

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO / ZUZENBIDE FAKULTATEA

LOS CONFLICTOS PERMANENTES DE INTERÉS ENTRE EL ADMINISTRADOR Y LA SOCIEDAD

TESIS DOCTORAL

KATTALIN OTEGUI JÁUREGUI

Director: Alberto Emparanza Sobejano

Catedrático de Derecho Mercantil

Donostia – San Sebastián, 2017

LOS CONFLICTOS PERMANENTES DE INTERÉS ENTRE EL ADMINISTRADOR Y LA SOCIEDAD

Trabajo de investigación que se presenta para la obtención del título de Doctora en Derecho, por la Licenciada Kattalin Otegui Jáuregui, elaborado bajo la dirección del Profesor Doctor Alberto Emparanza Sobejano, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea.

Donostia – San Sebastián, 2017

	Página
<hr/>	
<i>Abreviaturas</i>	17
<i>Introducción</i>	21
CAPÍTULO I.- EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL	29
1. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	29
1.1 EL DEBER DE LEALTAD.....	29
1.2 EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE LEALTAD	31
1.2.1 La relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad.....	31
1.2.2 El principio general de la buena fe. Mención especial al deber de fidelidad	36
1.3 LA RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE LEALTAD Y EL DEBER DE DILIGENCIA.....	40
2. LA REGULACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD	43
2.1 PRELIMINAR.....	43
2.2 ANTECEDENTES	45
2.2.1 El Código de Comercio.....	45

2.2.2	La Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas	47
2.2.3	La Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	50
2.2.4	El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas	51
2.2.5	La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada	52
2.2.6	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.....	52
2.2.7	El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.....	57
2.2.8	La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo	60
2.3	LA NUEVA REGULACIÓN CONSAGRADA EN LA LSC TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 31/2014	63
2.3.1	Preliminar.....	63
2.3.2	La nueva previsión del deber general de lealtad	65
2.3.3	Los elementos del deber de lealtad	67
2.3.3.1	La representación fiel.....	68
2.3.3.2	La buena fe	69
2.3.3.3	La búsqueda del <i>mejor</i> interés de la sociedad	71
2.3.4	La interpretación del <i>mejor</i> interés de la sociedad. La influencia de la discrecionalidad empresarial.....	77
2.3.4.1	Preliminar.....	77
2.3.4.2	Consideraciones generales sobre la introducción de la doctrina del <i>Business Judgement Rule</i> en España.....	79
2.3.4.3	Los elementos fundamentales de la <i>Business Judgement Rule</i> . Ámbito de aplicación.....	82
2.3.4.4	La discrecionalidad del administrador en la búsqueda del <i>mejor</i> interés social.....	87

3.	LAS NUEVAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD (ART. 228 LSC). EN ESPECIAL, LA OBLIGACIÓN DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ART. 228 e) LSC).....	88
3.1	LA NOVEDOSA PREVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES <i>BÁSICAS</i>	88
3.2	LA REGLA <i>NINGÚN CONFLICTO</i> (ART. 228 e) LSC).....	91
3.2.1	Alcance de la obligación prevista en el artículo 228 e) LSC.....	92
3.2.1.1	Preliminar.....	92
3.2.1.2	Las medidas exigibles al administrador leal.....	93
3.2.2	Los conflictos entre el interés del administrador y sus deberes fiduciarios.....	96
3.2.3	Reflexión final sobre su función preventiva.....	97

CAPÍTULO II.- EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ART. 229.1 LSC). EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA103

1.	EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS, EN GENERAL.....	103
1.1	PRELIMINAR.....	103
1.2	LOS CASOS DE DESLEALTAD <i>EX</i> ARTÍCULO 229.1 LSC.....	104
2.	EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS: LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	110
2.1	PRELIMINAR.....	110
2.2	EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	111
2.3	ANTECEDENTES NORMATIVOS.....	113
3.	LA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	118
3.1	PRELIMINAR.....	118

3.2	ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN	119
3.2.1	Las actividades que entrañan competencia efectiva	120
3.2.1.1	El concepto de <i>competencia</i>	120
3.2.1.2	El mercado relevante.....	124
3.2.1.2.1	<i>El mercado objetivo, de producto o funcional</i>	125
(i)	<i>Análisis del mercado objetivo conforme a la LSC</i>	125
(ii)	<i>Análisis del mercado objetivo conforme al Derecho de defensa de la competencia</i>	128
(iii)	<i>Análisis del mercado relevante realizado por los tribunales</i>	130
3.2.1.2.2	<i>El mercado geográfico</i>	131
3.2.1.2.3	<i>El mercado temporal</i>	134
3.2.1.3	El <i>desarrollo</i> de una actividad competitiva.....	135
3.2.1.4	El necesario carácter efectivo	137
3.2.1.4.1	<i>La naturaleza actual o potencial de la competencia efectiva</i>	138
3.2.1.4.2	<i>El alcance de la efectividad</i>	140
3.3	ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN.....	142
3.3.1	La sociedad cuyo interés se protege	142
3.3.2	Los sujetos afectados por la prohibición	143
3.3.2.1	Los administradores sociales.....	143
3.3.2.2	Los sujetos afectados en virtud de la extensión prevista en el artículo 236 LSC	146
3.3.2.3	El desarrollo de una actividad competitiva por cuenta propia o por cuenta ajena.....	150
3.3.2.3.1	<i>La participación del administrador en una sociedad competidora</i>	152
(i)	<i>Supuesto de hecho</i>	152
(ii)	<i>Previsión en la LSC</i>	155
(iii)	<i>Especialidades relacionadas con el deber de información</i>	157
a.	<i>Régimen previgente y vigente</i>	157
b.	<i>Alcance de la obligación de información</i>	159
c.	<i>Alcance de la obligación de informar sobre los conflictos en la memoria</i> ..	163
3.3.2.3.2	<i>El administrador que lo es, a su vez, de una sociedad competidora</i> ...	165

(i) <i>Supuesto de hecho</i>	165
(ii) <i>Previsión en la LSC</i>	168
(iii) <i>Especialidades relacionadas con el deber de información</i>	170
3.3.2.4 La relevancia de los sujetos beneficiarios de la deslealtad	170
3.4 ESPECIALIDADES DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA EN EL MARCO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES	174
3.4.1 Especialidades en el ámbito objetivo de la prohibición de competencia.....	175
3.4.2 Especialidades en el ámbito subjetivo de la prohibición de competencia.....	179
CAPÍTULO III.- LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA	183
1. PRELIMINAR.....	183
2. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	185
2.1 CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE	185
2.2 CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	189
2.2.1 Preliminar.....	189
2.2.2 El origen de la permanencia del conflicto: la relación entre el administrador y el socio que promueve su nombramiento	190
2.3 ESPECIAL ATENCIÓN AL CARÁCTER POTENCIAL DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	193
3. GRUPOS DE CASOS	194

3.1	PRELIMINAR.....	194
3.2	LOS ADMINISTRADORES DESIGNADOS EN VIRTUD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.....	195
3.2.1	Régimen aplicable.....	196
3.2.2	Limitaciones al ejercicio del derecho de representación proporcional: la ausencia de conflicto en el accionista promotor.....	198
3.3	LOS ADMINISTRADORES DESIGNADOS POR EL SOCIO MAYORITARIO	203
3.4	LOS CONSEJEROS DOMINICALES	206
3.5	EL SOCIO DE CONTROL.....	210
3.5.1	Consideraciones generales acerca del socio de control	210
3.5.2	La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC al socio de control	212
3.5.3	El socio de control como sujeto titular de conflictos de interés de carácter permanente.....	216
3.6	LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES PARITARIAS	218
3.6.1	El control paritario como origen de los conflictos de interés de carácter permanente.....	220
3.6.2	Las dificultades relativas al cumplimiento del deber de lealtad por los administradores de una sociedad paritaria: la especial relación fiduciaria.....	223
3.6.3	La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC a los administradores de una sociedad paritaria.....	225
3.6.4	El pacto parasocial como alternativa a la rigidez del estatuto de deberes de la LSC	227
3.6.4.1	La flexibilidad del pacto parasocial.....	227
3.6.4.2	El problema de la efectividad del pacto parasocial.....	231
3.6.5	La extensión del deber de lealtad al socio de la sociedad paritaria.....	234

CAPÍTULO IV.- RÉGIMEN DE IMPERATIVIDAD Y DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	237
1. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE	237
1.1 EL CARÁCTER EXPRESO DE LA IMPERATIVIDAD. FUNDAMENTO JURÍDICO	237
1.2 EL CARÁCTER RELATIVO DE LA IMPERATIVIDAD: LA DISPENSA	240
1.2.1 Ratio de la relatividad.....	240
1.2.2 El carácter singular de la relatividad	243
2. EL PROCEDIMIENTO DE LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE	246
2.1 PRELIMINAR.....	246
2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	247
2.2.1 Órgano competente	247
2.2.2 Régimen de mayorías	250
2.2.3 Requisitos formales del acuerdo de dispensa	253
2.2.4 Las fases del procedimiento dirigido a la concesión de la dispensa.....	255
2.2.4.1 La puesta en conocimiento del conflicto: la transparencia	255
2.2.4.2 La elevación del conflicto a la junta general	258
2.2.4.3 La adopción del acuerdo relativo a la solicitud de dispensa.....	261
2.2.4.3.1 <i>La inexistencia de conflicto</i>	262
2.2.4.3.2 <i>La autorización del conflicto</i>	263
2.2.4.3.3 <i>La autorización del conflicto, sujeta a condición o a término</i>	265
2.2.4.3.4 <i>La denegación de la autorización del conflicto</i>	266
2.2.4.3.5 <i>La autorización posterior del conflicto</i>	267
2.2.4.3.6 <i>La revocación de la autorización del conflicto</i>	270

2.3	LAS DEBILIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE	271
2.3.1	Preliminar.....	271
2.3.2	Problemas prácticos derivados de la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	272
2.3.2.1	Las debilidades del deber de información en el marco de los conflictos de interés de carácter permanente	273
2.3.2.2	Dificultades prácticas relacionadas con la elevación de los conflictos de interés de carácter permanente a la junta general por parte del órgano de administración.....	274
2.3.2.3	La complejidad del acuerdo relativo a la solicitud de la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	276
2.3.3	Propuesta para atajar la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	277
2.3.3.1	Marco normativo complementario.....	278
2.3.3.2	Contenido sustantivo de la propuesta del marco normativo complementario.....	282

CAPÍTULO V.- LOS REMEDIOS APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE..... 287

1.	PRELIMINAR.....	287
2.	LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	288
2.1	PRELIMINAR.....	288
2.2	EL CESE DEL ADMINISTRADOR <i>EX</i> ARTÍCULO 230.3 II LSC.....	288
2.2.1	Procedimiento.....	289

2.2.1.1	La solicitud del cese del administrador competidor. Órgano competente para resolver sobre el cese.....	289
2.2.1.2	La adopción del acuerdo del cese: el momento <i>oportuno</i>	290
2.2.2	Requisitos materiales: la relevancia del conflicto.....	292
2.2.3	El carácter obligatorio o discrecional del cese.....	293
2.2.4	La renuncia del administrador como alternativa a su cese.....	296
2.3	LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO-ADMINISTRADOR <i>EX</i> ARTÍCULO 350 LSC.....	298
3.	LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	301
3.1	PRELIMINAR.....	301
3.2	ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CESE DEL ADMINISTRADOR <i>EX</i> ARTÍCULO 224.2 LSC.....	302
3.2.1	La ubicación del artículo 224.2 en la vigente LSC.....	302
3.2.2	Aplicación del artículo 224.2 LSC en el ámbito de las sociedades anónimas. Aplicación analógica en las sociedades de responsabilidad limitada.....	303
3.2.3	Ámbito de aplicación objetivo.....	305
3.2.3.1	Especial mención a la relación entre el artículo 224.2 LSC y el artículo 230.3 II LSC.....	308
3.2.3.2	La aplicabilidad de los artículos 224.2 y 230.3 II LSC para cesar al administrador designado por el sistema de representación proporcional.....	311
3.2.4	Ámbito de aplicación subjetivo.....	313
3.2.5	La renuncia del administrador como alternativa a su cese.....	315
3.3.	¿LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO-ADMINISTRADOR?.....	316
4.	LOS REMEDIOS GENERALES FRENTE A LA DESLEALTAD: SU APLICABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	317
4.1	PRELIMINAR.....	317

