Por esta razón, el enfoque de la simple contratación debe analizarse a través de la perspectiva del ilícito que realiza representante de la sociedad ante el contrato con el administrador o desde el enfoque del tercero, persona vinculada al administrador, que contrata con la sociedad ocultando la participación interesada del administrador.²⁹⁵

3.- Una tercera consideración se plantea respecto de la **determinación de la sanción** en caso de autocontratación no autorizada. En virtud de la ausencia de una respuesta legal precisa, las soluciones postuladas son diversas y se sustentan en distintas doctrinas que defienden la aplicación de las sanciones generales.²⁹⁶ En este sentido, la búsqueda se dirige hacia los tipos generales de invalidez, teniendo en cuenta las posibilidades existentes: la nulidad absoluta por contravención a la norma jurídica (art. 6.3 CC), la nulidad absoluta por ausencia de consentimiento (art. 1261 CC), la nulidad por causa ilícita (art. 1275 CC), la anulabilidad por abuso de poder o la ineficacia del negocio celebrado sin poder (arts. 1259 y 1727 CC).²⁹⁷

67. Nulidad absoluta.- 1.- En primer lugar, se plantea si la nulidad absoluta resulta ser la sanción idónea para aplicar a la autocontratación no autorizada. La negación de esta posibilidad se basa en un triple argumento. En primer lugar, no parece admisible la teoría según la cual la autocontratación presente una anomalía de carácter estructural derivada de la ausencia de la voluntad del principal. Si este fuera el caso, el supuesto podría encontrar

²⁹⁵ V. infra, párr. 70.

²⁹⁶ Los casos más significativos en que el legislador ha regulado supuestos de autocontratación no ha definido la sanción aplicable al ilícito. En el ámbito de la representación legal, la ley prevé el supuesto de conflicto de intereses, entre los que cabe incluir casos de autocontratación, a través de la regulación de la patria potestad (arts. 162.2º y 163 CC) y de la tutela (v. arts. 221 y 299.1º CC) y en tales casos el Código excluye la representación del padre o del tutor en conflicto de intereses con el hijo o al tutelado sin indicar la sanción del negocio realizado sin legitimación. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 176. En cuanto a la representación voluntaria, la autocontratación se contempla legalmente en la autocompra del mandatario (1459.I.2º CC) y en la autoentrada y aplicación del comisionista (267.I CdC) sin una expresa indicación de la sanción por autocontratación no autorizada.

Por otro lado, la sanción por contratación no autorizada sólo se explicita en el régimen de la sociedad cooperativa en cuyo caso se hace a través de la anulabilidad del negocio (art. 42.2 LCoop.). Otras disposiciones que prohíben actos de contratación en nuestro ordenamiento no precisan la sanción por su incumplimiento (v. arts. 1459.I.2º CC; art. 26 LF; 6.I LIIC; arts. 162 y 220 LSC; 16.2 LORCA). En tales circunstancias, *de lege ferenda*, sería preferible que las leyes de sociedades establecieran una norma general de aplicación a todos los administradores, que determinara los efectos de ineficacia sobre los contratos interesados.

²⁹⁷ La doctrina en general está de acuerdo en la dificultad existente para afirmar con seguridad la sanción de la autocontratación no permitida. Como señala ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 82 y *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 731, «[c]elebrado un autocontrato excluido, no hay acuerdo sobre qué clase de invalidez o ineficacia sea la suya. Para unos es nulo (CC, art. 6, núm. 3), para otros, anulable (CC, arts. 1300 y ss.), y, para otros, es ineficaz, como el negocio celebrado sin poder, siendo ratificable (CC, arts. 1259 y 1727)»; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213. Al respecto, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 177, indica que el marco de los tipos generales de invalidez, a los cuales remite la búsqueda de una sanción al autocontrato no permitido, está «dominado por la inseguridad, como es sabido, tanto por las deficiencias de la disciplina normativa, como por la confusión conceptual y terminológica de unas construcciones doctrinales hoy sujetas a revisión».

acomodo entre los casos de falta de consentimiento sancionado con la inexistencia del contrato (arts. 1261 y 1262 CC).²⁹⁸

2.- En segundo lugar, cabe considerar la sanción de nulidad por causa ilícita a partir del entendimiento de que el supuesto de deslealtad por autocontratación no autorizada puede considerarse dentro de la categoría del abuso de poder de representación (art. 1275 CC).²⁹⁹ Este planteamiento armoniza con la doctrina que señala que el abuso de poder deriva del hecho de que la actuación interesada del gestor se mantiene dentro de la extensión y los límites formales del mismo, si bien persigue unos fines e intereses distintos de los del principal.³⁰⁰ En defensa del razonamiento según el cual el autocontrato no permitido encaja en la teoría del abuso de poder se postula la afirmación de que el poder de representación contiene implícitamente una autorización para autocontratar.³⁰¹ La legitimación para

²⁹⁸ Tal como señala DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 177-8, «el mecanismo representativo salva la exigencia de la dualidad personal y lleva a contemplar el autocontrato como figura estructuralmente posible y válida».

²⁹⁹ Entre la doctrina resulta común indicar la estrecha relación existente entre conflicto de intereses y abuso de poder. V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 121 (el ejercicio ilegítimo del poder representativo constituye uno de los elementos del conflicto de intereses); MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 259 (en el conflicto de intereses se suele producir un abuso de representación); GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 426 (el conflicto de intereses del administrador con la sociedad resulta ser la hipótesis paradigmática de abuso de poder); BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 279 (el conflicto de intereses y el abuso de poder resultan equivalentes); SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 152. De manera más específica, BLASCO, «Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989», CCJC (1990) 39, entiende que el autocontrato es una especie del género de ejercicio anormal de poder de representación de abuso de poder. Sobre los diversos tipos de abuso de poder, v. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 918-22. V. también, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 494. Para quienes niegan la teoría de la abstracción del poder, más que abuso de poder debe concebirse como un abuso de mandato. V. GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 97-8.

Sobre la hipótesis de aplicar la nulidad por causa ilícita a los casos de autocontrato no autorizado, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199; id., *Fundamentos*, I (1993) 242 («es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato en sí mismo sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar con él»). V. también la tesis según la cual la ilicitud de la causa es consecuencia tanto del abuso de poder como de la extralimitación del poder. Al respecto, HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1709, considera que «ambos supuestos tienen en común la colusión para el perjuicio de los intereses sociales, lo que hace nulos tales actos por ilicitud de la causa». Sobre la causa ilícita, v. art. 1275 CC.

³⁰⁰ V. ALBALADEJO, «La representación», ACD (1958) 79; PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 121, y más ampliamente, id., «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 261 ss.; GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 95-6; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198-9; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 179; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 279-80, 293-4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 280, 308.

En el ámbito de la administración de sociedades, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 218-9, quien dentro del concepto de abuso de facultades incluye la desviación de poder como un abuso que persigue «un fin distinto a la promoción del interés social», en cuyo caso «existe un desconocimiento de la diligencia que se le exige al administrador como representante leal en el desempeño de su cargo». V. también, ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471, para quien «la actuación del representante en interés propio o ajeno con daño al representado» se califica como abuso del poder de representación. Id., p. 473.

Sobre el uso de la doctrina del abuso de poder en relación a los acuerdos de la Junta general, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1006; URÍA / MENENDEZ / MUÑOZ PLANAS, *Comentario al RLSM* (1992), V (1992) 340; POLO, «Abuso o tiranía», *Estudios Menéndez* (1996) 2280.

³⁰¹ La cuestión se plantea en los siguientes términos. La regla general consiste en que el poder faculta al apoderado para contratar, salvo en aquellos casos en los que la ley interviene expresamente a

autocontratar encontraría su límite en los casos de uso del poder con fines diversos a los previstos y con daño a los intereses del principal.³⁰² Sin embargo, este planteamiento se enfrenta a dos objeciones. La primera hace referencia a que el autocontrato no autorizado es un comportamiento distinto del querido por la voluntad del principal –expresada explícita o implícitamente a través del poder–, que no está contenido en el poder y está necesitado de autorización para su legítima ejecución. Por lo tanto, la cuestión no puede analizarse sólo a través del argumento de los fines del comportamiento interesado, sino a la luz del contenido del poder y de los límites del mismo.³⁰³ Una segunda salvedad encuentra su base en que la solución que alude al defecto causal no resulta ser acorde con las necesidades de la figura en el tráfico, puesto que la sanción de nulidad absoluta que le corresponde impide que la conducta pueda ser ratificada por el principal.³⁰⁴

3.- Finalmente, no puede acogerse la sanción de nulidad absoluta sobre la base de considerar la autocontratación prohibida una contravención a una norma imperativa (art. 6.3 CC).³⁰⁵ Ello

través de una prohibición, cuyo caso la autocontratación permitida está sujeta a la autorización del poderdante. Según este planteamiento, el art. 1459.I.2º CC no resulta la expresión de un principio general, sino su excepción. V. ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 729. En palabras de DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180, «se puede entender que la posibilidad de autocontratar está contenida naturalmente en el poder de representación; el hecho de que se prohíba en casos y circunstancias concretas (v. gr., arts. 1459.I.2º CC) nos da idea de que, salvo esos supuestos en los que además, cabe dispensa del *dominus*, el poder legítima en principio para autocontratar».

³⁰² Esta es la tesis de DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180-1, para quien «[s]i el representado nada ha especificado en contra, puede deducirse que le es indiferente quién sea su contraparte, con tal de que sus intereses no se vean perjudicados; el hecho de nombrar gestor a una determinada persona no debe suponer, a menos que así se especifique, la exclusión del mismo como contraparte. Por consiguiente, si en el poder de representación está contenida naturalmente la autocontratación, habrá que entender que la actuación del gestor que utiliza el poder en su beneficio, causando una lesión a los intereses del *dominus* no ha de ser considerada una actuación fuera de los límites del poder, sino una actuación abusiva». Con todo, un mismo supuesto admite la concurrencia de abuso y de extralimitación. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, «Comentario a la STS 15-3-1996», CCJC (1996) 905-6.

³⁰³ V. *supra*, prohibición de actuar en conflicto, núm. 88.