4.2	LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	319
4.2.1	Cuestiones generales	319
4.2.2	Objeto de la devolución y titularidad sobre el mismo	322
4.2.3	Presupuestos.....	325
4.2.4	Legitimación.....	330
4.3	OTRAS ACCIONES	331
4.3.1	La acción de impugnación.....	333
4.3.2	La acción de anulación.....	335
4.3.3	Las acciones de cesación y remoción de efectos	338
4.4	LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS	343
4.4.1	La infracción del deber de lealtad como presupuesto de responsabilidad	344
4.4.2	La culpabilidad.....	346
4.4.3	La acción directa de responsabilidad social con base en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 II LSC)	348
4.4.4	La exención de responsabilidad <i>ex</i> artículo 236.2 LSC.....	350
4.5	LA COMPATIBILIDAD ENTRE LOS REMEDIOS ENCAMINADOS A COMBATIR LAS INFRACCIONES DEL DEBER DE LEALTAD	353

CAPÍTULO VI.- PARTICULARIDADES DE LA LEALTAD Y DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS 357

1.	PRELIMINAR.....	357
2.	PUNTO DE PARTIDA: EL <i>INTERÉS SOCIAL</i> DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS	358
2.1	EL INTERÉS SOCIAL EN LA LSC Y EN EL CUBG	358
2.2	EL INTERÉS SOCIAL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES	362

3.	PARTICULARIDADES DEL DEBER DE LEALTAD. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE (ART. 229.1 f) LSC)	363
3.1	PRELIMINAR.....	363
3.2	ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO: LOS SUJETOS AFECTADOS POR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD.....	364
3.2.1	Especial recelo hacia los consejeros dominicales	365
3.2.2	Otros sujetos afectados por las obligaciones derivadas del deber de lealtad	369
3.3	ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO OBJETIVO: EL ALCANCE REAL DEL CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	371
3.3.1	Preliminar.....	371
3.3.2	La extensión de la prohibición de competencia.....	372
3.4	REMEDIOS ESPECIALES ANTE LA DESLEALTAD: LA RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR.....	375
4.	GARANTÍAS PROCEDIMENTALES ESPECIALES.....	378
4.1	EL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS.....	378
4.2	LA TRANSPARENCIA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS.....	381
4.3	LA CONCESIÓN DE DISPENSAS	384
	<i>Conclusiones</i>	387
	<i>Bibliografía</i>	409
	<i>Índice de jurisprudencia</i>	437
	<i>Normas internas de sociedades anónimas cotizadas citadas</i>	441
	<i>Informes y otros documentos</i>	443

Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios.
ACM	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.
AIE	Agrupación de Interés Económico.
<i>AktG</i>	<i>Aktiengesetz</i> , Ley Alemana de Sociedades Anónimas, de 6 de septiembre de 1965 (BGBl. I, p. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBl., I, p. 2509).
<i>Am. Ec. R.</i>	<i>American Economic Review</i> .
AP	Audiencia Provincial.
ap.	apartado/apartados.
art./arts.	artículo/artículos.
<i>Asia B. L. R.</i>	<i>Asia Business Law Review</i> .
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOICAC	Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
<i>Camb. L. Journ.</i>	<i>The Cambridge Law Journal</i> .
Cap.	Capítulo.
CCiv	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CE	Constitución Española de 1978.
cit.	Obra citada.

CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Coord./Coords.	Coordinador/Coordinadores.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno.
<i>Delaw. Journ. Corp. L.</i>	<i>Delaware Journal of Corporate Law.</i>
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
Dir./Dir.	Director/Directores.
ed.	edición.
F.D./FF.DD.	Fundamento de Derecho/Fundamentos de Derecho.
<i>Harv. L. E. D. P.</i>	<i>Harvard Law and Economics Discussion Paper.</i>
<i>Harv. L. R.</i>	<i>Harvard Law Review.</i>
<i>Hast. L. Journ.</i>	<i>Hasting Law Journal.</i>
<i>Íbid.</i>	<i>Ibidem.</i>
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
ID.	<i>Ídem.</i>
<i>InDret</i>	<i>InDret: Revista para el análisis del derecho.</i>
JM	Juzgado de lo Mercantil.
LAIE	Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCoop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Ley 31/2014	Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

LMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
LO	Ley Orgánica.
LSA 1951	Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.
LSA 1989	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSRL 1953	Ley de 17 de julio de 1953 del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.
LSRL 1995	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
<i>L. Q. R.</i>	<i>Law Quarterly Review.</i>
núm.	número.
p./pp.	página/páginas.
pár.	párrafo.
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
RAE	Real Academia Española.
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.</i>
RD	Real Decreto.
<i>RDACM</i>	<i>Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil.</i>
<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución.</i>
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RDLeg	Real Decreto Legislativo.
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil.</i>
RDMV	<i>Revista de Derecho del Mercado de Valores.</i>
RdS	<i>Revista de Derecho de Sociedades.</i>
Recom.	Recomendación.
RM	Registro Mercantil.
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
Secc.	Sección.
SJM/SSJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil/Sentencias del Juzgado de lo Mercantil.
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
ss.	siguientes.
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
Tít.	Título.
TS	Tribunal Supremo.
v. gr.	<i>Verbi gratia</i> , verbigracia.
<i>Vid.</i>	Véase.
<i>Vid. infra</i>	Véase posteriormente.
<i>Vid. supra</i>	Véase anteriormente.
Vol.	Volumen.
<i>Wake Forest L. R.</i>	<i>Wake Forest Law Review.</i>

Introducción

La bondad de los administradores no es garantía suficiente para la consecución del mejor interés social. La preceptiva libertad, independencia y discrecionalidad de los sujetos designados para el desempeño de las funciones de representación y gestión de las sociedades pone en riesgo, de forma recurrente, la ansiada protección del interés de la sociedad tutelada. Huelga decir que el administrador es susceptible de caer en la tentación de participar en transacciones interesadas, expropiatorias y, en definitiva, desleales. En consecuencia, deviene necesaria la interposición de cortapisas de naturaleza legal que salvaguarden, en todo momento, dicho preciado interés.

En el ordenamiento jurídico societario español son los deberes de lealtad y diligencia consagrados en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —la «LSC»—, los que tratan de mantener bajo control el peligro que se deriva de investir al administrador con amplios poderes para gestionar un patrimonio ajeno. A fin de custodiar el interés de los socios que confían dicho patrimonio social a un agente, se exige a este último que actúe de buena fe y anteponga siempre el interés social a cualquier otro. Es decir, el administrador deberá buscar la maximización del valor de la compañía y redistribuir honestamente tal valor, evitando el nacimiento de choques entre el interés de aquella y el suyo propio, o el de un tercero. En resumidas cuentas, se espera que el administrador sea fiel a la confianza en él depositada en el mismo instante en el que nace la relación fiduciaria que le une con la sociedad.

Los aludidos deberes de diligencia y lealtad no son novedosos. Esta dualidad de deberes está expresamente recogida en el Derecho societario español desde la entrada en vigor de Ley 26/2003, de 17 de julio —comúnmente conocida como la «Ley de Transparencia»— que modificó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. No obstante ello, las distintas normas societarias que han previsto el gobierno de los mismos han tenido un contenido tan abstracto como limitado y, a mayor abundamiento, han sido dictaminadas de forma desordenada y asistemática. Como consecuencia de ello, tal regulación ha sido parcial e inacabada y, por consiguiente, hasta tiempos recientes no hemos podido hablar de la existencia de un *estatuto de deberes* de los administradores propiamente dicho. En concreto, el punto de inflexión en la ordenación de los deberes de los administradores lo encontramos en la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Las modificaciones introducidas por esta norma en la LSC han permitido dar un importante y firme paso al frente en la sistematización de los deberes fiduciarios de los administradores.

Muchas, relevantes y de calado han sido las novedades introducidas en la LSC por la citada Ley 31/2014 en este campo. Por lo que a este trabajo respecta, por vez primera se recoge una regulación minuciosa y detallada del alcance y contenido del deber de lealtad que trata de favorecer la visualización de la conducta que es de esperar del administrador fiel. La previsión de las obligaciones básicas que se derivan de este deber (art. 228 LSC) junto con la de las prohibiciones que pesan sobre los administradores (art. 229.1 LSC) facilita la delimitación de la conducta leal, a la vez que previene su incumplimiento —protección *ex ante*—. Asimismo, el vigente estatuto regula nuevos mecanismos para castigar la deslealtad de forma efectiva —protección *ex post*—. Por tanto, nos encontramos ante un régimen innovador que bien merece un estudio pormenorizado.

Ha sido el atractivo de esta reforma el que ha motivado la selección del tema que se aborda en la presente tesis doctoral. Antes bien, dada la envergadura de la

modificación introducida por la Ley 31/2014 en el sistema de deberes de los administradores, ha resultado necesario acotar la materia de este trabajo a uno de los aspectos enmendados. De entre los numerosos y notables cambios, el elegido ha sido el correspondiente a la regulación de los conflictos permanentes de interés recogidos en el apartado f) del artículo 229.1 LSC. Este renovado régimen me permite afrontar un estudio inédito de una compleja materia generadora de múltiples dudas y cuestiones en la práctica societaria. Resulta obligado aclarar que no se acometerá en este trabajo el análisis de los restantes tipos de deslealtad que se enumeran hoy en el renovado artículo 229.1 LSC, a salvo de comentarios marginales sobre los mismos que nos ayudarán a marcar, con mayor nitidez, los trazos del supuesto de conflicto escogido. Igualmente, el estudio de las garantías procedimentales y materiales, así como el del régimen de responsabilidad por deslealtad aplicable tras la entrada en vigor de la referida Ley 31/2014, quedarán focalizados en el caso de deslealtad de referencia.

De conformidad con lo previsto en el vigente artículo 229.1 f) LSC, se prohíbe hoy a los administradores no solo competir con la sociedad tutelada, sino también — y de forma expresa— incurrir en situaciones en las que se coloquen en conflicto permanente o estructural con el interés de aquella. Esta novedosa previsión legal reconoce explícitamente que el desarrollo de actividades competitivas no es el único origen de los conflictos estables o duraderos de interés que afectan al administrador social. En este trabajo me propongo analizar el contenido de esta prohibición de forma separada, de un lado, en lo que concierne a la arraigada interdicción de desarrollar actividades competitivas y, de otro lado, en lo relativo a la innovadora prohibición de incurrir en *otras* situaciones de permanente enfrentamiento de intereses. La distinción entre ambos supuestos nos ayudará a deslindar el ámbito que abarca cada uno de ellos y, muy especialmente, a tratar de identificar aquellos casos de deslealtad permanente distintos a los que traen causa de conductas concurrenciales que podrían hoy tener cabida en el artículo 229.1 f) LSC. Asimismo, tal estudio

separado resultará muy conveniente para resolver los interrogantes que surgen en la identificación del régimen legal que debemos aplicar a cada uno de ellos.

En la investigación de los aspectos referidos anteriormente desempeñarán un papel crucial los tan escasos como relevantes pronunciamientos judiciales existentes sobre esta materia. A pesar de tratarse de soluciones interpretativas dictadas con carácter previo a la reforma operada por la repetida Ley 31/2014, es incontestable su directa influencia en la propia aprobación de este cambio normativo. Son pues sentencias que, de la mano de las valiosísimas aportaciones de la doctrina científica autorizada que durante largos años ha venido reclamando una regulación sustantiva del estatuto de deberes de los administradores —además de marcando las directrices que debían seguirse para acometer tal reforma legislativa—, han empujado al legislador a aprobarla. Qué duda cabe de que esta explícita alusión legal a los conflictos permanentes de interés (art. 229.1 f) LSC) no es fruto de la casualidad ni del capricho del legislador. Sin perjuicio de estas indispensables aportaciones jurisprudenciales y doctrinales españolas, no cabe pasar por alto la influencia que la ordenación de las *fiduciary duties* recogida en la británica *Companies Act 2006* ha ejercido en esta tarea reformadora y de la que daremos cumplida cuenta en este trabajo.

Una vez expuestas las razones que me han conducido a elegir el tema de esta tesis doctoral, el ámbito objeto de estudio, el objetivo que pretendo alcanzar con su redacción y los medios empleados, considero conveniente presentar la sistemática de este trabajo.