³⁰⁴ Al respecto, v. el art. 1275 CC, según el cual «[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno». En general, sobre la ilicitud de la causa, v. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 243-53. En particular, sobre la ineficacia por causa ilícita v. id., p. 250, dónde se señala que «a la clase de nulidad que provenga de la ilicitud de la causa u objeto del contrato... se establece el sistema de la nulidad llamada absoluta (no la anulabilidad)... Tal nulidad se produce "ipso iure", no requiere ser ejercitada por un perjudicado y no se establece plazo para pedir su declaración. Todo lo que viene a corroborar que esta acción no caduca a los cuatro años y que no es apta para su confirmación». Respecto de la distinción entre ineficacia por causa ilícita y por anulabilidad, v. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 249-250. Sobre la convalidación y la conversión de los contratos nulos v., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 589-92.

³⁰⁵ V. en este sentido la posición de VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662, según el cual la sanción «debe ser la nulidad del contrato así estipulado dada la presunción de fraude en que se inspira la norma y que no se establece otra sanción distinta o sustitutoria de la general que establece el art. 6-3 CC». Más recientemente, Id, *Introducción* (2010) señala que en principio, «la sanción al contrato celebrado en violación del art. 127.ter.3 LSA deberá ser la nulidad o anulabilidad del contrato celebrado (siendo la segunda la que se ha ido imponiendo en la jurisprudencia anglosajona; aunque también habría argumentos para defender la sanción de nulidad, en aplicación del art. 6.3. CC)». También defienden la nulidad del negocio por aplicación del art. 6.3 CC, HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1727; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 107-8 (por ser un acto contrario a las normas imperativas corresponde «la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado y, por tanto, la obligación de restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303 CC)»); id., p. 108 (la nulidad absoluta debe aplicarse también «cuando el procedimiento en cuestión se ha satisfecho irregularmente, v.gr., porque el administrador interesado no ha cumplido con la obligación de informar...»). Este también parece ser el régimen aplicable a la contratación de los administradores de sociedades anónimas en Portugal. V. art. 397.2 CCom. port. que establece que «serán nulos los

resulta de consideraciones de carácter finalista de la norma que prohíbe la autocontratación que remiten a la protección de los intereses privados del principal. Esta tutela no puede negar - como sucedería con la nulidad radical- que el interesado pueda autorizar o ratificar la conducta del gestor.³⁰⁶ Si la autocontratación está sujeta a una prohibición relativa que se enerva con la autorización o la eventual ratificación, la causa de invalidez reside en la falta de la licencia del principal y, por su propia naturaleza, la sanción no puede ser la nulidad radical.

68. Anulabilidad.- 1.- El rechazo de la nulidad absoluta no determina aún el tipo de sanción que corresponde a la autocontratación prohibida. Una aproximación distinta considera que la sanción adecuada a la conducta desleal se corresponde con la anulabilidad del negocio (art. 42.2 LCoop.).³⁰⁷

contratos celebrados entre la sociedad y sus administradores... si no hubieran sido previamente autorizados por acuerdo del Consejo de administración».

En el Derecho alemán, la disposición reguladora de la contratación interesada no indica la sanción derivada de su incumplimiento (art. 112 AktG). Al respecto se señala que los negocios llevados a término por los miembros del Consejo de dirección sin tener en cuenta el poder de representación que ostenta el órgano de vigilancia son nulos y no pueden ser ratificados con posterioridad. V. MERTENS, *Kölner Komm.* II.2 (1996) sub. 112, núm. 5; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 112, núm. 5.

³⁰⁶ V. *supra*, autorización de los conflictos, núm. 183 ss. Buena parte de la doctrina sigue este planteamiento. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 275; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código civil y Comp. forales* (1986) 230; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 178, 186; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 227; CAPILLA, «Autocontrato», EJB, I (1995) 672; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (2003) 41; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 295; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3º (1999) 307-8. Niega la posibilidad de ratificación, HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1723.

V. también la argumentación dada por DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 228, según el cual la nulidad absoluta no puede sanarse y determina una nulidad que puede ser reclamada por cualquier interesado. Sin embargo, en el caso de la autocontratación no autorizada «el autocontratante está vinculado por lo que ha realizado y... no puede desconocerlo pidiendo él la nulidad».

³⁰⁷ VICENT CHULIÁ, «Grupos de sociedades y conflictos de intereses» (2011) 38-43, al indicar que «multitud de argumentos aconsejan hoy una interpretación del art. 229.1 LSC favorable a la anulabilidad como solución más protectora de todos los intereses en presencia...» (id., p. 38). La anulabilidad del negocio es la solución que el ordenamiento ha previsto para la contratación del consejero con la sociedad cooperativa, al indicar el art. 42.2 LCoop. que los «actos, contratos y operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros». La interpretación de la prohibición de autocompra del mandatario (art. 1459.I.2º CC) ha evolucionado de las tesis que postularon la nulidad absoluta a aquellas que defienden la nulidad relativa o la impugnabilidad. V. en este sentido, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 165-6; ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 731. En relación a la comisión, v. URÍA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URÍA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2007) 168, quienes señalan que de «no existir ratificación, la operación realizada sin licencia no será válida y el comitente podrá repetir el premio, de haberlo pagado». Desde la perspectiva de la representación, ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 753, observa que la actuación interesada del representante constituye abuso del poder, cuyo negocio «es válido en principio», si bien da lugar a la «impugnabilidad del negocio, si perjudica al representado, y el tercero con el que aquel se celebró se halla consciente del abuso (no obró de buena fé)». La anulabilidad es la solución prevista en la propuesta de Anteproyecto de Obligaciones y contratos, en virtud de lo indicado por el art. 1291.I PAOyC (2009): «El representado puede anular el contrato concertado por el representante cuando haya un conflicto de intereses entre éste y aquél que el tercero conocía o no podía ignorar». La misma solución es la que orienta los Principios de Derecho Europeo de Contratos, en virtud de cuyo art. 3.205(1) «Si el contrato concluido por un representante implica a éste en un conflicto de intereses que el tercero conocía o no podía desconocer, el principal puede anular el contrato de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4.112 a 4.116»; v. DIEZ-PICAZO / ROCA TRIAS / MORALES, *Los principios de Derecho europeo de contratos* (2002) 37 y 207 (se aplican las reglas de la anulabilidad establecidas para los vicios de consentimiento; la subsanación del negocio afectado por el conflicto no se produce por la vía de la ratificación, sino por la de la confirmación).

2.- Este criterio viene reforzado por distintas ventajas propias de la configuración de esta sanción. Primero, favorece la seguridad del tráfico, en la medida que el negocio produce efectos *ab initio*, si bien tales efectos son claudicantes, al depender del efectivo ejercicio de la acción en caso de que se declare la nulidad del negocio y exige una actitud activa del principal para que el vicio despierte sus efectos. Segundo, la acción de anulación se concede exclusivamente a la sociedad por ser la titular del específico interés a proteger, de manera que al corresponder la legitimación a la sociedad la convierte en árbitro de la situación, pudiendo reclamar la invalidez del negocio según su valoración final.³⁰⁸ Tercero, se acomoda a los intereses protegidos al tolerar que sea la propia sociedad, a través de una declaración unilateral, expresa o tácita, encaminada a sanar el vicio, quien pueda confirmar el negocio defectuoso si le resulta de su conveniencia.³⁰⁹ Cuarto, la sentencia que declare la nulidad opera retroactivamente, como principio general, y con ella se pretende el restablecimiento de la situación anterior a su celebración a través del doble efecto general declarativo y restitutorio

El Derecho francés concede a los contratos celebrados sin la autorización del Consejo una validez claudicante, en la medida que el contrato queda sujeto al régimen de la anulabilidad, siempre que se acredite que causa un daño a la sociedad. Así lo indica el art. 225-42.I CdC fr., al señalar que sin perjuicio de la responsabilidad del interesado, «los contratos citados en el artículo L.225-38 y concluidos sin autorización previa del Consejo de Administración podrán ser anulados si hubiesen tenido consecuencias perjudiciales para la sociedad». Cuando el contrato no ha sido objeto de autorización, el tribunal no se preocupa de la eventual validez del contrato según las reglas generales, sino sólo de apreciar sus consecuencias lesivas. V. la jurisprudencia al respecto en SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 280, notas 121 y 122; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1648. La acción de nulidad prescribe a los tres años, contados a partir de la fecha del contrato, si bien el plazo empezará a contar desde el día en que se haya tenido conocimiento del contrato, si éste hubiera sido ocultado (art. 225-42.II CdC fr.). Según HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1031, la corta duración del plazo de prescripción responde a la protección del interés de los terceros. V. la jurisprudencia reciente en COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des sociétés* (2011) § 624.

El Derecho belga también se pronuncia por la anulabilidad del negocio, estableciendo como requisito la violación del procedimiento legalmente previsto (art. 523.2 CdS bel., para la sociedad anónima y art. 259.2 CdS bel., para la sociedad de responsabilidad limitada). La disposición no aclara si la “violación de las reglas previstas” se refieren al deber de información del administrador o si también incluyen la aprobación del consejo y los informes de consejo y el eventual informe del auditor. La norma tampoco precisa si el negocio puede ser confirmado por acuerdo de la junta general que extinga la acción de nulidad. V. SIMONT, “Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 384 (se trata de una nulidad “automática”); DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 309, afirma que la nulidad puede ser confirmada.

En el Derecho inglés, v. arts. 195(2) y 213(2) *Companies Act* (2006), al referirse a la acción de nulidad de las operaciones sobre bienes sociales y de préstamos y otras operaciones financieras, siempre que la acción de restitución no fuera posible o la sociedad hubiera sido indemnizada. V. BOYLE & BIRDS, *Company Law* (2007) 6657-8; FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 519-20.

³⁰⁸ Tal como indica DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199, la defensa de la anulabilidad encuentra «su fundamento más profundo en consideraciones de jurisprudencia de intereses, en virtud de las cuales se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de manera tal que se le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto». Entre la doctrina que postula esta sanción v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 190 (en la anulabilidad el negocio vale «a menos que el principal asuma la iniciativa de la impugnación» lo cual es lo más adecuado «si se tiene en cuenta que la legitimación del representante ha sido creada por obra del mismo principal, y es razonable que, por ello, le incumba la carga, si así conviene a su interés, de poner en marcha los efectos de aquélla»); RODRIGUEZ PINTO, *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español* (2005) 368-9.

³⁰⁹ V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 474. Sobre la sanación del negocio anulable, y en particular sobre la confirmación, v. DELGADO ECHEVERRIA, “La anulabilidad”, ADC (1976) 1039-42. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 600-5. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 602-12.

(art. 1303 CC).³¹⁰ Quinto, el ejercicio de la acción no precisa de la concurrencia de daño en el principal.³¹¹ Por el contrario, esta sanción impone al principal la carga de desvirtuar los efectos del negocio concluido por el gestor.³¹²

3.- Además de las razones mencionadas, la aplicación de la anulabilidad se ha defendido sobre la base de una interpretación no literal de la norma contenida en el artículo 6.3 CC y de su carácter finalista.³¹³ En esta dirección, se postula que el autocontrato no permitido es anulable por contravención a una norma jurídica que provoca el vicio de la declaración del representante.³¹⁴

4.- Sin embargo, teniendo en cuenta las causas de anulación de los contratos previstas en nuestro Derecho positivo, se observa que ninguna de ellas se ajusta ni permite fundamentar la sanción de anulabilidad por abuso de poder de representación.³¹⁵ En efecto, la situación de conflicto de intereses en la que se encuentra el administrador no encuentra relación entre los

³¹⁰ V. en general, DELGADO ECHEVERRÍA, "La anulabilidad", ADC (1976) 1032-3; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 600-2; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 575-6.

³¹¹ En efecto, para la acción de anulabilidad el art. 1300 CC establece que los contratos pueden ser anulados cuando concurren los requisitos legales, «aunque no haya lesión para los contratantes». V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 595. Cfr. con ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471, 473-4, quien considera que queda sujeto al régimen de la anulabilidad el supuesto de abuso de poder de representación del administrador «con daño al representado».

³¹² V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276, al señalar que «tampoco parece ser esta la forma mejor de proteger los intereses en juego, porque el negocio anulable nace eficaz, aunque con una eficacia claudicante, y sólo deviene ineficaz cuando se ejercita la acción de impugnación dentro del plazo establecido. Lo cual supone imponer al comitente la carga de ejercitar una acción para atacar algo que por principio no debe afectarle».

³¹³ Señala DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 188-9, que «el sistema de *numerus clausus* en la materia se encuentra hoy claramente cuestionado, como es lógico a la vista de lo preceptuado en el art. 6.3 y en la interpretación finalista que del mismo se predica a la hora de determinar el "efecto distinto (de la nulidad radical) para el caso de contravención"». V. el desarrollo de esta idea en DELGADO ECHEVERRÍA, "La anulabilidad", ADC (1976) 1021-45, especialmente p. 1024 dónde se señala que «[n]o debe excluirse... que determinados supuestos estén sujetos a un régimen atípico de ineficacia que recoja únicamente algunos rasgos de la anulabilidad». V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 565, 574. LECIÑENA MENDIZABAL, *Conflicto de intereses y comisión mercantil* (2009) 244-5, señala que «la interpretación finalista del art. 6.3 CC permite la validez del negocio favorable al mandante, a menos que el principal asuma la iniciativa de la impugnación... No obstante nuestra preferencia por la solución del 1.300 CC entendemos que en determinadas circunstancias la solución del 6.3 puede entrar en juego. Piénsese en el supuesto en que el representante utiliza abusivamente el poder otorgado para autocontratar».

³¹⁴ V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 189-90, para quien la «anulabilidad no se funda en una subsunción del supuesto en alguno de los casos contemplados en el art. 1301 CC, sino que deriva de la desestimación de la sanción primariamente aplicable a tenor de la regla general del art. 6.3 en atención a que se trata de la atención del interés puramente personal del *dominus*, quien por ello debe ser el árbitro de la situación y decidir sobre la validez o su [in]validez del acto realizado... Por tanto, la anulabilidad no resulta, aquí, de un vicio en ningún elemento estructural del negocio, sino de un anómalo o irregular ejercicio del poder de representación, que no hace decaer la legitimación del representante, sino que simplemente la vicia». V. también, LOPEZ Y LOPEZ, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1459, sub. IV, quien sin hacer referencia a su fundamento, también aboga por la anulabilidad, al indicar que «al tratarse de intereses puramente privados la sanción más adecuada sería la anulabilidad». Cfr. con DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198, al señalar que tales «consideraciones admisibles desde el punto de vista de política legislativa, tropiezan, sin embargo, con la *lex data*».

³¹⁵ Defienden la anulabilidad del negocio en supuestos de abuso de poder DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) *passim*; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 295; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471-4. Cfr. con DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198, para quien «en nuestro Derecho positivo la anulabilidad carece de base legislativa en que apoyarse». En general sobre las causas de la anulación de los contratos, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 595. V. arts. 1262 a 1260 CC.

denominados vicios del consentimiento, tales como el error, la violencia o la intimidación, ni tampoco se observa coincidencia en la existencia de dolo. Con todo, se observa mayor proximidad del dolo negativo con la parte subjetiva de la conducta deslealtad.³¹⁶

69. Ineficacia relativa.- 1.- La tercera solución al problema relativo a la sanción del negocio celebrado en conflicto de intereses, parte del entendimiento de que la autocontratación no autorizada se ubica entre los supuestos de extralimitación de facultades.³¹⁷ El encaje de la autocontratación no autorizada en la extralimitación del poder está en consonancia con la tesis mantenida según la cual el poder de representación del administrador excluye la actuación en conflicto de intereses. En otros términos, la relación de gestión presenta un contenido obligatorio negativo que prohíbe al gestor actuar en conflicto. Consiguientemente, el administrador encuentra limitados sus poderes para llevar a término actos y negocios interesados frente a la sociedad.³¹⁸ En este sentido, la autocontratación no autorizada

³¹⁶ Por un lado, la existencia de dolo no precisa una intención concreta de perjudicar a otro. Por otro, la reticencia del dolo negativo se produce cuando el administrador, estando obligado a comunicar la existencia del interés, incumpliendo el deber de *disclosure*, silencia tales hechos cuyo conocimiento por el principal hubiera podido hacerle desistir de la celebración del Autocontrato. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 198-9, 202-3. Sin embargo, ambas figuras se distancian por los requisitos subjetivos de la configuración del dolo. Particularmente, en el dolo negativo se produce un engaño, aunque éste sea por omisión, siendo que la intención o el propósito de engañar al principal no es un requisito necesario para producirse el ilícito desleal. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (2007) 199. Con todo, v. MAZEAUD, H. y L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1 (1991) 138, al indicar que los tribunales civiles franceses han estimado que el mandatario que autocontrata con el mandante comete dolo (Sentencia de 10-12-1914). V. Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 280, al referirse a que la sentencia de 27/2/1996 parece establecer un deber de informar al socio con el que se contrata, pues en la misma, el directivo es condenado «sobre el fundamento del dolo, o de la reticencia dolosa, por no haber dado conocimiento al socio y cocontratante cierta información, que de haberla conocido le habría llevado a no contratar o a hacerlo en condiciones distintas». V. también la tendencia jurisprudencial italiana que afirma la aplicación de los vicios de voluntad (error y dolo) en caso de conflicto de de intereses. Doctrina que VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. 1394, p. 277, considera injustificada.

³¹⁷ La admisión dogmática de la autocontratación no permitida ya sea como ya sea como falta de poder o extralimitación de poder no ha planteado resistencia entre la doctrina, que ha acogido esta fórmula mayoritariamente. V. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 157 («más que extralimitación, hay ausencia de poder»); ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 802 (negocio sin poder); GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 99 (inexistencia de poder); DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213-4 (falso procurador o procurador que se excede de los límites de su poder); GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 413 (defecto de poder); LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código civil y Comp. forales* (1986) 230 (hipótesis de falta de poder); CAPILLA, «Autocontrato», EJB, I (1995) 671-2 (la mayoría de casos podría resolverse a través de la extralimitación de facultades); DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (2003) 41 (ausencia de poder); GORDILLO, «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837 (ausencia de poder); DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 308 (representante sin autorización); DIEZ-PICAZO / ROCA TRIAS / MORALES, *Los principios de Derecho europeo de contratos* (2002) (en nuestro ordenamiento el problema de la autocontratación es tratado como un problema de falta de poder, que determina la nulidad del acto realizado por el representante, o mejor, la inexistencia). V. también, arts. 1714, 1727.II CC. Cfr. con DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 182, para quien «no resulta admisible» la identificación entre falta o exceso de poder (que es el supuesto del art. 1259) y abuso de representación; de su parte, LECIÑENA MENDIZABAL, *Conflicto de intereses y comisión mercantil* (2009) 232, considera que «la autocontratación en conflicto en unos casos deberá calificarse como extralimitación y en otros como abuso de poder».

V. en la doctrina francesa, PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núms. 207, 212, 218, la tesis de la extralimitación del poder y la sanción de la ineficacia relativa.

³¹⁸ La RDGRN 17-11-2000, FD 3º, indica que «es doctrina firme que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene el doble cometido de vender y comprar debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del

constituye un supuesto especial de injerencia ilegítima en la esfera jurídica ajena.³¹⁹ Este planteamiento encuentra su fundamento y sentido en el postulado de la exclusión de la autocontratación del contenido natural del poder de representación.³²⁰ El argumento se completa con la afirmación de que el apoderado no está facultado a celebrar actos de autocontratación sin la existencia de una autorización especial que amplíe el poder concedido por parte del poderdante.³²¹

2. Siguiendo la teoría del negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación, al supuesto de la extralimitación de poder le corresponde la sanción de la ineficacia relativa (arts. 1259.II y 1727.II CC; art. 1288.II PAOyC).³²² Una diversidad de motivos apoyan este enfoque. Primero,

Código de Comercio) que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial».