Con carácter marcadamente introductorio, en el primer capítulo abordaré el estudio del deber de lealtad de los administradores. En concreto, centraré la atención en su fundamento jurídico para comprender las causas que motivan su exigencia. Así mismo, para una correcta delimitación temprana de la lealtad que nos permita, posteriormente, analizar desde una perspectiva correcta su régimen jurídico, me apoyaré en el principio general de la buena fe y me detendré en la relación que le une

con el deber de diligencia. Como se verá, los vínculos existentes entre ambos deberes nos auxiliarán en el camino hacia su concreta delimitación material. En este apartado del trabajo analizaré también la evolución normativa del deber de lealtad en el ordenamiento jurídico español en busca de razones que nos facilitarán despejar las incógnitas que presenta el nuevo régimen. Para poner fin a este capítulo, presentaré brevemente la obligación básica consistente en evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés consagrada en el artículo 228 e) LSC. Esta norma de carácter visiblemente preventivo nos ofrecerá las primeras pistas sobre el enfoque desde el que se ha acometido la reforma del régimen de los deberes en su integridad.

A continuación, sentadas las bases de la indagación, en el segundo capítulo ahondaré en el conflicto permanente de interés por excelencia, es decir, en el conflicto que surge como consecuencia del desarrollo de actividades competitivas. Tras exponer su fundamento y los cambios normativos que ha experimentado este tipo de deslealtad en nuestro ordenamiento, me detendré en el estudio pormenorizado de su ámbito objetivo. A pesar de la aparente claridad del precepto regulador de la interdicción de competencia (art. 229.1 f) LSC), la realidad ha dado buena muestra de la dificultad de conocer cuándo cabe afirmar la existencia de una actividad competitiva, mejor dicho, *efectivamente* competitiva. Esta ardua tarea se complica, aún más, si tenemos en cuenta que al legislador le preocupan hoy también las conductas que potencialmente pueden entrañar competencia. En este capítulo estudiaré, además, el ámbito subjetivo de esta prohibición, en especial, los supuestos de conflicto derivados de la participación del administrador en el capital social de una sociedad competidora —por cuenta propia— y de la ocupación del puesto de administrador en esta última —por cuenta ajena—. También trataré de poner de relieve la trascendencia de acotar adecuadamente el espacio que ocupan los sujetos beneficiarios de las conductas desleales del administrador.

Aclarado el alcance del conflicto de interés permanente tradicionalmente reconocido en el ordenamiento jurídico español, en el tercer capítulo me dedicaré al

análisis de los conflictos estables de interés distintos al conflicto de competencia. Ello me obligará a investigar, en primer lugar, sobre las notas características de estos conflictos de interés para, una vez identificadas estas, presentar en este trabajo aquellos particulares supuestos de deslealtad que, a mi entender, deberían tener cabida en el artículo 229.1 f) LSC. Considero que el nacimiento de tales casos de conflicto tiene una causa común que permite incardinarlos entre los conflictos de interés de carácter duradero. Sin embargo, como se verá, el encaje de algunos de estos casos en el referido precepto se complica como consecuencia, entre otros, de la ausencia de un deber legal de lealtad que afecte al socio de control de una sociedad de capital.

Pero, no basta con aclarar cuáles son estos *otros* conflictos permanentes de interés mencionados en el repetido artículo 229.1 f) LSC. Además, resulta necesario determinar las reglas que han de aplicarse a estos *nuevos* conflictos, así como al conflicto derivado de la infracción de la obligación de no competencia. Por ello, dedicaré un cuarto capítulo al estudio del régimen jurídico aplicable a la dispensa de estos conflictos de carácter estructural tras la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC. Con ánimo de aclarar el procedimiento que ha de seguir la concesión de la autorización singular ante un caso de conflicto permanente —procedimiento que sigue careciendo, tras esta reforma, de una regulación expresa y concreta—, en este capítulo trataré de especificar las distintas fases que lo integran, haciendo especial hincapié en las respuestas que pueden obtenerse por parte del órgano competente para su concesión. Así mismo, presentaré una propuesta de regulación complementaria encaminada a reforzar la prevista en la LSC, con el ánimo de completar su tratamiento.

Adicionalmente, en el marco del régimen jurídico dirigido a gobernar estos novedosos conflictos de naturaleza permanente, el quinto capítulo se centrará en el estudio de los instrumentos disponibles en la LSC para hacerlos frente —tanto en aquellos de carácter general como en los diseñados especialmente para estos conflictos estables—. Como no podía ser de otra forma, entre tales instrumentos

pondré el foco en la reformada regulación del cese del administrador permanentemente infiel (art. 230.3 II LSC), no por ello olvidando el supuesto de cese previsto en el artículo 224.2 LSC, invariable tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014.

Para terminar, he considerado de interés redactar un sexto y último capítulo en el que expondré sucintamente las particularidades que nos muestra el deber de lealtad en el ámbito de la sociedad anónima cotizada. Como consecuencia del carácter marcadamente abierto que presentan estas sociedades y su habitual pertenencia a realidades grupales, el interés social que funciona como guía de la actuación del administrador leal nos muestra matices que lo distinguen del propio de una sociedad aislada y no cotizada. Por ello, los conflictos de interés de los consejeros de estas sociedades son relativamente distintos, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. A fin de dar un enfoque más práctico a este concreto estudio, recurriré a la regulación interna de algunas sociedades cotizadas españolas en busca de reglas relacionadas con el deber de lealtad que vienen a complementar las previsiones de la LSC y las recomendaciones de buen gobierno corporativo.

En suma, las consideraciones que se exponen en este trabajo pretenden facilitar el entendimiento de las numerosas cuestiones que los conflictos permanentes de interés plantean en la práctica societaria, así como ofrecer pautas e interpretaciones al lector interesado para comprender su alcance y la regulación que les resulta aplicable.

**CAPÍTULO I.- EL DEBER DE LEALTAD DE LOS
ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.
ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL**

**1. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

1.1 EL DEBER DE LEALTAD

El deber de lealtad de los administradores sociales es un deber inherente al desempeño de su cargo. En su labor de gestión y representación social (art. 209 LSC) la lealtad exige a los administradores que antepongan siempre el interés de la sociedad al interés propio —o al de un tercero—, de forma que su actuación sea colaborativa en la búsqueda de la maximización de la inversión realizada por los socios de la compañía, así como en el adecuado reparto de los frutos de dicha inversión entre estos. En otras palabras, se impone al administrador una obligación de conducta consistente en dar respuesta a la confianza que en él ha depositado la sociedad en el momento de su designación, quedando obligado desde entonces a gestionarla conforme al mejor interés social y a evitar, en la medida de lo posible, la generación de conflictos de interés¹. No obstante, en caso

¹ Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008, p. 269, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los Consejeros», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 561.

de que surja tal conflicto, esta lealtad le exige que subordine su interés personal —o el de un tercero— a favor de la sociedad, salvo que, previa notificación de su posición de conflicto, la sociedad autorice su actuación interesada². En este sentido, no debemos olvidar que el administrador es un tercero frente a la sociedad y, por tanto, sus intereses son ajenos a los de esta³.

En la actualidad, el deber de lealtad es un deber de naturaleza legal expresamente recogido en el artículo 227.1 LSC en los términos siguientes: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*».

Tal y como cabe apreciar de la consideración individualizada de los términos que contiene este precepto, nos hallamos ante un deber genérico del administrador que se encuentra estrechamente ligado con el concepto amplio y abstracto de la fidelidad, así como con el principio jurídico general de la buena fe.

Atendiendo a estos conceptos amplios y abstractos, antes de profundizar en las obligaciones que de este deber se derivan para el administrador conforme a la regulación vigente⁴, resulta obligado fijar su fundamento jurídico y dedicar unas líneas en el inicio del presente trabajo al estudio de la relación que liga a este deber con el deber de diligente administración.

² *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», *RdS*, núm. 38, 2012, p. 92. Sobre la autorización singular de los conflictos de interés, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.

³ La ajenidad de los intereses del administrador podría quedar en entredicho cuando el administrador es, a su vez, socio de la sociedad a la que representa. En estos casos, el interés del socio-administrador, como parte del contrato social, podría convergir con el interés social. En relación con lo anterior, es preciso apuntar las dificultades que plantea, en lo que al interés protegido respecta, la unión en una misma persona de la condición de socio y administrador cuando se ostenta el control de la compañía (*Vid. infra* Cap. III, ap. 3.5), así como la pertenencia de la sociedad tutelada a un grupo de sociedades (*Vid. infra* Cap. II, ap. 3.4).

⁴ Conforme a la vigente LSC, las obligaciones y las prohibiciones concretas que se derivan del deber general de lealtad se prevén en los artículos 228 y 229.1 LSC (*Vid. infra* Cap. I, ap. 3 y Cap. II, ap. 1).

1.2 EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE LEALTAD

1.2.1 La relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad

Al objeto de tratar de comprender el sentido y el fin último de la previsión legal del deber de lealtad del administrador, resulta imprescindible atender a su fundamento jurídico. En busca de tal fundamento, debemos acudir a la propia obligación de desempeñar el cargo, en otros términos, a la relación fiduciaria — denominada, asimismo, orgánico-fiduciaria⁵— en virtud de la cual los administradores gestionan la sociedad y la representan, siempre en interés de aquella⁶. Es esta concreta relación la generadora de los denominados deberes fiduciarios —*fiduciary duties*— de los administradores sociales.

El uso del adjetivo *fiduciario* para hacer alusión a la relación que une a la sociedad con el administrador tiene su origen de inspiración en el Derecho anglosajón y cabe entender que ha sido empleado tanto por la doctrina científica como por los tribunales españoles en atención a las similitudes apreciables entre

⁵ Vid. ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratando de la sociedad limitada. Fundación Cultural del Notariado*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Madrid, 1997, p. 740. El término fiduciario ha sido empleado asimismo para calificar las normas que establecen los deberes de los administradores en contraposición a las normas estructurales encaminadas a regular la distribución de poderes entre los diferentes órganos de la sociedad (a este respecto, Vid. MORILLAS JARILLO, M.ª J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Biblioteca de Derecho de los Negocios, LA LEY, Madrid, 2002, p. 335).

⁶ Vid. LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, p. 92, nota núm. 95. En opinión de este autor, a pesar de la naturaleza orgánica de la relación de los administradores con la sociedad, el carácter fiduciario permite acudir, por analogía, al régimen jurídico de otras instituciones que encuentran asimismo su fundamento en este mismo carácter, tales como el mandato, la comisión mercantil o la gestión de negocios ajenos. A este respecto, conviene añadir que la ordenación de estas figuras ha sido una fuente importante en la labor de interpretación de los deberes y de las funciones de los administradores de las sociedades de capital, máxime si tenemos en cuenta la escasa atención que el legislador ha concedido a los mismos históricamente. Afortunadamente, esta atención ha aumentado en los últimos años de la mano de la necesidad de dar respuesta a las peticiones realizadas desde el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, afectando asimismo a las sociedades anónimas no cotizadas y a las sociedades de responsabilidad limitada. Buena prueba de ello la constituye la actual regulación del deber de lealtad contenida en los artículos 227 y siguientes de la LSC.

la posición del administrador y la del *trustee*. En el marco del instituto del *trust*⁷ se impone al *trustee*, al igual que al administrador, la búsqueda de intereses distintos al propio, en concreto, los del beneficiario de la relación⁸. No obstante ello, este préstamo no implica que nos hallemos ante figuras semejantes y, por ende, que el *trust* sea una institución a la que debamos acudir para interpretar la relación que une a la sociedad con el administrador⁹. En realidad, ha sido la figura del mandato (arts. 1709 y ss. CCiv y art. 255 CCom) la que ha cumplido entre nosotros la función de integrar las lagunas legales en lo que a dicha relación respecta¹⁰ y ha inspirado al legislador español en la creación de las normas que han de gobernar la conducta del administrador social¹¹. En este sentido, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con la regulación contenida en el CCiv, el mandato carece de vinculación alguna con el derecho de propiedad presente en el foráneo instituto

⁷ El *trust* puede definirse como una relación fiduciaria en la que el *trustee*, en su calidad de titular de un determinado bien, se obliga a administrarlo en beneficio de otro sujeto. Conforme al Restatement (Second) of Trusts § 2 (1959) publicada por el *American Law Institute*, el *trust* se define como sigue: «*a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it*». Si bien se ha subrayado por la doctrina española la dificultad de dar una definición única de este instituto como consecuencia de sus distintas aplicaciones, esta ha definido el instituto del *trust* como: «*una relación fiduciaria en virtud de la cual un sujeto llamado trustee, a quien le son atribuidos los derechos y poderes de un auténtico propietario (o legal owner), gestiona un patrimonio con una finalidad preestablecida, lícita y no contraria al orden público*» (Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 33-35).