³¹⁹ Es más, en relación al ámbito de facultades representativas conferidas al apoderado se sigue un «criterio de interpretación estricta, de manera que no puede en principio extenderse el mandato a casos distintos de los comprendidos en su texto», tal como se indica en la RDGRN 1-6-1999, en un supuesto de autorización para autocontratar, facultándose para constituir hipoteca en garantía de deuda ajena en favor del apoderado, lo que claramente excluye la garantía de obligaciones propias de la sociedad administrada por aquel.

³²⁰ V. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 218, quien señala que si el mandante no autoriza al mandatario para autocontratar resulta evidente que el primero no contempla tal eventualidad, en la medida que el conflicto de intereses que nacería de tal operación crea un peligro inaceptable para él. El autor llega a la siguiente conclusión: «el mandatario que autocontrata incumple las instrucciones del mandante que ha excluido implícitamente esta posibilidad» y con mayor precisión el mandatario se extralimita en sus poderes. V. la RDGRN 2-12-1998, FD 5º, al señalar que la atribución genérica del poder de representación «no comprende el caso en que en el negocio representativo hay autocontratación; la oposición de los intereses de una y otra parte impiden al autocontratante defender a la vez unos y otros». Ello resulta coherente con «que el propio Código civil, aunque no prohíbe expresamente el autocontrato, está presuponiendo que el negocio representativo es concluido por el mandatario con terceras personas». Este criterio se sigue también en la RDGRN 17-11-2000, FD 3º, al indicar que es doctrina firme que «en la atribución genérica de facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte».

³²¹ Tal y como indica ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 730, un modo de observar los autocontratos no permitidos consiste en que «el autocontrato no permitido no cae dentro de las facultades del representante, es decir, éste no puede autocontratar porque, según el criterio de la ley, el poder de representación, salvo que conceda en especial la facultad de autocontratar, no otorga ésta para los casos en que pueda haber perjuicio para el interesado». V. las RDGRN 17-11-2000, FD 3º; RDGRN 1-6-1999, FD 3º; RDGRN 11-5-1998, FD 2º y 3º; RDGRN 3-6-1998, FD 1º; RDGRN 2-12-1998, FD 2º, 4º y 5º. Sobre la idea de que la autorización del negocio consigo mismo constituye una ampliación del poder, v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773-774. Sobre la relación entre el poder y la autorización, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 211; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 98; id., «Comentario a la STS 15-3-1996», CCJC (1996) 906.

También resulta de interés, la Propuesta de Anteproyecto de Obligaciones y Contratos al indicar en su artículo 1291.III que «el representado no podrá anular el contrato si hubiera consentido o no hubiera podido ignorar el modo de actuar del representante, o si éste le hubiera informado previamente y aquél no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable».

³²² Esta es la solución preferida por la doctrina en el ámbito más general de la representación. V. RIVERO HERNANDEZ, «Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»», ADC (1976) 1051-2, 1123-4, 1134; DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 302; ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y parte general* (2009) 753. En el ámbito más preciso de la autocontratación, se postula la misma solución. V. DE CASTRO, «El autocontrato en el Derecho privado español», RGL (1927) 396; ALBALADEJO, «La representación», ACD (1958) 802; GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 99; id., GORDILLO, «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837; CAPILLA, «Autocontrato», EJB, I (1995) 672; MIQUEL GONZALEZ, «Anulabilidad», EJB I (1995) 479. También en el marco de la autoentrada y aplicación del comisionista se defiende la ineficacia relativa para los casos de ausencia de licencia del comitente. V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 305. En esta misma dirección se muestra VERDERA SERVER, «La autocontratación en las fundaciones», RJN (1996) 139, en los casos de autocontratación sin autorización por parte del protectorado de la fundación. Esta es la misma solución adoptada en Alemania, donde el art. 181 BGB no ofrece una sanción expresa para la autocontratación.

esta solución armoniza con razones de orden práctico dirigidas a reforzar la posición jurídica del principal en relación al comportamiento interesado del gestor.³²³ Segundo, el principal no queda afectado por el comportamiento interesado del gestor pudiendo desconocer el negocio ejecutado. De esta forma no es necesario que el principal tome iniciativas para destruir la eficacia del negocio y, consiguientemente, no tiene la carga de la impugnación del negocio.³²⁴ En tercer lugar, el juicio de oportunidad, conveniencia o interés sobre el negocio recae sobre el principal, en la medida que es susceptible de su posterior ratificación, adquiriendo, en tal caso, plena validez y eficacia.³²⁵ Finalmente, la ineficacia del negocio se desprende sin necesidad de que sea preciso acreditar daño alguno al principal.³²⁶

También es la solución ofrecida por la doctrina francesa. V. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 218, al indicar que la extralimitación de poder derivada del autocontrato no autorizado consiste en la ausencia de efectos; v. id., núms. 67 y 88 y ss. y también el art. 1998 CC fr. Para el Derecho belga, v. ROMAIN, J.F., «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d'intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d'intérêts* (1997) núm. 19.2; SIMONART, «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts* (1997) 315.

V. también la RDGRN 20-11-1989, FD 3º, en un supuesto relativo a una hipoteca constituida en garantía de deuda ajena constituida a partir de un poder general, dónde la Dirección General entiende que en tales casos se impone «la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1727 CC y 247 y 253 CdC) sin perjuicio de la posible sanción posterior si mediase la ratificación». En otro supuesto de garantía de deuda ajena, la RDGRN 1-6-1999, indica que «debe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado, el cual conforme al artículo 1259 del CC, será nulo a no ser que lo ratifique la parte a cuyo nombre se ha otorgado». V. también la RDGRN 17-11-2000, en un caso de doble representación en el que el representante es el administrador único de la sociedad vendedora y compradora, dónde se indica que «el acto realizado sería considerado nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del CC)». V. RDGRN 2-12-1998, FD 5º («actuación nula por insuficiencia de poder»).

La sanción que determina la ineficacia del contrato ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Supremo. V. las STS [1ª] 4-3-2009 (Caso INDULLEIDA); STS [1ª] 9-6-1997 (Caso Sestrica) y STS [1ª] 31-1-1991 (Caso E., SA).

También es la solución elegida por la Propuesta de Anteproyecto de Obligaciones y contratos. Según el art. 1288.II «Los actos de quien actúa en nombre de otro careciendo de poderes de representación o traspasando sus límites no vinculan al así representado y al tercero a menos que los ratifique aquél en cuyo nombre se hubiera actuado».

³²³ También concuerda con la interpretación que la doctrina realiza sobre las disposiciones contempladas en la ley de sociedades de responsabilidad limitada relativas a la contratación de servicios y de obra (art. 67 LSRL) según la cual en caso de ausencia de acuerdo autorizante de la Junta general corresponde la sanción de la ineficacia del negocio, que, a su vez, puede ser enervada a través de la ratificación. V. en esta dirección, ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1356, 1363; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 753; URÍA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 1248. Sin embargo, la doctrina se pronuncia a favor de la nulidad absoluta ante la falta del acuerdo autorizante de la Junta general de los contratos de concesión de créditos, garantías y asistencia financiera (art. 10 LSRL).

V. también la RDGRN 17-11-2000, dónde se indica que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación a través de la sanción de la ineficacia relativa «no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos)».

³²⁴ Tal como indica la RDGRN 2-12-1998, FD 6º, «lo actuado por el representante con poder insuficiente no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad» del acto.

³²⁵ V. sobre ello, DE CASTRO, «El autocontrato en el Derecho privado español», RGL (1927) 396; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 157-8; ALBALADEJO, «La representación», ACD (1958) 802; RIVERO HERNANDEZ, «Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»», ADC (1976) 1123-4; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 214 (se admite la posterior ratificación del negocio «cuando el dominus a posteriori lo conoce, lo acepta y asume»); OTERO LASTRES, «La

3.- Lo dicho hasta ahora es preciso confrontarlo con la regla de la gestión más ventajosa, según la cual el cumplimiento del mandato de «manera más ventajosa para el mandante a la señalada por éste» no se considerará una extralimitación del mandato (art. 1715 CC).³²⁷ La admisión de la gestión más ventajosa viene a establecer una norma especial que actúa como excepción a la regla general que prevé que el representando no queda obligado por los actos de extralimitación del representante (art. 1727.II y 1259.II CC). En el supuesto ahora señalado, la eficacia del negocio se hace depender del cumplimiento de la condición prevista en la norma. A saber, que la gestión interesada aporte mayores ventajas de las esperadas por el mandante. La regla de la gestión ventajosa plantea la cuestión de su eventual aplicación al Derecho de sociedades en los supuestos de contratación no autorizada. A falta de una norma que extienda sus efectos al ámbito de la persona jurídica, deberá entenderse que sus efectos quedan reducidos en el ámbito del mandato. Consiguientemente, la regla no resulta de aplicación a la gestión orgánica y en particular a la administración de sociedades. Este planteamiento concuerda con que en el ámbito societario, la decisión correspondiente a la valoración de las ventajas del acto desleal, se realizan en el marco de los órganos sociales a través del expediente de la ratificación del negocio, previo cumplimiento de los requisitos que la condicionan.

autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276; GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 413; CAPILLA, «Autocontrato», EJB, I (1995) 672; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (2003) 41; GORDILLO, «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 308. V. también, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 151. V. las RDGRN de 20-11-1989 y de 17-11-2000, antes citadas.

Cuando el principal es una persona jurídica se ha planteado si los socios están legitimados para solicitar judicialmente la declaración de nulidad de un contrato estipulado por el representante de la sociedad. V. las sentencias STS [1ª] 5-11-1997 y STS [1ª] 21-11-1997 (Caso FAUSTINO O., SA), relativas a un mismo supuesto (transmisión de inmueble con negocio de fabricación de embutidos en favor de la sociedad Hijos de Faustino O., SA, cuyo administrador único de la sociedad transmitente es Faustino O.) que niegan legitimación a los socios minoritarios (titulares del 7% del capital) para ejercer la acción de nulidad como terceros perjudicados.

³²⁶ El ordenamiento, con carácter general, no exige acreditar la lesión de intereses para desencadenar la sanción de ineficacia en ninguno de los supuestos que pudieran encontrar acomodo en la autocontratación prohibida en ninguna de las posibles sanciones: ya sea como contravención a una norma jurídica (art. 6.3 CC), ya sea como vicio de la voluntad o vicio causal (art. 1300 CC, en relación al art. 1261 CC; en particular, en relación al dolo grave, art. 1270 CC y la causa ilícita, art. 1275 CC), ya como extralimitación de facultades (art. 1259.II CC).

Cfr. con la doctrina que sostiene la anulabilidad sobre la base del abuso de poder y que exige el daño al representado. En esta dirección, v. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471, 473-4.

³²⁷ La doctrina y la jurisprudencia no han acotado de forma precisa el ámbito de aplicación de la norma inserta en el art. 1715 CC. V. LEON ALONSO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1715. sub I; id, *Comentarios al Código civil y Comp. Forales*, t. XXI.2º (1986) arts. 1714 y 1715, sub II, p. 151; ALBALADEJO, *Derecho civil, II. Derecho de obligaciones* (2011) 789. V. también la opinión de DE CASTRO, «El autocontrato en el Derecho privado español», RGL (1927) 396-7, para quien aunque la interpretación de que la autoentrada más beneficiosa para el comitente no se considere extralimitación y se entienda válida, aunque resulta «sin duda justa, pues no lesiona ningún interés y conveniente, no parece [que] prosperaría ante los Tribunales de justicia dados los términos imperativos del art. 267 del Código de Comercio». Una opinión más matizada se desprende del argumento que entiende que el negocio sólo sería ineficaz en los casos en que el comitente ha manifestado categóricamente su voluntad al comisionista para que no haga de contraparte. V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276-7, quien entiende que en «los demás casos, creemos que debería considerarse válida la autoentrada del comisionista aún apartándose de las instrucciones del comitente, cuando ésta redunde en beneficio del comitente».

En favor de la convalidación del negocio, ex art. 1715 CC, v. ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2009) 278.

4.- Finalmente, cabría plantear si resulta de aplicación a los administradores la regla prevista para la gestión de negocios sin mandato respecto de aquellos negocios no ratificados, pero que el principal ha aprovechado las ventajas derivadas del mismo (art. 1893.I CC).³²⁸ En estos supuestos la norma hace responsable al principal de las obligaciones contraídas por el gestor frente a terceros y otorga al gestor una *actio contraria* que le permite reclamar una indemnización por los gastos necesarios y útiles y por los perjuicios sufridos en el desempeño del cargo. La aplicación de esta regla a los supuestos estudiados significaría que el gestor, aún a pesar de haberse extralimitado y encontrarse en una situación de conflicto de intereses, estaría legitimado a exigir al principal, como si fuera un tercero, las consecuencias de un negocio válido y eficaz. Es decir, sería acreedor de unos derechos a través de la gestión oficiosa (ex art. 1893 CC), que no podría obtener mediante la aplicación de las reglas derivadas de la representación (ex art. 1259.II CC). Al examinar su eventual extensión al Derecho de sociedades, se observa que en la administración de sociedades no se cumplen los requisitos para su aplicación. Primero, porque la norma deriva de la espontaneidad en la actuación del gestor (gestión sin mandato), lo que no se produce ante un administrador que actúa sobre la base de una relación de gestión subyacente.³²⁹ Con ello se conviene que la norma que reside en el artículo 1893.I CC no es de aplicación directa por responder a un supuesto distinto del de la extralimitación del representante en conflicto de intereses. Y segundo, porque cabría postular la aplicación analógica de la mencionada norma, si no fuera por el carácter prohibitivo de la regla que establece la interdicción de la autocontratación en los supuestos de actuación interesada y no ratificada por el principal.

70. Posición del tercero.- 1.- La cuestión objeto de análisis consiste en saber qué protección dispone el tercero que contrata con la sociedad en una situación de conflicto entre la sociedad y el administrador interesado. Como conflicto de intereses indirecto, la situación se descompone en dos tipos de casos. Por un lado, pueden agruparse los supuestos en que el administrador actúa por cuenta del tercero contratante y de la sociedad, en un acto de autocontrato en su modalidad de aplicación o doble representación. De otro, se pueden analizar aquellos casos de simple contratación en los cuales el administrador interesado no representa a la sociedad, pero el tercero contratante es parte vinculada. Mientras que el primer supuesto se plantea como un acto directamente relacionado con el régimen de la representación, el segundo, que abarca desde la persona interpuesta a las relaciones familiares o societarias, tiene que ser analizado a partir del punto de vista del representante de la sociedad (personas vinculada) o del tercero que actúa frente a la sociedad como persona interpuesta (también, persona vinculada).

2.- Al examinar el alcance y extensión de la sanción por **autocontratación por autoentrada** no autorizada y la eventual ineficacia del negocio frente al tercero, es preciso considerar que, como regla general, el tercero resulta inmune a la sanción por la conducta interesada derivada del comportamiento del administrador; se trata de un supuesto de irrelevancia externa de los vicios de los actos internos.³³⁰ La ineficacia relativa del negocio se plantea como una sanción

³²⁸ V. LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245-270; SANTOS BRIZ, «Arts. 1892-1893», *Comentarios al Código civil y Comp. forales* (1984) 62-8; DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888-1891 CC», *Comentario del CC* (1993) 1943-9; LASARTE, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1893 CC, sub. II; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (2009) 404; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 212-399.

³²⁹ Sobre la espontaneidad, inexistencia de encargo u obligación de gestionar como presupuesto de la aplicación de la disposición, v. LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 248, 251-2; DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC* (1993) art. 1888, sub. II.4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 421; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 86-108, esp. Pp. 92-3 y 107-8.

³³⁰ En el Derecho belga, la sanción de nulidad no alcanza a los a los terceros de buena fe (art. 523.2 CdS bel.). El Derecho italiano plantea el caso en la impugnación del acuerdo del Consejo, señalando que en todo caso «quedaran a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe en

que mantiene sus efectos en la relación interna entre la sociedad y el administrador. En este sentido, la sanción por contratación ilícita basada en la ausencia de poder de representación del administrador desleal se circunscribe a las partes de la relación de gestión. Con esta idea se da debida protección al tercero de buena fe que queda excluido de los efectos propios de una relación que en principio le resulta ajena (art. 1257 CC; art. 42.2 LCoop.).³³¹ El tercero merece la protección que le otorga la buena fe ante la ignorancia del vicio, es decir, cuando desconoce la situación de conflicto que origina la extralimitación del poder y no se encuentra en una posición cuyo conocimiento le sea inexcusable.³³²

2.- En este sentido, la regla general de la irrelevancia externa o de la inoponibilidad de los actos que resulten de la ejecución de acuerdos viciados encuentra una excepción en los supuestos en que los terceros adquirieron sus derechos de mala fe (art. 489 LSC).³³³ De ahí que los efectos del ilícito desleal alcanzan al tercero y la sociedad puede invocar la ineficacia del acto cuando el tercero conocía la situación de conflicto en la que se encontraba el administrador.³³⁴ Desde esta perspectiva, el problema práctico se circunscribe en acreditar la

base a los actos realizados en ejecución del acuerdo» (art. 2391.III CC it.). En el Derecho inglés, v. el arts. 195(2)(c) y 213(2)(c) *Companies Act* (2006), al indicar que el contrato no resulta anulable frente a los derechos adquiridos de buena fe; FRENCH / MAYSON / RYAN, *Company law* (2011) 519-20. Aquí se sigue la regla general, según la cual los contratos que incumplan el contenido de los deberes fiduciarios son anulables, si bien sus efectos no se extienden a los terceros de buena fe. V. el art. 10.4 de la *Propuesta de Quinta Directiva* (1972), en virtud del cual la «ausencia de autorización del órgano de vigilancia o de la irregularidad de la decisión acordando la autorización no es oponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que estos conocían la ausencia de autorización o la irregularidad de la decisión o no podían ignorarlos teniendo en cuenta las circunstancias».

³³¹ Tal como indica el art. 42.2 LCoop., los «actos, contratos y operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros».

³³² V. DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1259 CC, sub. II. V. también, GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 100; FERNANDEZ DEL POZO, «La sociedad de capital de base personalista», RGD (1994) 5462. En caso de buena fe del tercero, la protección de la sociedad se basa en la acción de responsabilidad contra el administrador desleal. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198-9; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 184; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 474.

En el Derecho belga, el contenido de lo que se entiende por buena fe del tercero ha sido aclarado por la Ley de 1995, en el sentido anunciado por la doctrina, estableciendo el art. art. 523.2 CdS bel. que la sociedad «puede ejercitar la acción de nulidad de las decisiones tomadas o de las operaciones ejecutadas en violación de las regla previstas en el presente artículo, si la otra parte de la decisión u operación tenía o debía tener conocimiento de esta violación». V. TILQUIN, T., «La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne» RDCBel (1993) 719; KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 265. Para poder oponerle la nulidad de la operación, la sociedad deberá probar la mala fe del tercero; v. HAEGEN / GOLLIER, «Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991», JT (1992) 210.

³³³ Esta es también la solución prevista para la sociedad anónima europea, al establecer el art. 489 LSC, que el «Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa. La falta de autorización previa será inoponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad».

³³⁴ Como señala DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II, cuando el representante sin poder y el tercero que contrata con él «son conscientes de la falta de poder de representación y es voluntad de ambos que los efectos del contrato se produzcan para el representado... el contrato puede considerarse como un negocio jurídico incompleto, con una eficacia simplemente provisional, estando la eficacia definitiva plena pendiente del advenimiento de la *conditio iuris*, que es la ratificación, que queda, explícita o explícitamente, contemplada, como condición por los dos autores del negocio». Sobre la responsabilidad del representante para con el tercero en caso de extralimitación del poder, v. art. 1725 CC. V. DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II; id., *Fundamentos*, I (1993) 435; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 303.