⁸ Vid. JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 363.

⁹ En este sentido, entre otros, Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», en *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles. VII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino*, (Dir. LEÓN SANZ, F. J., Coords. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., PUY FERNÁNDEZ, G.), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 228.

¹⁰ Debe recordarse que el administrador fue calificado como mandatario en los artículos 263 CCom 1829 y 156 CCom 1885.

¹¹ En este sentido, Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2007, p. 190, quien ha señalado que: «[...] este adjetivo de “fiduciario” tiene en nuestra terminología jurídica un alcance bastante preciso, que no coincide con el término de fiduciary, vinculado a la institución del trust, que solo de una manera bastante imprecisa debe generalizarse entre nosotros». Sobre la diferenciación entre el *trust* y el mandato, Vid. asimismo, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 364.

jurídico del *trust*¹². Sin perjuicio de lo anterior, si bien es necesario recordar las diferencias que separan a ambas instituciones con origen en tradiciones legales diferentes —*civil law* y *common law*—, no por ello se debe perder de vista que los administradores de las sociedades, sea cual fuere su denominación —administradores o *directors*— y con independencia del lugar en el que se hallen, deben lealtad a su sociedad¹³.

Hecha la aclaración terminológica anterior, como decía, la lealtad surge de la relación fiduciaria que une a la sociedad con sus administradores. Ahora bien, la caracterización del deber de lealtad como un deber fiduciario no nos da pistas acerca de su efectivo alcance¹⁴. A tal fin, se debe analizar el origen de dicha relación, es decir, el propio nombramiento del administrador social por la junta general. No olvidemos que es el órgano soberano de la sociedad el que, como expresión de su máxima confianza, designa a los administradores sociales atendiendo a sus cualidades personales —*intuitu personae*—¹⁵. Es precisamente esta confianza en ellos depositada la causante de la *fides*, del respeto, de la actitud de

¹² Ha de tenerse en cuenta que en virtud del mandato no surge una masa patrimonial auténticamente separada del patrimonio del mandatario, a diferencia de lo que ocurre en el instituto del *trust* (sobre las diferencias existentes entre las figuras del mandato español y del *trust*, Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, cit., pp. 174-177, ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 1 de julio de 2014, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de-7897.html>).

¹³ Vid. BAHAR, R., THÉVENOZ, L., *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Market*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2007, p. 4.

¹⁴ Vid. LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 46, nota núm. 26. Tomando prestadas las palabras del juez FRANKFURTER en el caso *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et. al.* [318 U.S. 81, 85-86, (1942)] el autor recuerda las siguientes cuestiones planteadas por dicho juez: «[...] to say that a man is a fiduciary only begins analysis; it gives direction to further inquiry. To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from his duty?».

¹⁵ Como excepción a la designación de los administradores por la junta general con base en el principio mayoritario, debe mencionarse el sistema de representación proporcional previsto para las sociedades anónimas en el artículo 243.1 LSC. Sobre la vinculación entre este sistema particular de nombramiento de los administradores y el nacimiento de conflictos de interés de naturaleza estructural o permanente, Vid. *infra* Cap. III, ap. 3.2.

entrega y, en definitiva, de la lealtad que estos siempre deberán a la sociedad que deben representar y gestionar (art. 209 LSC).

En este contexto, es preciso añadir que desde el propio momento en el que surge dicha relación fiduciaria mediante el nombramiento del administrador, este se convierte en un agente de la sociedad¹⁶. Así, en el marco de esta relación contractual, el administrador se ve obligado a perseguir el objetivo consistente en maximizar el valor de la riqueza de su principal —de la sociedad—, esto es, el rendimiento de la inversión realizada por los socios de la misma¹⁷. Pero, para poder alcanzar dicho propósito, es necesario hacer frente a los potenciales problemas *de agencia* —o de delegación¹⁸— derivados del nombramiento del administrador como representante de la sociedad, puesto que, no olvidemos, dicho nombramiento le faculta para llevar a cabo acciones discrecionales que afectan a la riqueza y al patrimonio social¹⁹.

¹⁶ La teoría de la agencia ha sido empleada por la doctrina científica y los tribunales que se han encargado del estudio de los conflictos de interés para explicar la relación que une a la sociedad con el administrador y que da origen a dichos conflictos (*Vid.* entre otros, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 2016, pp. 18-19, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 16 de diciembre de 2013, disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/12/aclaraciones-sobre-el-deber-de-lealtad.html>, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, Barcelona, nº 4, 2003, *obiter dicta*, y la SAP de Asturias de 15 de mayo de 2015, F.D. Tercero, LA LEY 61299/2015).

¹⁷ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, p. 22.

¹⁸ *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G., «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Madrid, 1999, p. 159.

¹⁹ *Vid.* SITKOFF, R., «The economic structure of fiduciary law», *Harr. L. E. D. P.*, núm. 689, 2011, p. 1.040. Sobre el poder del que dispone el administrador para afectar a la sociedad con ocasión de la relación de confianza que le liga con esta se ha pronunciado el TS en los términos siguientes: «[...] en las denominadas relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar a 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 conflicto entre el gestor y quien en el él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquél» (STS de 4 de octubre de 2011, F.D. Segundo, párr. 49,

Es precisamente esta discrecionalidad que se concede al administrador la que pone en riesgo la protección del interés social. Es este el precio que ha de pagarse a cambio de la denominada *especialización funcional*, es decir, la atribución de la función de administrar a cualquier persona —aun cuando no ostente la condición de socio—²⁰. Si bien esta especialización que se logra como consecuencia de la referida separación entre la propiedad y el control se traduce, *prima facie*, en una mayor rentabilidad y eficiencia²¹, también lo hace en un mayor riesgo de conductas gestoras inmorales, deshonestas e infieles, en resumen, incompatibles con la imperativa búsqueda del mejor interés social (arts. 227.1 y 230.1 LSC)²².

Ante esta tesitura, en orden a minimizar los referidos peligros derivados de la necesaria discrecionalidad del administrador, el deber de lealtad proporciona un estándar general de conducta fiel al que el administrador deberá acomodarse. Adicionalmente, el establecimiento de este deber fiduciario cumple la función de incluir en el contrato aquellas estipulaciones que fueron omitidas por las partes contratantes —sociedad y administrador— al igual que lo hace el artículo 1258 CCiv. De esta forma, como si de cualquier otro contrato se tratara, en el marco de esta especial relación contractual la lealtad completa el contenido que las partes obviaron y omitieron, persiguiendo siempre la obtención de la máxima riqueza social —con la consiguiente minimización de la redistribución deshonesto de

caso *Fred Olsen*, RJ 2012\759).

²⁰ Vid. LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 38.

²¹ Vid. SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, Barcelona, núm. 1, 2016, pp. 13 y 17.

²² La doctrina ha subrayado las fuertes asimetrías de la información que existen entre los administradores y la sociedad como fuente de conflictos de interés (en este sentido, Vid. SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., pp. 13-14).

valor²³ y de los eventuales costes de agencia²⁴—, y la consecución del mejor interés social (art. 227.1 LSC).

1.2.2 El principio general de la buena fe. Mención especial al deber de fidelidad

He sostenido en las líneas anteriores que el deber de lealtad se debe a la relación fiduciaria que une al administrador con la sociedad. No obstante lo anterior, no es esta relación el único pilar o fundamento de este deber. De hecho, la lealtad debida por el administrador encuentra asimismo su razón de ser en el modelo de conducta general basado en el principio general de la buena fe objetiva previsto en los artículos 7.1 y 1258 CCiv y en el artículo 57 CCom²⁵.

En este sentido, el deber de lealtad puede entenderse como una concreción o materialización de este principio abstracto de la buena fe en la relación de gestión y representación indicada²⁶, deber que sirve como base jurídica de la obligación del administrador de actuar siempre en pro del interés social²⁷. Al fin y al cabo, no puede hablarse del deber de lealtad como un deber especial y natural del Derecho regulador de las sociedades, sino más bien como la sombra del

²³ *Vid.* PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 3-5. No existe alineamiento natural entre los intereses correspondientes al administrador y a la sociedad, de lo que se deriva un juego de suma cero: lo que se lleva una parte lo pierde la otra, sin que haya lugar a un aprovechamiento conjunto.

²⁴ *Vid.* SITKOFF, R., «The economic structure of fiduciary law», cit., p. 1.042. Los costes de agencia son aquellos que tratan de minimizar los efectos económicos que se derivan de los problemas de agencia, esto es, del riesgo de que el administrador-agente persiga intereses no alineados con el interés social (*Vid.* CRESPO ESPERT, J. L., CRECENTE ROMERO, F., MIR FERNÁNDEZ, C., «Gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas desde la perspectiva de la economía financiera», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 281, LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 35, nota núm.13).

²⁵ En este sentido, *Vid.* entre otras, las SSTs de 8 de marzo de 1991 (F.D. Octavo, RJ 1991\2201) y de 26 de octubre de 1995 (F.D. Segundo, RJ 1995\8349).

²⁶ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», cit., p. 228.

²⁷ *Vid.* LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 41.

principio general de la buena fe reflejada en este ámbito del Derecho²⁸. Antes bien, dada su condición de gestor de un interés ajeno cuyo titular se sitúa en el mercado y se interrelaciona con terceros, al administrador le será exigible un rigor especial, de mayor intensidad que aquel que es de esperar de un buen padre de familia²⁹. Cabe pues resumir que el deber de lealtad representa el criterio rector de la gestión social de los administradores y, consiguientemente, del modo en el que tienen que desenvolverse ante eventuales supuestos de conflicto de interés³⁰.

Realmente, la relación fiduciaria que une al administrador con la sociedad se basa precisamente en la fidelidad debida por el primero a la segunda, fidelidad que, al igual que la lealtad, deriva del propio principio básico general de la buena fe que nos ocupa en estas líneas. A este respecto, considero conveniente aclarar que los términos *fidelidad* y *lealtad* tienen un mismo origen y sirven a un mismo fin, pues son conceptos morales análogos³¹. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que estos dos términos son sinónimos según la RAE, la cual define la *lealtad* como el «cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien», y la *fidelidad* como la «lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona». Ello me permite afirmar que el comportamiento de un administrador considerado

²⁸ Sobre este particular, entre otros, *Vid.* PAZ-ARES, C., «Artículos 1.665 a 1.708 CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1.326, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 51. Es preciso añadir que el adjetivo *leal* no ha sido tradicionalmente empleado en el ámbito del Derecho mercantil, siendo destacable la ampliación del ámbito de su uso —si bien en términos de deslealtad— de la mano de la LCD.

²⁹ La referencia al estándar de diligencia de *un buen padre de familia* la encontramos, entre otros, en los artículos 1094, 1104, 1719.2º y 1903 CCiv.

³⁰ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *RDM*, núm. 281, 2011, p. 20.

³¹ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 541, SERRANO CAÑAS, J. M., «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», cit., p. 240, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones articuladas», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, 2006, p. 951.

leal es a su vez fiel y viceversa³².

Aclarado este extremo terminológico, el deber de fidelidad —o lealtad— muestra dos caras distintas, por un lado, la observancia de la *fides* o comportamiento que razonable y honestamente cabe esperar y, por otro lado, la subordinación del interés personal del gestor —administrador— al interés del *dominus*³³. En el marco del deber de representación y gestión de los administradores sociales, el deber de fidelidad exige de estos una actitud respetuosa con la confianza en ellos depositada, así como la observancia de la primacía del interés de la sociedad.

Se trata de un deber general presente en toda relación de gestión del que se derivan el deber de lealtad y el deber de cuidado de los administradores, a los que dota del contenido omitido por el legislador³⁴. A través del establecimiento de una norma de conducta indisponible para la partes, se exige al administrador la realización de cuanto sea necesario a favor del interés de la sociedad, cuidando del

³² El uso de ambos términos por parte del legislador español tras la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 2003 sobre transparencia de las sociedades anónimas cotizadas —Ley de Transparencia— que vino a modificar el artículo 226 LSA 1989 podría estar justificado por un motivo meramente lingüístico-formal (a este respecto, *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 300). Tras la modificación de la LSC operada por la Ley 31/2014, la referencia a la fidelidad del administrador únicamente la encontramos en el artículo 227.1 LSC en el que, para establecer qué ha de entenderse por *lealtad*, se alude a la figura de «un fiel representante».

³³ *Vid.* DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 100.