La mayor parte de la doctrina que analiza la situación a través de la perspectiva del abuso del poder, llega a una misma solución según la cual los actos y negocios en conflicto son oponibles a terceros

prueba de la mala fe del tercero por parte de la sociedad demandante.³³⁵ En este sentido, al determinar la ausencia de buena fe del tercero es preciso considerar que el tercero que es conecedor de la posición de administrador en la sociedad contratante no puede alegar desconocimiento de su posición de conflicto.³³⁶ Esta circunstancia es suficiente para acreditar su mala fe, sin necesidad de tener que probar que conoce que el conflicto no interpuesta ha sido autorizado y por lo tanto que el administrador que le representa actúa con extralimitación de facultades.³³⁷ Con todo, al tercero no se le exige la comprobación o investigación de la existencia y modo en que se ha producido el acuerdo.

de mala fe, en cuyo caso el acto deviene ineficaz, puesto que tal posición no merece protección jurídica. V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 146 (más de existencia de mala fe se trata de falta de buena fe); MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 260; LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 777-778; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 426 (la sociedad ha de probar la mala fe del tercero); FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 919-20; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 473.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III.2 (1994) 242, señala que la sociedad debe probar la mala fe del tercero contratante, es decir, «el efectivo conocimiento (o la culpa grave que ha determinado la ignorancia)» de la omisión del acuerdo del consejo o de la existencia de un acuerdo inválido. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 40-1 y 115, se refiere a la falta de la buena fe del tercero en los casos en que conociera la invalidez del acuerdo del Consejo de administración. FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 558, defienden la oponibilidad al tercero siempre que el conflicto fuera conocido o conocible por el tercero, aplicando la previsión general establecida en el art. 1394 CC. V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 138-40. V. en el Derecho italiano la regla según la cual el «contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a demanda del representado, si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero» (art. 1394 CC it.).

³³⁵ V. el art. 10.4 de la *Propuesta de Quinta Directiva* (1972), cuando afirma que la falta de autorización o la autorización irregular es oponible al tercero siempre que «la sociedad pruebe que estos conocían la ausencia de autorización o la irregularidad de la decisión o no podían ignorarlos teniendo en cuenta las circunstancias».

³³⁶ La doctrina ha puesto de manifiesto distintas situaciones que reflejan la falta de buena fe del tercero. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199, al referirse a los casos en que el tercero hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, cuyo «caso más claro será aquel en que el tercero sea de alguna manera el beneficiario directo del acto abusivo o resulte cómplice de él». V. también, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 154 (el tercero conoce la existencia del conflicto o la situación objetiva era tal que el tercero usando la diligencia media, tuviera la obligación de conocerlo); MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 260 (el conflicto de intereses debe ser conocido por el tercero o reconocible, susceptible de ser conocido); DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 184 (el tercero conociera o hubiera debido conocer el carácter abusivo de la actuación del representante); GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 373, 426 (la mala fe del tercero es el conocimiento o la ignorancia temeraria de la interna situación de abuso de poder); VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, pp. 276-7 (no es necesario una verdadera y propia participación del tercero, pues basta que el conflicto de intereses fuera suficientemente manifiesto que pudiera ser reconocido con un mínimo de atención); SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 495, 498-9 (el tercero conoce o debe conocer el abuso; p.e., el caso de colusión); FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 919, 953 (el tercero conoce el abuso o es evidente para él; la evidencia se produce cuando una persona razonable lo hubiera reconocido); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 473 (distingue los supuestos de convenio entre el tercero y el representante y los casos de conocimiento o deber de conocimiento del tercero); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (2005) 280 (connivencia del tercero y perjuicio para el representado).

³³⁷ Con todo, el problema encontraría mejor solución si se establece una presunción según la cual determinados grados de vinculación determinan la existencia de un conflicto de intereses cuya acreditación trae consigo la ineficacia del negocio. En este sentido, la expresa indicación de quienes se consideran personas vinculadas prevista en el art. 231 LSC no resuelve la cuestión de forma concluyente, precisamente por no aclarar la sanción y los efectos sobre terceros.

3.- El segundo grupo de casos en los que se plantea la comunicación de los efectos de la contratación ilícita al tercero, se refiere a los supuestos de **simple contratación** en los que, en el negocio de contratación, la sociedad está representada por una persona distinta al administrador interesado. El supuesto se descompone en dos tipos de casos. De un lado, aquellos en los cuales la sociedad contrata directamente con el administrador, actuando éste en su propio nombre. De otro, aquellos supuestos en los cuales el administrador contrata con la sociedad mediante persona interpuesta. El problema con el que nos enfrentamos en este punto reside en que si la autorización del conflicto no se ha producido, la sanción por deslealtad no puede residir en la ineficacia del negocio por extralimitación de sus facultades, puesto que tales efectos son consecuencia de una actuación representativa que no está presente en el supuesto referido.³³⁸ A falta de una norma expresa que fije la sanción por contratación desleal, los efectos de la actuación del administrador interesado, ya sea por contratación directa frente a la sociedad, ya sea por actuación indirecta a través de partes vinculadas y personas interpuestas, deben buscarse en el comportamiento tanto del representante de la sociedad como del tercero. De ahí que a los efectos de cuestionar la eficacia del contrato, el punto de interés se centra en que exista una parte vinculada con el administrador interesado.

4.- Siguiendo esta premisa, es preciso aplicar la sanción de ineficacia en ambos supuestos. Primero, aplicando al **representante de la sociedad**, sea administrador o apoderado, el régimen de eficacia relativa propio de los negocios desleales. En efecto, en estos casos el conflicto deberá evaluarse como un conflicto indirecto a través de la valoración de la conducta de la persona que represente a la sociedad actuando en su nombre e interés, frente al administrador no representante o frente al tercero que mantiene un vínculo con el interesado. En esta situación procede aplicar la sanción de ineficacia relativa al negocio por extralimitación, siempre que se den los presupuestos para su aplicación. A saber, que el representante de la sociedad conociera o debiera conocer la situación de conflicto y no obtuviera la autorización del negocio por parte de la sociedad (aplicación de la doctrina de la autocontratación). Segundo, aplicando al **administrador o tercero persona vinculada** el expediente de la contratación del tercero de mala fe (art. 234 LSC). En tales casos, el administrador interesado no puede alegar buena fe, puesto que el conocimiento de su posición de conflicto es inexcusable y su comportamiento desleal resulta de hechos objetivos como son la falta de comunicación del conflicto a la sociedad y la ausencia de autorización. Más compleja resulta la acreditación de la vinculación entre el contratante y el administrador interesado, que a falta de presunciones legales constituirá una dificultad para la sociedad actora, sobre todo cuando el interesado actúa mediante persona.

³³⁸ V. HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1722-3, que entiende que la «prohibición prevista en el art. 1459.2 CC afecta a todos los administradores de la sociedad, a pesar que únicamente pueden incurrir en autocontratación aquellos administradores que tengan poder para representar a la sociedad frente a terceros (ej. Consejeros delegados). La prohibición de aquella norma excede el supuesto de la autocontratación».

Bibliografía

ALBALADEJO, M., *Derecho civil, I. Introducción y parte general*. 18ª ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia por Silvia Díaz Alabart. Madrid: EDISOFER, 2009.

- *Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, 14ª ed., Madrid: EDISOFER, 2011.
- "La representación", ACD (1958) 767-803.

ALCALA DIAZ, M.A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1998.

- "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 89-141.
- «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 447-496.
- «Conflicto de intereses (SRL)», *Diccionario de derecho de sociedades* (2006) 353- 358.

ALCOVER GARAU, G., «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 518-521.

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas, 1991.

- *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*. Madrid: Civitas, 1995.
- «Integración contractual», EJB, III (1995) 3636-42.

ALONSO LEDESMA, C., "De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011)", *Diario La Ley*, núm. 7605, Sección Tribuna, 6 Abr. 2011, Año XXXII.

ALONSO UREBA, A. "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM 198 (1990) 639-727.

- «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 95-133.

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

ANGULO RODRIGUEZ, L., «El contrato de comisión»; «Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración», en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2009) 267-80; 281-98.

ARANGUREN URRIZA, F.J., «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 965-1396.

BADENAS CARPIO, J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid: Civitas, 1998.

BELTRAN SANCHEZ, E., «Factor», EJB, II (1995) 3043-3046.

BELTRAN SANCHEZ, E. / TIRADO MARTI, I., “La prohibición de autocontratación de los administradores concursales”, *ADCon.*, núm. 1 (2004) 87-126.

- «Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa», en ROJO / BELTRAN, *Comentario de la Ley concursal*, vol. 2 (2006) 2400-2413.

BIOT, R. / OLIVARES, M., *El País*, 10 de febrero de 2012,

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/10/valencia/1328911861_854258.html

BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 1985.

- *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 1992.

- «La responsabilità degli amministratori», en COLOMBO / PORTALE, (dir.), *Trattato delle società per azioni. 4: Amministratori. Direttore generale*. Turín: UTET (1991) 323-461.

BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la LSRL”, *RDM* (1995) 1007-1047.

BOTANA AGRA, M., “El contrato de agencia en el Derecho español”, *DN* (1993) 1-14.

BOYLE, A.J. / BIRDS, J. / CLARK, B. / MacNEIL, I. / McCORMACK, G. / TWIGG-FLESNER, Ch. / VILLIERS, Ch., *Boyle & Birds' Company Law*, 6ª ed. Bristol: Jordans, 2007.

CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*. Bolonia: Real Colegio de España, 1984.

- «Autocontrato», *EJB*, I (1995) 670-2.

CASTELLANO RAMÍREZ, M.J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley Transparencia (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *RdS* 23 (2004) 117-144.

CORTES DOMINGUEZ, L.J., *Funciones de la sociedad anónima: legislación y práctica española*. Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985.

- *Lecciones de contratos y mercados financieros*. Madrid: Civitas, 2004.

- «Notas sobre la reforma de la legislación mercantil», *Estudios Girón* (1991) 203-216.

COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COZIAN, M. / VIANDIER, A. / DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, París: LexisNexis, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1991.

- “El autocontrato en el Derecho privado español”, *RGL* (1927) 334-455.

DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

DE WOLF, P., «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale: réforme ou réaction?», en CARTUYVELS, B., (dir.), *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*. Bruxelles: Bruillant (1999) 290-320.

DELGADO ECHEVERRIA, J., “La anulabilidad”, *ADC*, núm. 29-4 (1976) 1021-1045.

DIAZ DE ENTRE-SOTOS, M., *El autocontrato*. Madrid: Tecnos, 1990.

DIAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002.

- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2006.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomos I (2007) y II (2008), 6ª ed.; y IV (2010), 1ª ed., Madrid: Civitas.

- *La representación en el Derecho privado*. Madrid: Civitas, 1979.
 - *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.
 - «Arts. 1, 1258, 1259, 1888-1891», *Comentario del CC*, I-II, 1991.
- DIEZ-PICAZO, L. / GULLON, A., *Sistema de Derecho civil*. Tomos I (11ª ed.) y II (9ª ed.). Madrid: Tecnos, 2003.
- DIEZ-PICAZO, L. / ROCA TRIAS, E. / MORALES, A.M., *Los principios de Derecho europeo de contratos*, Civitas, 2002.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (Art. 67 L.S.A.)*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1957.
- EIZAGUIRRE, J.M., «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 305-331.
- EMBID IRUJO, J.M., «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 560-71.
- «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 686-94.
 - «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las Sociedades Anónimas», *CDCom.*, núm. 46 (2006) 9-48.
 - «Artículo 127 bis. Deberes de fidelidad», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1420-1427.
- EMBID, J.M. / GÓRRIZ, C., «Artículo 127 ter. Deberes de lealtad», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1427-1445.
- EMPARANZA, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *RDM* 281 (2011) 13-45.
- ENRIQUES, L. *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 2000.
- ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid: Civitas, Fundación Universidad-Empresa, 1982.
- «Art. 14. Responsabilidad de los administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 234-248.
 - «Administradores de SA», *EJB*, I (1995) 342-348.
 - «Responsabilidad civil de los administradores (Dº mercantil)», *EJB*, IV (1995) 5912-5916.
 - «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 689-765.
 - «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 233-56.
 - «La administración de las sociedades de capital», *Comentarios al texto refundido de la Ley de sociedades de capital*, *RdS*, n. 36 (2011-2012) 149-170.
- FERNANDEZ DEL POZO, L., «La sociedad de capital de base personalista», *RGD* (1994) 5431-76.
- FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., «La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América», *RDBB* 66 (1997) 477-518.

- "Deber de lealtad del administrador cesado. (Observaciones a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)", RGD 655 (1999) 3991-4011.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., «Contrato de agencia», EJB I (1995) 1569-73.

FERRARA Jr., F. / CORSI, F., *Gli Imprenditori e le Società*. Milán: Giuffrè, 1995.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, 1992. Traducción de J.M. Miquel y E. Gómez. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONT GALAN, J., *El derecho de información de los administradores sociales. (Fundamentación y disciplina)*. Eprinsa, 2002.

- "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", RdS, núm. 25 (2005) 71-107.

- «La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores: su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad», *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Tomo I, Marcial Pons (2007) 601-8.

FRANZONI, M. / GALGANO, F., «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci. La responsabilità civile», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico delle'Economia*, vol. XIX. Milán: CEDAM, 1994

FRÈ, G., «Società per azioni», en SCIALOJA / BRANCA, (dir.), *Commentario del codice civile*, sub art. 2391. Bologna: Zanichelli, 1982.

FRENCH, D. / MAYSON, S. / RYAN, Ch., *Company law*, Oxford University Press, 28 ed., 2011.

FERRARA Jr., F. / CORSI, F., *Gli Imprenditori e le Società*. Milán: Giuffrè, 1995.

GALAN CORONA, E., «La junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 599-639.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albertosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

- «La società per azioni», en GALGANO (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, tomo VII, Padua: CEDAM, 1984.

- *Diritto civile e commerciale. Vol. III: L'impresa e le società. Tomo 2º: Le società di capitali e le cooperative*. 2ª ed., Padua: CEDAM, 1994.

GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003.

GALLEGO SANCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», en A. Rojo / E. Beltrán (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Editorial Civitas (2011) 1589-1607.

- «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, vol. II (2006) 991-1028.

GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español*, Madrid: Civitas, 1983.

GARRIDO, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*. Madrid: Civitas, 1995.

- *La distribución y el control de poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.

GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Mercantil. Tomos: I.1º y 2º, 1947; I.3º, 1949; III.1º, 1963.

- *Curso de Derecho mercantil*. Madrid: Imprenta Aguirre. Tomos: I (1976) y II (1983).

GARRIGUES, J. / URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Tomos I-II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952. 3ª ed. revisada, corregida y puesta al día por A. Menéndez y M. Olivencia, 1976.

GEßLER, J.H., *Aktiengesetz Kommentar*. Berlin: Luchterhand, 2002.

GETE-ALONSO, C., «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (1992) 862-99.

GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid: Universidad de Valladolid, Publicación de los seminarios de la Facultad de Derecho, 1952.

- *Derecho de Sociedades*. Tomo I. *Parte general, sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid: 1976.

- "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español", ADC (1959) 419-450.

- "Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España", La Ley (1989-1) 923-942.

GONZALEZ PEREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*. 2a ed. Madrid: Civitas, 1989.

GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente. Una aplicación del principio general de la apariencia jurídica*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1978.

- «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642.

- «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5834-39.

GORRIZ LOPEZ, C., «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (arts.226 a 231 LSC)», Sáez García de Albizu, Oleo Banet, Martínez Flórez, (coords.), *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (2010) 665-696.

GUERRA MARTÍN, G., «La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital», GUERRA MARTÍN, G. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, LA LEY (2011) 39-84.

GUYON, Y., *Droit des affaires*. Tome I: *Droit commercial général et Sociétés*. 10ª ed. París: Economica, 1998; 11ª ed., 2001.

HAEGEN, M. van der, / GOLLIER, J.M., "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 185-201; 209-220.

HÉMARD, J. / TERRÉ, F. / MABILAT, P., *Sociétés commerciales*, Vol. I., París: Dalloz, 1972.

HERNANDEZ MARTI, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1705-27.

HERNANDEZ SAINZ, E., "El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada", RdS núm. 6 (1996) 105-128.

HERNANDO CEBRIA, L., "La configuración estatutaria del deber de diligente administración", RdS 34 (2010) 125-165.

IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*. Madrid: Tecnos, 1971.

- "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 183-198.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987.

JUSTE MENCIA, J. / IGARTUA ARREGUI, F., "Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)", RdS, núm. 24 (2005) 75-89.

KEUTGEN, G. / ANDRÉ-DUMONT, A.P., «La société et son fonctionnement», *Droit des Sociétés: Les lois des 7 et 13 avril 1995*. Bruselas: Bruylant (1995) 247-286.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil, I. Parte general*. Vol. 3º. *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Nueva edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson, 2005.

- *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*. Vol. 2º. Vol. 2º. *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Barcelona: Bosch, 2009.

- "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245-270.

LARENZ, K., *Derecho civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, 1978.

LASARTE, C. «Art. 1893 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1951-3.

Le NABASQUE, H., "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 273-290.

LECIÑENA MENDIZABAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, Madrid: Editorial Reus, 2009.

LOPEZ Y LOPEZ, A., «Art. 1459», *Comentario del CC*, II (1991) 904-7.

LEON ALONSO, J., «Arts. 1709 a 1739 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones. forales*. Tomo XXI.2º, 1986.

LLEBOT MAJO, J., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1996.

- "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 49-70.

- «Deberes y responsabilidad de los administradores», en ROJO / BELTRAN, (dir.) *La responsabilidad de los administradores*, Valencia: Tirant lo Blanch (2005) 23-54.

LLOBREGAT HURTADO, M.L., *El contrato de agencia mercantil*. Barcelona: Bosch, 1994.

MARTINEZ SANZ, F., «Art. 61. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSRL* (1997) 666-71.

MARTINEZ SANZ, F., / NAVARRO MAÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1509-1516.

MARTINEZ SANZ, F. / PÜTZ, A., «Artículo 127. Deber de diligente administración», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1412-1419.

- «Artículo 127 quáter. Deber de secreto», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1446-1450.

- «Artículo 130. Retribución», ARROYO / EMBID / GORRIZ, (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Tecnos (2009) 1467-1495.

- MAZEAUD, H. y L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1. *Obligations. Théorie Générale*. Paris: Montchrestien, 1991.
- MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.
- MERTENS, H.J., en W. ZÖLLNER (dir.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. Colonia: Carl Heymanns Verlag KG. Tomo II.1 (1989). Tomo II.2 (1996).
- MESSINEO, F., «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*. T. XXI.1. Milán: Giuffrè, 1973.
- MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 1956.
- MIQUEL GONZALEZ, J.M., «Anulabilidad», *EJB I* (1995) 475-81.
- «Buena fe», *EJB, I* (1995) 831-847.
 - «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», *EJB, II* (1995) 2804-8.
- MONTES PANADES, V., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 11-62.
- «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*. Tomo I. Madrid: Tecnos (1977) 356-371.
- OTERO LASTRES, J.M. «La autoentrada del comisionista», *Estudios jurídicos Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad de Santiago de Compostela (1981) 255-279.
- «La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa», *RDBB* (1981) 103-126. *Ibid*, *Estudios Polo*, MADRID: EDERSA (1981) 783-810.
- PALAU RAMIREZ, F., «Las obligaciones del agente», *RDM* (1998) 1505-61.
- PAZ-ARES, J.C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.
- «Comentario del Título VIII: De la sociedad. Artículos 1665-1708», *Comentario del CC*, II (1991) 1299-1523.
 - «Capítulos 18 a 28 y 54», en URÍA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 469-804; 1469-95.
- PEREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS* 14 (2000-1) 275-323.
- PÉTEL, Ph., *Les obligations du mandataire*. Paris: Litec, 1988.
- PORTELLANO DIEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996.
- POLO SANCHEZ, E., «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima. (Arts. 123 a 143 de la LSA)», en URÍA / MENENDEZ / OLIVENCIA, (dir.), *Comentario al RLSM*, tomo VI, 1992.
- PUGLIATTI, S., *Studi sulla rappresentanza*. Milán: Giuffrè, 1965: «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», pp. 35-154; «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», p. 261; «Contratto con se medesimo, rappresentanza e conflitto di interessi», p. 313; «Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in Diritto privato», 499.
- QUIJANO GONZALEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores. Aspectos sustantivos*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985, reimpresión de 1989.