³⁴ Tras la modificación de los artículos 227 y siguientes de la LSC como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, el legislador ha dejado atrás la imprecisión del contenido del deber de lealtad presente en los distintos cuerpos normativos previgentes. No obstante, el principio de buena fe, en tanto que principio general aplicable a toda relación de gestión de negocios ajenos, sigue siendo un referente para interpretar el contenido del deber de lealtad y valorar, ante una determinada conducta de un administrador, si este ha obrado o no como un leal representante. En este sentido se ha sostenido que sirve: «*como principio integrador de todo comportamiento del administrador, colma el contenido de su estatutos jurídico y actúa como cláusula de cierre del sistema*», aunque afirma este autor que «*tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo, ha reducido la necesidad de acudir a la buena fe como cláusula de cierre*» (*Vid.* textualmente, HERNANDO CEBRÍA, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 127.1», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRÍA, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 166-167).

negocio como propio (art. 244 CCom). Conforme se ha expuesto anteriormente, el deber de lealtad es considerado como un sub-principio que deriva de tal deber general de fidelidad, una particularización de dicho deber engendrado por la confianza por vía de un deber de conducta³⁵. Tal sub-principio es aplicable a toda relación de colaboración y, en tanto que subespecie de esta, a las relaciones de gestión de negocios ajenos donde se ubica, entre otras, la relación de administración de sociedades³⁶.

A pesar de que, como decía, el deber de actuar de forma fiel es común a toda relación de gestión de negocios ajenos, ha de destacarse la intensidad con la que el principio de la buena fe da muestra de su existencia en el ámbito del deber de lealtad de los administradores sociales. Son motivo de esta especial intensidad, entre otros, la ajenedad del patrimonio responsable de la actividad del administrador frente a terceros, las reglas más estrictas de transparencia informativa, la confianza en él depositada y la necesidad de asegurar cierta correlación entre poder y responsabilidad, de manera que a mayor poder, mayor sea el grado de exigencia del deber de lealtad³⁷. Así las cosas, destaca la *función estructurante* del deber de fidelidad con respecto del deber de lealtad —y de diligencia— en el marco del estatuto de deberes de los administradores prevista por el legislador³⁸.

³⁵ Vid. Díez Picazo, L., *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 100 y 106.

³⁶ Vid. Rivas Ferrer, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 76.

³⁷ Vid. Gallego Sánchez, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dirs. Rojo, Á., Beltrán, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1.594, Morillas Jarrillo, M.ª J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, cit., p. 114. La concreción del principio general de la buena fe en el ámbito societario no solamente afecta a los administradores, sino también a los socios. Una muestra de ello la encontramos en la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los casos de conflicto de interés recogidos en el artículo 190.1 LSC aplicable tanto a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada como, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, a los accionistas de las anónimas. En particular, sobre la eventual extensión de los deberes de los administradores a los socios, *Vid. infra* Cap. III, ap. 3.5 y 3.6.5.

³⁸ Vid. Font Galán, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», *RdS*, núm. 25, 2005, p. 88.

En este orden, el deber de fidelidad da sentido y dota de contenido a los restantes deberes de los administradores, constituyendo la razón ética última, justificadora y justificante de la existencia de dichos deberes inherentes a la condición de administrador³⁹.

1.3 LA RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE LEALTAD Y EL DEBER DE DILIGENCIA

Tras la reforma introducida en la LSC por la Ley 31/2014, son hoy dos los deberes que todo administrador ha de cumplir: el deber de diligencia y el deber de lealtad⁴⁰. A los efectos de entender mejor el alcance del deber de lealtad objeto de

³⁹ Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 326.

⁴⁰ A pesar de que sean estos dos los deberes del administrador previstos actualmente en la LSC (arts. 225 y 227.1 LSC, respectivamente), es preciso tener en cuenta que los amplios deberes de diligencia y lealtad contienen, a su vez, otros deberes que asimismo deben observarse por estos. De un lado, en lo que al deber de diligencia respecta, debe destacarse el papel fundamental de la obligación de información que deriva del mismo. Este deber de información está previsto actualmente en el artículo 225.3 LSC, regulador del deber general de diligencia, en este sentido: «*En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones*». Se trata de un deber que está estrechamente ligado con el deber de diligencia de los administradores, puesto que para poder actuar en pro del interés social, tomando las decisiones que resulten necesarias y convenientes al efecto, necesitan conocer el estado y las particularidades propias de la sociedad en cada momento. Así ha sido entendido por el legislador en tanto en cuanto el referido precepto hace alusión a «*la información adecuada y necesaria*» a la que ha de tener acceso el administrador para el cumplimiento de sus obligaciones, cómo no, de lealtad y diligencia. Adicionalmente, es preciso apuntar también que, a fin de que resulte de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el reformado artículo 226 LSC —en virtud de la doctrina denominada *Business Judgement Rule* (Vid. *infra* Cap. I, ap. 2.3.4)—, es imprescindible que el administrador haya actuado «*con información suficiente*». En este sentido, no podemos olvidar que, conforme a la propia literalidad del artículo 225.3 LSC, además de un deber de los administradores, el acceso a la información es también un derecho suyo (en este sentido, con anterioridad a la Ley 31/2014, Vid., entre otros, MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999, p. 29, RIVAS FERRER, V., «*Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*», cit., p. 82 y la STS de 9 de mayo de 1986, F.D. Quinto, RJ 1986\2674). De otro lado, en relación con el deber de lealtad, es preciso tener en cuenta que el mismo engloba el deber básico de secreto previsto de forma separada en el previsible artículo 232.1 LSC y que actualmente se recoge como una *obligación básica* derivada de la lealtad en el artículo 228 e) LSC en los términos siguientes: «*el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya*

estudio en este trabajo, me parece de interés atender en este capítulo primero a la relación que une a ambos deberes.

Para empezar, conviene tener presente que la lealtad no muestra una única cara. Sin perjuicio de su carácter autónomo, en cuanto valor referente de la conducta de los administradores, no deja de estar insertada en la diligencia del administrador, siendo por tanto contenido de esta⁴¹. Esta doble faceta nos obliga a distinguir entre los distintos tipos o vertientes de la lealtad del administrador a fin de conocer en qué casos el deber de lealtad puede ayudarnos a delimitar el perímetro del deber de diligencia, diferenciándolo de aquellos otros en los que el deber de lealtad presenta una naturaleza individualizada con respecto de aquella.

Para ello, me parece oportuno recurrir a la distinción realizada por la doctrina científica entre la lealtad de carácter negativo o lealtad *oblativa* —lealtad de renuncia o de abstención— y la lealtad de carácter positivo o *diakonia* —lealtad de servicio o de entrega⁴²—. Atendiendo a esta separación, es en el marco de esta

cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera». La doctrina autorizada que se ha ocupado del estudio de este deber ha sostenido que la obligación de secreto no es sino una particular concreción del deber de lealtad en el ejercicio del cargo del administrador (*Vid.*, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2001, y GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 991-1.028). Es más, cabe sostener que el deber de secreto prolonga o expande el deber de lealtad de los administradores una vez que estos se desvinculan de la gestión de la sociedad, obligándoles a actuar con lealtad en el uso de la información relevante a la que hayan tenido acceso durante el ejercicio de su cargo. En este orden, la concreción de la lealtad consistente en el deber de sigilo provoca que aquella perdure aun extinguido el mandato del administrador.

⁴¹ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 267.

⁴² *Vid.* FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 99. La distinción entre las vertientes positiva y negativa del deber de lealtad la señala asimismo PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 23. No obstante, la lealtad está ligada a la defensa negativa —la abstención— del interés social. Así, se ha preconizado que el deber de lealtad al interés social es una: «*especie de fidelidad inhibitoria de toda conducta dañosa al interés social*,

vertiente positiva, en la concerniente a la lealtad de servicio, como pauta de comportamiento abstracto, en la que ha de enmarcarse la valoración de la diligencia exigible a los administradores *ex* artículo 225.1 LSC. Y ello, claro está, sin perjuicio de los deberes de carácter concreto expresamente previstos en el mismo —dedicación adecuada e información (arts. 225 2 y 3 LSC)—⁴³.

Es precisamente en el ámbito de esta vertiente positiva donde el deber de lealtad se asimila al deber de fidelidad de los administradores, el cual exige un comportamiento ético de estos, en el sentido de dirigir su conducta hacia la consecución del interés social⁴⁴. En otras palabras, esta lealtad o fidelidad viene a moralizar la actitud y la conducta del administrador en aras del mejor interés de la sociedad⁴⁵. De esta forma, es leal el administrador que, siendo fiel al interés social, representa y gestiona la sociedad y evita, en cuanto es posible, las situaciones de conflicto de interés. Ahora bien, esta fidelidad se mezcla asimismo con la diligencia exigible al administrador, puesto que este debe ejercitar su función aplicando su aptitud o pericia profesional con vistas a la más eficiente y segura realización del interés social⁴⁶. Conviene añadir que esta *lealtad diligente* ha sido considerada también una garantía del cumplimiento del procedimiento establecido por el legislador para la resolución de los conflictos de interés, en el sentido de que la misma le obliga a llevar a cabo un examen de su posición personal al objeto de evitar el conflicto entre su interés personal y el social⁴⁷.

*e incluso inhibitoria de todo conflicto con éste» (Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., pp. 320 y ss.).*

⁴³ *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., p. 936.

⁴⁴ En este sentido se pronuncia SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 268.

⁴⁵ Sobre la influencia de la fidelidad en la exigencia de un comportamiento ético al administrador, *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», cit., p. 235.

⁴⁶ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 268.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 269.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, no es tanto la referida *lealtad diligente* como la propia literalidad de la LSC el motivo por el cual los administradores se ven obligados a valorar su situación ante un conflicto. En realidad, la referida garantía procedimental actúa hoy como contrapeso del carácter imperativo del régimen de lealtad (art. 230.1 LSC)⁴⁸, permitiendo que la sociedad tenga conocimiento de los conflictos que afectan a los administradores (art. 229.3 LSC) —con base en el principio de transparencia— y active, en su caso, el mecanismo de la dispensa o autorización singular (arts. 230.2 y 3 LSC).

2. LA REGULACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

2.1 PRELIMINAR

El deber de lealtad, junto con los restantes deberes de los administradores, no ha sido objeto de regulación por el legislador español hasta inicios del presente siglo. Estos deberes no han atraído la atención del regulador, para quien la previsión de un conjunto de disposiciones legales encaminadas a establecer la manera en la que las facultades de los administradores han de ser ejercitadas no ha sido considerada necesaria. En este orden, las leyes ordenadoras de las sociedades mercantiles promulgadas durante los últimos años del pasado siglo no recogieron un catálogo de los deberes que incumbían al administrador⁴⁹.

Esta ausencia de una regulación sustantiva, fruto del desinterés del legislador, ha de contextualizarse en la ideología liberal del *laissez faire*⁵⁰ en la que

⁴⁸ Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 61.

⁴⁹ Siguiendo el paso marcado por el CCom, los deberes de los administradores no fueron previstos en las distintas leyes reguladoras de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (LSA 1951 y 1989, LSRL 1953 y 1995), ni tampoco en las leyes dirigidas a la regulación de otras sociedades y entidades (entre otras, la LAIE y la LCoop).

⁵⁰ Vid. FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de

la actuación de los administradores solamente podía ser objeto de un control posterior. Es decir, los deberes de los administradores eran considerados relevantes únicamente como presupuesto de su responsabilidad⁵¹. Así, de alguna forma, se *confiaba* en el poder decisorio y gestor de los administradores y no se sentía la necesidad de dirigirse contra la *pureza administrativa*⁵² de las empresas españolas.

No obstante lo anterior, el sentimiento de esta necesidad fue en aumento a medida que fueron creciendo y haciéndose públicas conductas deshonestas y reprochables en la gestión de las sociedades mercantiles. En realidad, los escándalos empresariales que han formado parte de nuestro día a día en las últimas décadas han provocado que esta necesidad haya devenido imperiosa desde el inicio del presente siglo.

Así, en respuesta a las voces que reclamaban una *intervención* en la gestión de las compañías, surgió un movimiento de reforma del Derecho de sociedades — ampliamente conocido como *corporate governance*— encaminado a reforzar e impulsar la transparencia y la seguridad jurídica en la administración de las sociedades cotizadas. Como consecuencia de este movimiento, el cual encontró acomodo también en el ámbito de las sociedades no cotizadas, surgió una nueva tendencia que vino a poner fin a la escasa y parcial regulación tradicional basada en las ideas liberales del siglo XIX⁵³.

deberes de los administradores sociales», cit., p. 77.

⁵¹ Prólogo de BISBAL MÉNDEZ, J. a la obra de LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 17.