- «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 643-76.
 - «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 537-92.
 - «Deber de diligencia», ALONSO LEDESMA, C., (dir), *Diccionario de derecho de sociedades*, Iustel (2006) 421-425.
 - «Deber de secreto», ALONSO LEDESMA, C., (dir), *Diccionario de derecho de sociedades*, Iustel (2006) 432-6.
 - «Deber, y derecho, de información de administradores», ALONSO LEDESMA, C., (dir), *Diccionario de derecho de sociedades*, Iustel (2006) 436-41.
- RECALDE CASTELLS, A., "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", *La Ley* (1993) 304-316.
- RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Edición digital: Universidad Autónoma de Barcelona 2004.
- *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Editorial: La Ley Wolters Kluwer, 2010.
 - «Artículos 225 a 230», en A. Rojo / E. Beltrán (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Editorial Civitas (2011) 1608-1663.
- RIPERT, G., / ROBLOT, R., *Traité de droit commercial. Tome I, vol. 2: Les sociétés commerciales*. Edición a cargo de Michel Germain, 18ª ed., París: LGDJ, 2002.
- RIVERO HERNANDEZ, F., "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", *ADC* 29-4 (1976) 1047-1136.
- ROCA GUILLAMON, J., «Art. 1258», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (1993) 420-462.
- ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», en ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de derecho privado. I. Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1948) 113-58.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*. Madrid: Montecorvo, 1971.
- «El deber de diligencia», ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons (1999) 419-44.
- RODRIGUEZ PINTO, M.S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2005.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "La sociedad anónima como problema", *RDM* 187-190 (1988) 7-33.
- «La representación en el Derecho mercantil», en URÍA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2006) 253-269.
- ROMAIN, J.F., «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d'intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d'intérêts* (1997) 93-189.
- SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración*. Madrid: Civitas, 1995.
- SANCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005 (2ª ed. 2007).

- «Administradores. Artículos 123 a 143», *Comentarios a la LSA*, tomo IV. Madrid: EDERSA, 1994.
- SANCHEZ CALERO / SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I Aranzadi, 2011.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 677-701.
- «Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995», en *Jornadas de Derecho de sociedades*, Granada: Ilustre Colegio Notarial de Granada (1998) 7-30.
- "La competencia entre la sociedad y sus directivos", *RdS*, núm. 18 (2002) 21-44.
- SANCHEZ JORDAN, M.E., *La gestión de negocios ajenos*. Madrid: Civitas, 2000.
- SANCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo*. Elcano: Aranzadi, 2000.
- SANTOS BRIZ, J., «Arts. 1892-1893», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1984) 62-8.
- SCHMIDT, D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Jolly, 1999.
- SCHMIDT, K., *Derecho comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. Traducción de la tercera edición alemana de Federico E.G. Werner.
- SERRANO CAÑAS, J. M. *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2008.
- SIMONART, V., «Les conflits d'intérêts à l'assemblée générale de la société anonyme - droit belge et droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 191-244.
- «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts*, (1997) 297-326.
- SIMONT, L., "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", *RPdS* (1996) 369-393.
- TILQUIN, T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne - Evolutions récentes (Deuxième partie)", *RDCBel* (1993-8) 708-793.
- URIA, R. / MENENDEZ, A. / ALONSO SOTO, R., «Contratos de colaboración: El contrato de comisión», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II (2007) 163-175.
- URIA, R. / MENENDEZ, A. / GARCIA DE ENTERRIA, J., «La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 957-995.
- URIA, R. / MENENDEZ, A. / IGLESIAS, J.L., «La sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (2007) 1119-1260.
- URIA, R. / MENENDEZ, A. / MUÑOS PLANAS, J.M., «La Junta general de accionistas», en *Comentario al RLSM*, (Artículos 93 a 122 de la LSA), tomo V. Madrid: Civitas, 1992.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 305-69.
- VERDERA SERVER, R. "La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados", *RJN* (1996) 87-146.
- VERGEZ SANCHEZ, M., «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3053-3074.

VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., I.1º. Barcelona: Bosch, 1991. Tomo II, 1990.

VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, Valencia: Tirant lo Blach (2010).

VICENT CHULIA, F., "Grupos de sociedades y conflictos de intereses", RDM 280 (2011) 19-43.

VISINTINI, G., «Rappresentanza e gestione», en *Rappresentanza e gestione* (1992) 6-12.

- «Della rappresentanza (arts. 1387-1400)», en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*. Libro cuarto. *Delle obbligazioni. Degli effetti del contratto. Della rappresentanza del contratto per persona da nominare*: Arts. 1372-1405. Bologna: Nicola Zanichelli; Roma : Soc. Ed. del Foro Italiano, 1993.

Documentación

AktG .- Ley alemana de Sociedades anónimas, de 6 de septiembre de 1965.

ALI, *Principles of corporate governance (1994)*.- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations. As adopted and promulgated by the American Law Institute*, 13 mayo 1992. Vols. I-II. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1994.

ALI, *Restatement of Agency (1958)*.- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law. Second. Agency 2d. As adopted and promulgated by the American Law Institute*, 23 mayo 1957. Vols. I-II. St. Paul, Minn.: American Law Institut Publishers, 1958.

Cal. Corp. Code.- California Corporations Code, 1993.

CC .- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil.

CC it .- Código civil italiano. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice Civile.

CdC .- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

CdC fr.- Código de comercio francés. Ordenanza núm. 2000-912 de 18 septiembre 2000 (Anexo al JO nº 219 de 21 septiembre de 2000). Publica un nuevo Código de comercio en aplicación de la Ley 99-1071 de 6 de diciembre 1999. El libro II reproduce y reemplaza las disposiciones de la Ley de 24 de julio 1966 sobre sociedades comerciales y los textos aplicables a las Agrupaciones de Interés Económico.

CdS bel.- Código de sociedades belga. Ley de 7 mayo 1999, publicada el 6 de agosto de 1999.

Companies Act (2006).- Companies Act 2006, de 8 de noviembre de 2006.

CP .- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Código Unificado de Buen Gobierno (2006).- Anexo I del *Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, de 16 de mayo de 2006, del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, que por Acuerdo 22 de mayo de 2006 del Consejo de la CNMV se aprueba el Documento único de recomendaciones de gobierno corporativo.

Informe Aldama (2003).- ALDAMA Y MIÑÓN, E., (dir.) Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero 2003. Comisión especial constituida por mandato del Consejo de Ministros de 19 de julio 2002.

Informe Conthe (2006).- *Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, aprobado el 16 de mayo de 2006, por el Grupo Especial de Trabajo para asesorar a la CNMV en la armonización y actualización de las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, así como para formular las recomendaciones complementarias que juzgara precisas, creado por Acuerdo del Gobierno de 29 de julio de 2005.

Informe Olivencia (1998).- OLIVENCIA RUIZ, M., (presidente), *Informe de la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración en las sociedades: El gobierno de las sociedades cotizadas*, 26 de febrero de 1998. Comisión especial constituida por mandato del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997.

LAIE .- Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

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

LCoop.- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

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

LF .- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

LF 1994.- Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

LIIC .- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

LMV .- Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

LORCA.- Ley 31/1985, de 2 de agosto, reguladora de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro.

LSA .- Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

LSA 1951.- Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.

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

LSRL .- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 Marzo).

N.Y. Bus. Corp. Law.- New York Business Corporation Law.

PAOyC (2009).- Comisión general de codificación, Sección de Derecho civil, Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Ministerio de Justicia, Boletín de Información, Enero de 2009. Libro IV. De las obligaciones y contratos - Título II. De los contratos - Cap. VI. De la representación en los contratos (Artículos 1282 a 1293).

Propuesta de Código de Sociedades Mercantil (2002).- SANCHEZ CALERO, F. / BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. / ROJO FERNANDEZ-RIO, A., (Ponentes), Comisión General de Codificación, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002.

Sentencias

- STS [1ª] 31-1-1991 (Caso E., SA)**
- STS [1ª] 19-2-1991 (Caso E. 2000)**
- STS [1ª] 6-3-1992 (Caso Agrupación de Viviendas)**
- STS [1ª] 31-3-1992 (Caso Bilore)**
- STS [1ª] 19-5-1993 (Caso Francisco c. cooperativistas)**
- STS [1ª] 9-6-1997 (Caso Sestrica)**
- STS [1ª] 5-11-1997 (Caso FAUSTINO O., SA)**
- STS [1ª] 21-11-1997 (Caso FAUSTINO O., SA)**
- STS [1ª] 9-9-1998 (Caso B., SA)**
- STS [1ª] 6-3-2000 (Caso Burriel Productions)**
- STS [1ª] 12-7-2000 (Caso Montajes Folgar c. Pescanova)**
- STS [1ª] 19-5-2003 (Caso Dirección 000)**
- STS [1ª] 11-4-2007 (Caso Carpintería Naval)**
- STS [1ª] 12-6-2008 (Caso Ebro Puleva)**
- STS [1ª] 5-12-2008 (Caso Reparaciones Almería)**
- STS [1ª] 4-3-2009 (Caso INDULLEIDA)**
- ATS [1ª] 2-2-2010 (Caso ZAETESA)**
- ATS [1ª] 6-4-2010 (Caso Val de Osebe Promociones)**
- ATS [1ª] 7-9-2010 (Caso Alzira Import)**
- STS [1ª] 14-3-2011 (Caso Motor y Música Press)**
- STS [1ª] 29-09-2011 (Caso Cooperativa de Almedinilla)**
- STS [1ª] 4-10-2011 (Caso Fred Olsen)**
- ATS [1ª] 2-11-2011 (Caso Taldiz Inversiones)**
- STS [1ª] 17-11-2011 (Caso Mazda Motor)**