⁵² Conforme al texto de la exposición de motivos de la LSA 1951, la regulación liberal de la responsabilidad de los administradores sociales estaba encaminado a asegurar: «*la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas*».

⁵³ Sobre el movimiento del *Corporate Governance* en España, entre otros, Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los Consejeros», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, cit., pp. 537-549, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., MORILLAS JARILLO, M.ª J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, cit. *in totum*.

En las siguientes líneas se exponen brevemente los antecedentes del actual régimen de los deberes de los administradores. Estos precedentes normativos nos ayudarán a entender mejor el significado y el alcance de la regulación vigente de los mismos.

2.2 ANTECEDENTES

2.2.1 El Código de Comercio

El Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, el «CCom»), reguló los deberes de los administradores de forma genérica y abstracta, con expresa alusión al régimen del mandato, al establecer que: *«los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios»* y están sujetos a *«las reglas del mandato»* (art. 156 CCom)⁵⁴. Esta referencia al régimen del mandato nos remitía al estándar de la conducta correspondiente al *«buen padre de familia»* (art. 1719, párr. 2º CCiv).

De esta manera, este cuerpo normativo no recogió un conjunto de deberes de los administradores sociales y se ocupó solo de la cuestión del daño y de la responsabilidad imputable a ellos⁵⁵, asunto más propio del Derecho patrimonial clásico⁵⁶. Es evidente que la regulación decimonónica no se preocupó por las sociedades de capital como organizaciones societarias, como instituciones en las que el estado debía intervenir. Así, se fijó únicamente en la vertiente contractual del desempeño del cargo de administrador y, en particular, en el incumplimiento

⁵⁴ Este precepto del CCom fue derogado en virtud del apartado 1º de la disposición derogatoria única de la LSC.

⁵⁵ Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 110. Debe destacarse a este respecto el artículo 144 CCom: *«El daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación»*.

⁵⁶ Vid. FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 76.

de sus deberes. Es decir, se aprecia en este cuerpo normativo una clara despreocupación por la previsión sustantiva de los deberes positivos de los administradores y, al mismo tiempo, un claro fin consistente en establecer el régimen de responsabilidad aplicable a los daños ocasionados como consecuencia de su actuación gestora.

Sin perjuicio de lo anterior, la referida remisión al mandato contenida en el artículo 156 CCom hacía aplicables al administrador las normas del representante contenidas en el CCiv, por lo que este quedaba obligado, entre otros, a actuar diligentemente (arts. 1718 y 1889 CCiv) y a respetar los límites del mandato (art. 1714 CCiv), quedando libre de responsabilidad en caso de atender a las instrucciones recibidas (art. 254 CCom). Esto es, a través de dicho envío a la regulación del mandato, resultaban de aplicación criterios generales de conducta —el modelo de conducta del *«buen padre de familia»* (art. 1719 II CCiv)— que ofrecían pistas sobre lo que debía considerarse una *buena* forma de gestionar las compañías mercantiles.

Así mismo, cabe mencionar en lo que al conflicto de interés se refiere —aunque con aplicabilidad limitada a los contratos de comisión—, los artículos 1459.2 CCiv y 267 CCom⁵⁷, en virtud de los cuales queda prohibida para los mandatarios la compra de los bienes objeto del encargo de venta. Citaré asimismo, dada su importancia en el ámbito de los conflictos de interés, el artículo 135 CCom, el cual prohíbe la utilización de la firma social o de los fondos de la sociedad para negocios por cuenta propia⁵⁸, así como los artículos 136, 137 y 138

⁵⁷ A favor de la aplicación de estos preceptos en supuestos diferentes al conflicto de interés se ha pronunciado HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de las sociedad anónima», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995, p. 1.712.

⁵⁸ Artículo 135 CCom: «No podrán los socios aplicar los fondos de la compañía ni usar de la firma social para negocios por cuenta propia; y en el caso de hacerlo perderán en beneficio de la compañía la parte de ganancias que, en la operación u operaciones hechas de este modo, les pueda corresponder, y podrá haber lugar a la rescisión de contrato social en cuanto a ellos, sin perjuicio del reintegro de los fondos de que hubieren hecho uso, y de indemnizar, además, a la sociedad de todos los daños y perjuicios que se le hubieren seguido».

CCom, relativos todos ellos a la prohibición de competencia⁵⁹.

De lo anterior se desprende que la regulación de los deberes de los administradores contenida en el CCom no constituye un real *estatuto* de los mismos. No debe perderse de vista que en el momento histórico en el que se promulgó este texto legal el control de la conducta de los administradores no se consideraba una necesidad social.

2.2.2 La Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas

Fruto de la sentida necesidad de limitar la autonomía de la voluntad que primaba en el CCom y de dotar de cierta protección a los intereses de los accionistas y de los acreedores sociales, la Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas (en adelante, la «LSA 1951») se alejó de la concepción contractualista de la sociedad anónima y ofreció una visión institucionalista de la misma⁶⁰. Así, el poder de dirección de la sociedad se desplazó de la junta general para concentrarse en los administradores, quienes conquistaron una competencia propia en materia de gestión social y, en suma, una posición esencial en el ente social⁶¹. De esta manera, se dejó atrás la visión de los administradores como meros *mandatarios* para adquirir la condición de *comerciantes* y *representantes*, es decir, sujetos titulares de atribuciones propias en la sociedad anónima. Ello supuso, al mismo tiempo, el abandono del modelo de diligencia exigible al «*buen padre de familia*» (art. 1719 II CCiv) en el ámbito de las sociedades anónimas.

⁵⁹ Sobre la regulación de la prohibición de competencia prevista en el CCom, *Vid. infra* Cap. II, ap. 2.3.

⁶⁰ *Vid.* GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed. (corregida, revisada y puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Tomo II, Madrid, 1976, p. 12.

⁶¹ *Ibid.*, p. 9, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 117.

Al hilo de lo anterior, fue concretamente el artículo 79 LSA 1951 el que por vez primera reguló positivamente el deber de diligencia de los administradores, aunque fuera en los siguientes términos genéricos: «*los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal*». Esta ordenación reforzó el nivel de diligencia exigible hasta entonces al administrador, el cual quedó elevado hasta el que es de esperar de los encargados de gestionar un negocio. Es más, dado que quedó encomendada a estos sujetos la tarea de administrar intereses de terceros, además de la diligencia del denominado *ordenado comerciante*, la LSA 1951 les impuso, cumulativamente, el deber de actuar fiel o lealmente, anteponiendo siempre los intereses de la sociedad a cualesquiera otros⁶².

No obstante esta importante novedad con origen, como decía, en la puesta en primer plano de los integrantes del órgano gestor —representantes orgánicos investidos de competencias emanadas de la propia ley⁶³— así como en la emancipación definitiva de la figura del administrador de la regulación civil del mandato, la referida consagración de los deberes de diligencia y lealtad fue, a todas luces, parcial e inacabada. En este sentido, considero necesario recalcar que el redactor de la LSA 1951 no pretendió controlar la gestión diligente y leal de los administradores, ni dotar de seguridad jurídica a los inversores, ni sentar las bases estratégicas de un estatuto de sus deberes⁶⁴.

Y es que, la plausible presentación expresa de estos deberes no vino

⁶² Vid. GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 158-159, RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, p. 254. Adelantándose a la tipificación de las conductas desleales realizada por las normas societarias posteriores, GARRIGUES consideró que la mención a la lealtad prevista en el artículo 79 LSA 1951 impedía al administrador la utilización en beneficio propio de los resortes que la representación social le ofrecía y le obligaba a guardar secreto sobre las operaciones sociales (Vid. GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 161).

⁶³ Se trata, en realidad, de una relación de representación *orgánica*, dado que el administrador se encuentra investido de un conjunto de facultades que le han sido atribuidas por ministerio de la ley (Vid. GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 26-27).

⁶⁴ Vid. FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 79.

debidamente acompañada de la adaptación del régimen de responsabilidad de los administradores para los supuestos de incumplimiento de los mismos. Por ello, esta regulación no permitió afirmar aún la previsión del régimen de los deberes de los administradores al margen del daño y de la responsabilidad consecuencia de su incumplimiento. A mayor abundamiento, este régimen del deber de diligencia no trajo consigo una nueva ordenación de la responsabilidad de los administradores, por lo que estos únicamente resultaban responsables en caso de obrar con «*malicia, abuso de facultades o negligencia grave*» (art. 79 LSA 1951), o lo que es lo mismo, con dolo, con la intención de causar un daño a la sociedad⁶⁵. En este orden, la ausencia de una regulación completa y acabada de estos deberes fiduciarios supuso, inexorablemente, notables desajustes⁶⁶.

Por último, debe hacerse mención al artículo 83 II LSA 1951. Este precepto previó el supuesto del cese del administrador incurso en un conflicto permanente de interés en estos términos: «*Los administradores que lo fueran de otra sociedad*

⁶⁵ En palabras de GARRIGUES: «[...] puesto que la negligencia grave se equipara al dolo, en definitiva sólo responden de los actos intencionales, de los actos dirigidos voluntariamente a causar un daño a la sociedad» (Vid. GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 158). En este sentido, asimismo, Vid. RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., p. 255.

⁶⁶ Teniendo en consideración el referido criterio de imputación de la responsabilidad de los administradores recogido en el artículo 79 LSA 1951, según el cual se requería «*malicia, abuso de facultades o negligencia grave*», los administradores que incumplían el estándar de diligencia exigible en virtud dicho precepto no podían resultar responsables, a menos que se acreditase dicho elemento subjetivo. Así, la LSA 1951 concedió a los administradores una franquicia a fin de que las conductas desarrolladas por culpa leve no pudieran desencadenar en responsabilidad del administrador. En otros términos: «[...] la responsabilidad del administrador no empieza allí donde termina su diligencia, sino allí donde comienza su malicia o su negligencia grave o su abuso de facultades» (Vid., así, GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 164). No obstante, esta interpretación no es pacífica en la doctrina autorizada que se ha ocupado del análisis del régimen de responsabilidad previsto en la LSA 1951. Al profesionalizarse el deber de diligencia —«ordenado comerciante»—, y elevarse así el nivel de la diligencia exigida a los administradores —en relación con la exigida al «buen padre de familia»—, también habrían de imputarse a los administradores los daños causados a la sociedad sin el grado de «*malicia, abuso de facultades o negligencia grave*» establecido en el artículo 79 LSA 1951 (Vid., así, FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 80). Desde mi punto de vista, si bien es cierto que el resultado al que nos conduce esta segunda interpretación es el que se derivaría de una regulación sistemática y estructurada de la LSA 1951, considero que la dicción literal del mentado artículo 79 LSA 1951 no nos ofrece espacio para su defensa.

competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general». Si bien es cierto que la LSA 1951 no contenía ninguna referencia expresa a los conflictos de interés entre los administradores y la sociedad, la lectura conjunta de los preceptos de esta norma anteriormente indicados me conducen a afirmar que estos enfrentamientos de interés se encontraban presentes en la mente del legislador⁶⁷. Buena prueba de ello, el transcrito artículo 83 LSA 1951 se ocupó de regular el cese del administrador que incumplía su deber de lealtad por encontrarse en una situación de oposición estable o permanente con el interés social⁶⁸. Más adelante en este trabajo tendré ocasión de analizar en profundidad el alcance de este supuesto de cese que se recoge, con alguna variación en su redacción, en el vigente artículo 224.2 LSC⁶⁹.

2.2.3 La Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada

La Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, la «LSRL 1953») no dedicó ningún precepto a la regulación del deber de lealtad, sin perjuicio de la previsión de la prohibición de competencia recogida en su artículo 12. No obstante, por remisión expresa del artículo 11 de esta ley, resultaba de aplicación la regulación contenida en la LSA 1951 a la que se ha hecho referencia en el apartado inmediatamente anterior de este capítulo.

⁶⁷ Sobre los conflictos de intereses de los administradores vigente la LSA 1951, *Vid.* RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 242-244.

⁶⁸ Sin embargo, la LSA 1951 no contenía respuesta alguna dirigida a los infractores de los conflictos de interés ocasionales (*Vid.* GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 127).

⁶⁹ *Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2.

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

El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, la «LSA 1989») tampoco supuso un cambio relevante en el ámbito de la codificación de los deberes de los administradores. En realidad, esta norma se limitó a sustituir la referencia al «*ordenado comerciante*» prevista en el artículo 79 LSA 1951, por la del «*empresario*» contenida en el artículo 127.1 LSA 1989⁷⁰, así como a incluir expresamente el deber de «*secreto sobre las informaciones de carácter confidencial*» (art. 127.2 LSA 1989).

Sin embargo, este texto refundido sí supuso un importante cambio en lo que al régimen de responsabilidad de los administradores respecta. En particular, esta norma separó el régimen de responsabilidad (art. 133 LSA 1989) de las normas relativas a la diligencia debida (art. 127.1 LSA 1989). Asimismo, en el referido artículo 133 LSA 1989 se adicionó un nuevo supuesto de ilicitud a los tradicionales consistentes en los actos contrarios a la ley y a los estatutos. Este nuevo supuesto fue el correspondiente a «*los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*» —la diligencia regulada en el artículo 127.1 LSA 1989⁷¹—, el cual puso fin al umbral de la negligencia grave vigente hasta entonces. Ahora bien, toda vez que este nuevo régimen no vino acompañado de un verdadero sistema de deberes de los administradores, ello supuso una ralentización o desactivación de dicho renovado régimen de responsabilidad⁷².

⁷⁰ La novedosa referencia a la figura del «*empresario*» contenida en este precepto ha de relacionarse con el nivel de exigencia o estándar de profesionalidad esperado del administrador de la sociedad anónima. Aunque el administrador desempeña las labores de empresario en nombre y por cuenta de la sociedad administrada, dichas labores son las propias del titular de la empresa (Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Privado, Tomo IV, Administradores, Artículos 123 a 143, Madrid, 1994, pp. 103-104).

⁷¹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 251.

⁷² Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 122. En el mismo sentido, Vid. FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración

En este orden, la LSA 1989 tampoco introdujo una solución a los conflictos de interés existentes entre los administradores y la sociedad, los cuales quedaron sometidos a las reglas generales de separación o cese de los administradores en situación de conflicto permanente (art. 132.2 LSA 1989), a la impugnación de los acuerdos del consejo de administración (art. 143 LSA 1989) y al tradicional régimen de responsabilidad por daños (art. 133 LSA 1989).

2.2.5 La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, la «LSRL 1995») consagró por vez primera en un texto regulador de este tipo social, de forma expresa —sin remisiones al texto de la LSA 1989—, la obligación de desempeñar el cargo *«con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»*. En realidad, la LSRL 1995 se limitó a reproducir el contenido de los dos apartados del artículo 127 LSA 1989 arriba referenciados en su artículo 61.

2.2.6 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

La primera verdadera previsión legal de los deberes inherentes a los administradores sociales fue introducida en la LSA 1989 como consecuencia de la entrada en vigor de 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

en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 82.

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 (en adelante, la «Ley de Transparencia»).

Antes de atender a las modificaciones materiales que nos trajo la Ley de Transparencia, es importante contextualizar la misma en el movimiento del gobierno corporativo en el que fue aprobada. En este nuevo contexto creció notablemente la preocupación social acerca de la gestión de las sociedades mercantiles y, especialmente, sobre el ejercicio del poder en las mismas. En suma, en el marco del denominado *corporate governance* se inició el camino —no habiéndose alcanzado su fin a día de hoy— hacia la transparencia y la seguridad jurídica con el fin último de incrementar la confianza de los inversores en el mercado. Este movimiento de origen anglosajón tuvo entrada asimismo en España y fue inspirador de los distintos códigos de buen gobierno corporativo que han sido promulgados en los últimos años. Merece hacerse mención, entre ellos, por su influencia en la promulgación de la Ley de Transparencia que nos ocupa en este apartado del trabajo, al informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas de 8 de enero de 2003 (en adelante, el «Informe Aldama»). Este informe vino a seguir la tendencia *reguladora* —mediante el sistema de derecho blando o *soft law*— iniciada por el informe elaborado por la comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades a petición del gobierno español de 26 de febrero de 1998 (en adelante, el «Informe Olivencia»). Conviene tener presente que el Informe Aldama ya advirtió con firmeza sobre la conveniencia de una intervención legislativa para los casos de enfrentamiento entre el interés social y el personal de los gestores, y recomendó, asimismo, una concreción de las obligaciones que se derivan del deber de lealtad⁷³.

⁷³ Decía así el apartado III.1 del Informe Aldama: «*La Opinión de esta Comisión es que en este campo resultaría conveniente una intervención legislativa, cuya función fuera suplementar la debilidad de los mecanismos disciplinarios que proveen las fuerzas del mercado en aquellos casos en los que se enfrenta abiertamente el interés social y el interés personal de quienes tienen influencia en la gestión de la sociedad. El*

En este entorno, la Ley de Transparencia dio respuesta a las voces que exigían la modificación del artículo 127 LSA 1989 al objeto de precisar su abstracto y genérico contenido. En particular, la Ley de Transparencia incorporó en el originalmente escueto artículo 127 LSA 1989 cuatro novedosos preceptos que, dejando a un lado conceptos amplios e indeterminados, incluyeron un estatuto de deberes con entidad sustantiva propia que no solo vino a esclarecer el contenido propio de la lealtad y de la diligencia, sino que, al mismo tiempo, trató de establecer las bases necesarias para delimitar la eventual responsabilidad derivada de su incumplimiento⁷⁴. En particular, estos preceptos establecieron de forma clara que los deberes que incumbían al administrador eran los siguientes: el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 127 ap. 2º), el deber de fidelidad (art. 127 *bis*), el deber de lealtad (art. 127 *ter*) y el deber de secreto (art. 127 *quater*)⁷⁵.

instrumento fundamental consistiría en un desarrollo ordenado de los supuestos y del régimen de responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad». Por su parte, el apartado III.2.2 estableció lo siguiente en relación con la necesidad de precisar las obligaciones que se derivan del deber de lealtad: «Por ello, la primera medida a adoptar para reforzar la eficacia del deber de lealtad consistiría en detallar –al menos en un nivel intermedio de especificación— las obligaciones básicas derivadas del principio general, como sugería ya el Informe Olivencia. En efecto, la definición de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, orienta la conducta de los administradores, suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas, y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada, que en última instancia es lo más importante». (Para un análisis del contenido de la regulación del deber de lealtad en el Informe Aldama, Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 82-87). Considero preciso añadir que ya el Informe Olivencia recomendó el referido detalle de las obligaciones que nacen del propio deber de lealtad en estos términos: «La legislación sustantiva establece que el consejero ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. El carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta hace recomendable, en nuestra opinión, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y de lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación» (ap. 8.1).

⁷⁴ Vid. EMBID IRUJO, J. M., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia», RCDI, núm. 685, 2004, pp. 2-3, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 238.

⁷⁵ Es preciso indicar que esta novedad legislativa no afectó al artículo 61 LSRL 1995, quedando por tanto inalterado el régimen aplicable a estas sociedades.

En lo que al deber de lealtad respecta, el referido artículo 127 *ter* LSA 1989 recogió, a su vez, un elenco abierto de casos de deslealtad que permitió visualizar, con mayor nitidez, cuál es la conducta exigible al administrador leal⁷⁶. Al mismo tiempo, la Ley de Transparencia introdujo en el sistema español ciertas garantías procedimentales encaminadas a lograr la transparencia en este ámbito, así como la prevención de las consecuencias derivadas de los conflictos. Estas garantías fueron concretamente dos: de un lado, el deber de comunicar los conflictos de interés y, de otro, la obligación de abstenerse de intervenir en las operaciones a las que se refiera el conflicto⁷⁷.

Esta concreción de los deberes de los administradores ha de relacionarse también con la nueva redacción del artículo 133 LSA 1989 introducida por la Ley de Transparencia. En virtud de la misma, el título de imputación de responsabilidad se estableció en el incumplimiento de «*los deberes inherentes al desempeño del cargo*» en lugar de en la inobservancia de la «*diligencia con la que deben desempeñar el cargo*»⁷⁸. Así, cabe pensar que la tipificación de los deberes de los administradores podría haber ido ligado al deseo legislativo de fijar, de manera más particularizada y precisa, los supuestos cuya infracción permitía desencadenar la responsabilidad de los administradores.

Sin perjuicio de la merecida valoración positiva que ha de hacerse de este

⁷⁶ En particular, el apartado 1 del artículo 127 *ter* LSA 1989 previó la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para la realización de operaciones por cuenta propia. Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto introdujo la prohibición de aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad bajo una redacción bastante más amplia, a la vez que complicada, que la recogida hoy en el artículo 229.1 d) LSC (sobre este listado abierto —*numerus apertus*— de casos de deslealtad, *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 193-196, EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 *ter*. Deberes de lealtad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1.433-1.437).

⁷⁷ Estas obligaciones de comunicación y abstención se recogen, con algunos cambios relevantes, en los vigentes artículos 228 c) y 229.3 LSC.

⁷⁸ Sobre la interpretación de esta diligencia debida tras la Ley de Transparencia, *Vid.* ARROYO MARTÍNEZ, I., «Art. 133. Responsabilidad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1.536.

primer paso en la sistematización de los deberes de los administradores, cierto es que de la lectura conjunta y armónica de los nuevos apartados del artículo 127 LSA 1989 no resulta fácil conocer la forma en la que habían de entenderse y aplicarse. En particular, por ser el deber que nos ocupa en este trabajo, la separación del deber de lealtad del deber de diligencia eclipsó la idea de que el deber de diligencia se integra con el contenido del deber de lealtad típicamente exigible al representante leal⁷⁹. Si bien la cláusula general de la fidelidad vino a servir como concepto-valor de enlace entre dichos deberes de diligencia y lealtad, a decir verdad, su separación del deber de lealtad trajo consigo también dudas sobre el contenido concreto de ambos⁸⁰. Al mismo tiempo, muy a pesar de la nueva redacción del mentado artículo 133 LSA 1989, estas imprecisiones terminológicas no nos permiten descifrar el régimen de responsabilidad aplicable como consecuencia de su infracción⁸¹.

Por último, conviene señalar que las novedades introducidas por la Ley de

⁷⁹ Vid. FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., p. 85.

⁸⁰ Conforme ha sido señalado previamente en este trabajo, ambos términos son sinónimos (Vid. *supra* Cap. I, ap. 1.2.2). No obstante, la referida separación que trajo consigo la Ley de Transparencia dio origen a distintas interpretaciones doctrinales sobre la relación existente entre la lealtad y la fidelidad. Se ha entendido que el vínculo entre ambos deberes es horizontal, de forma que: «el deber de fidelidad, al igual que el de diligencia, constituyen verdaderos principios jurídicos, que informan todo el régimen de los administradores. En cambio, el deber de lealtad, y también el de secreto, deben calificarse como reglas jurídicas específicas, cuya adopción aparece vinculada a la realización (u omisión) de determinados comportamientos concretos» (Vid., así, EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter. Deberes de lealtad», cit., p. 1.433). En similar sentido, se ha considerado que: «[...] el primero de ellos [la fidelidad] nos da la noción de los «deberes de fidelidad» y el segundo [la lealtad], vinculado como hemos dicho al anterior, expone una casuística relativa al cumplimiento de los deberes de fidelidad o de lealtad» (Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 189). Según la opinión de RIVAS FERRER, V., («Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 92): «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 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». Desde mi punto de vista, la especialidad del deber de lealtad frente a la generalidad de la fidelidad defendida por la citada doctrina ha quedado fielmente reflejada en la regulación de los deberes fiduciarios de la vigente LSC introducida por la Ley 3/2014.

⁸¹ Vid. EMBID IRUJO, J. M., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia», cit., pp. 5-6.

Transparencia, aun imperfectas⁸², permitieron por fin analizar los deberes de los administradores de forma separada al régimen de responsabilidad derivado de su incumplimiento. Esto es, la sistematización de los deberes de los administradores fue fruto del deseo de regular la actuación gestora de los administradores de forma independiente al daño y a la responsabilidad a los que habían ido tradicionalmente vinculados, consiguiendo así un régimen más ordenado y *acabado* de la gestión de las sociedades mercantiles.

Me atrevo a decir que las dudas y cuestiones derivadas de la lectura e interpretación de los referidos preceptos incluidos por la Ley de Transparencia en la LSA 1989 han sido despejadas y solventadas —al menos en parte— gracias a la promulgación de los nuevos cuerpos normativos a los que atenderé a continuación.

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

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la «LSC»), a pesar de su carácter *refundido*, introdujo novedades importantes en la regulación de los deberes de los administradores.

En primer lugar, en lo que a la previsión de estos deberes respecta, la LSC separó en dos artículos los deberes de diligencia y lealtad tradicionalmente previstos de forma conjunta en los artículos 127 LSA 1989 y 61.1 LSRL 1995 (arts. 225 y 226 LSC, respectivamente), separación que no introdujo modificaciones materiales en el gobierno de ambos deberes. Así mismo, se agruparon en un

⁸² Sobre las imperfecciones e imprecisiones del sistema de deberes introducido por la Ley de Transparencia, con base en el proyecto de esta norma, se pronunció ampliamente PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 46-54.

mismo artículo los deberes de lealtad y fidelidad, permitiendo así recoger bajo una noción omnicomprendiva la obligación principal de los administradores de desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social, elevando por tanto el interés social a postulado básico delimitador del contenido y alcance de la actuación de los administradores⁸³. En realidad, el concepto del interés social permitió insertar el deber de fidelidad introducido por la Ley de Transparencia en el más amplio deber de lealtad⁸⁴.

En segundo lugar, resulta obligatorio subrayar la novedad más importante introducida por la LSC, esto es, la extensión del régimen legal relativo al deber de lealtad regulado en sede de sociedades anónimas en virtud de la Ley de Transparencia (art. 127 *ter* LSA 1989) a las sociedades de responsabilidad limitada. Recordemos que la LSRL 1995 se limitaba a prever la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (art. 61.1 LSRL 1995) y la obligación de guardar secreto (art. 61.2 LSRL 1995), pero no preveía expresamente las restantes recogidas en el referido artículo 127 *ter* LSA 1989, entre las que cabe destacar la obligación de abstención de los administradores incurso en una situación de conflicto (art. 127 *ter* LSA 1989). Como consecuencia de lo anterior, hasta la entrada en vigor de la LSC el control de la actuación de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada se realizaba *ex post*, acudiendo para ello a los remedios tradicionales consistentes en la impugnación de los acuerdos sociales y la exigencia de responsabilidad por el daño causado al patrimonio social⁸⁵.

En tercer lugar, añadiré que, junto con la regulación relativa al deber de

⁸³ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 18.

⁸⁴ *Vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015t., p. 140.

⁸⁵ *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de las sociedades de capital», *RdS*, núm. 36, 2011, p. 159.

lealtad y a las situaciones de conflicto de interés, se extendió también a la sociedad de responsabilidad limitada el régimen relativo a las personas vinculadas (art. 231 LSC) y el deber de secreto (art. 232 LSC), completando así el régimen previsto en la escueta redacción del artículo 61 LRSLL 1995.

Adicionalmente, fue la LSC la que armonizó el régimen relativo a la prohibición de competencia de los administradores en las sociedades anónimas y limitadas, dejando atrás los diferentes regímenes existentes en los derogados artículos 65 LRSLL 1995 y 132.2 LSA 1989. Así, se reguló asimismo de forma expresa para las sociedades anónimas la interdicción de competencia de los administradores susceptible de ser dispensada por la sociedad, superándose por tanto la visión acotada de esta prohibición como causa justa de separación recogida en la LSA 1989.

Ahora bien, la referida armonización no fue absoluta. En efecto, el remedio aplicable a la vulneración de la prohibición de competencia por los administradores sociales mantuvo un distinto tratamiento en la LSC. En concreto, conforme a esta norma, en las sociedades de responsabilidad limitada correspondía al socio la facultad de solicitar del Juez de lo Mercantil el cese del administrador (art. 230.2 LSC), mientras que en las anónimas, era la propia junta general la que, a petición de cualquier accionista, debía resolver sobre el cese del administrador que lo fuere de otra sociedad competidora (art. 230.3 LSC).

En suma, de la mano de la LSC se dieron importantes pasos hacia la regulación conjunta y unificada de los deberes de los administradores y, en estrecha relación con estos últimos, de los conflictos de intereses. Sin embargo, lo escueto y poco preciso de la literalidad de esta ley no despejó todas las dudas provenientes de textos normativos anteriores, lo cual provocó el nacimiento de numerosas interpretaciones de estos preceptos. Veamos si las modificaciones introducidas en la LSC tras su reforma de 2014 nos ayudan a esclarecer estas dudas

y a entender el régimen legal relativo a los deberes aplicables, a día de hoy, a los administradores de las sociedades de capital.

2.2.8 La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

La reforma de la LSC en el ámbito del gobierno corporativo se ha producido como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, la «Ley 31/2014»).

El origen y antecedente directo⁸⁶ de esta norma se encuentra en la creación de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo como consecuencia del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el día 10 de mayo de 2013⁸⁷. El objeto de la formación de esta comisión consistió en la elaboración de un estudio dirigido a analizar el estado en el que se encontraba el buen gobierno de las sociedades en España y proponer las medidas encaminadas a mejorar la eficacia y la responsabilidad en la gestión de las sociedades de capital. La respuesta a este mandato se materializó en un texto⁸⁸ elaborado por la referida comisión de expertos en el que se incluyeron recomendaciones, principalmente, en las siguientes materias: (i) junta general y derechos de los accionistas, (ii) consejo de administración y estatuto de los administradores —atendiendo a sus deberes fiduciarios y su responsabilidad— (iii) organización y funcionamiento del consejo de administración, (iv) remuneración de administradores, y (v) régimen de las comisiones delegadas, siendo la práctica totalidad de estas recomendaciones

⁸⁶ Preámbulo de la Ley 31/2014 (ap. III).

⁸⁷ Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

⁸⁸ *Vid.* Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, Madrid, 13 de octubre de 2013, disponible en: https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pd

respetadas en el texto aprobado de la Ley 31/2014⁸⁹.

El proceso legislativo de esta norma fue relativamente rápido. El Proyecto de Ley 121/000097 relativo a la modificación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo fue publicado en el BOCG el día 30 de mayo de 2014, finalizándose el proceso legislativo con la aprobación de la Ley 31/2014, antes del fin de dicho año. La rapidez de la tramitación parece que fue debida a la necesidad de dar respuesta a las debilidades y a los problemas relacionados con el buen gobierno de las compañías en el marco de la grave crisis económico-financiera en el que el gobierno corporativo había adquirido mayor trascendencia⁹⁰, sin olvidar, asimismo, la reforma de amplio alcance que afecta a la disciplina del Derecho mercantil en los últimos años⁹¹. No olvidemos que la reforma introducida por la Ley 31/2014 no es completa y definitiva sino, más bien, parcial⁹² y temporal en

⁸⁹ Preámbulo de la Ley 31/2014 (ap. III).

⁹⁰ De conformidad con lo indicado en el preámbulo de la Ley 31/2014 (ap. I): *«Tanto desde una perspectiva económica como jurídica, el gobierno corporativo de las sociedades viene adquiriendo en los últimos años una trascendencia tal que se ha incorporado, con carácter estructural y permanente, a la agenda regulatoria de las autoridades y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas. A su vez, el conjunto de materias o áreas que es objeto de reflexión a la luz de los principios de buen gobierno corporativo se amplía progresivamente. Así, si en origen el gobierno corporativo se centraba en el estudio del consejo de administración y en las posibles soluciones a los problemas de agencia y de información asimétrica de las sociedades mercantiles, en la actualidad, junto con estas cuestiones, se analizan pormenorizadamente otras como las relativas a las retribuciones y profesionalización de administradores y directivos»*. Sobre la influencia de la crisis en las reformas legislativas producidas en los últimos años, *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Comares, Granada, 2013, pp. 64-69. Según expone este autor en su referido trabajo, en el ámbito del Derecho de sociedades (*Ibid.*, p. 65): *«también hay huellas perceptibles del “Derecho de la crisis”, que, a la vez, no son siempre coincidentes en su finalidad y cuya sucesión, por otra parte, permite apreciar la propia evolución de la crisis. Todo ello permite confirmar, por si hiciera falta, la idoneidad del Derecho de sociedades para ser considerado desde la perspectiva que ahora nos ocupa; pero también para comprobar si han sido efectivos los arbitrios, de diverso signo, ensayados en su ámbito con el objetivo de contribuir a la superación de la crisis, así como, en fin, para asistir a la confrontación en torno a las diversas ideas sobre su sentido y razón de ser, algunas de largo aliento, otras más recientes, que ha adquirido singular intensidad, precisamente, con motivo de la crisis»*.

⁹¹ *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 29.

⁹² En este caso, el adjetivo parcial se refiere a que esta reforma se dirige únicamente a la regulación de las sociedades de capital y no al Derecho de sociedades, en toda su amplitud — reforma plena— (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «La mejora del gobierno corporativo y el régimen

tanto en cuanto se apruebe el esperado Código Mercantil⁹³.

Adicionalmente, considero importante mencionar que esta reforma de la LSC se complementó con el CUBG publicado por la CNMV en febrero de 2015. Y es que, no debemos descuidar la conexión existente entre la normas de naturaleza legislativa y aquellas disposiciones de Derecho blando —*soft-law*— basadas en el principio *cumplir o explicar*⁹⁴, máxime en el marco de la regulación de la organización de los órganos de administración y los deberes que incumben a quienes los integran. De hecho, la realidad da buena muestra de que, en ciertos casos, las normas dispositivas han sido objeto de una intervención de naturaleza imperativa⁹⁵, quedando integradas a día de hoy en la propia LSC.

Al análisis de las novedades introducidas en la LSC por la reforma del gobierno corporativo a la que me he referido en estas líneas, en concreto, a las incluidas por la referida Ley 31/2014, me dedicaré en el próximo apartado de este trabajo.

de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital», cit., p. 35).

⁹³ La elaboración del Código Mercantil fue encomendada por D. Juan Fernando López Aguilar, entonces Ministro de Justicia, a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, mediante Orden de 7 de noviembre de 2006. Fruto de dicha solicitud, el día 17 de junio de 2013 fue entregado el texto de la Propuesta de Código Mercantil al nuevo Ministro de Justicia, D. Albero Ruiz-Gallardón, por parte de D. Alberto Bercovitz, Presidente de dicha Comisión General. El día 30 de mayo de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, el cual reproduce literalmente, aunque con algunos cambios sistemáticos, el estatuto de deberes de los administradores de las sociedades de capital introducido en la LSC por la Ley 31/2014. Texto disponible en: http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def.asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91. En la fecha de redacción de esta tesis la tramitación del Código Mercantil se encuentra paralizada.

⁹⁴ *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, cit., p. 73.

⁹⁵ Preámbulo de la Ley 31/2014 (ap. II, pár. II).

2.3 LA NUEVA REGULACIÓN CONSAGRADA EN LA LSC TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 31/2014

2.3.1 Preliminar

El reformado régimen del deber de lealtad de los administradores sociales proveniente de la Ley 31/2014 presenta notables novedades que merecen ser destacadas.

A diferencia de la escueta regulación contenida en las normas societarias derogadas a las que he hecho referencia previamente, la Ley 31/2014 ha prestado por fin una atención real, sustantiva y particularizada al deber de lealtad. Concretamente, esta atención ha quedado cristalizada en la dicción de los artículos 227 a 230 LSC, los cuales han concedido una mayor visibilidad al deber de lealtad tradicionalmente subestimado y de alguna manera tapado por el hasta entonces imperante deber de diligencia⁹⁶. Así las cosas, tras la reforma introducida por la referida ley —la cual adopta como punto de partida la clasificación de los deberes prevista en los sistemas de *Common Law*⁹⁷—, resulta de aplicación un nuevo esquema de deberes de los administradores que pivota sobre dos ejes situados en un mismo plano: el deber de diligencia y el deber de lealtad —*fiduciary duties of care and loyalty*—.

En primer lugar, destaca la previsión del artículo 227.1 LSC dedicado, en exclusiva, a regular la lealtad del administrador social de forma propia o sustantiva.

⁹⁶ Sobre la visibilidad dada al deber de lealtad por la Ley 31/2014 se pronuncia PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, el cual reproduce básicamente el texto de la conferencia dictada por este autor en la reunión anual del Área de Derecho Mercantil de URÍA MENÉNDEZ celebrada el 21 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>. En opinión de este autor son importantes los pasos dados por el legislador tanto desde el plano sistemático como de diseño de la regulación del deber de lealtad.

⁹⁷ *Vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», cit., p. 142.

Esta ordenación se ha complementado oportunamente con otras disposiciones que tratan de poner fin a la atipicidad de las conductas desleales mediante el establecimiento de criterios que vienen a explicarnos qué se espera de un administrador fiel, imparcial, franco y, en definitiva, leal. En concreto, a modo de introducción de lo que más adelante se desarrollará en este trabajo, apuntaré que el artículo 228 LSC prevé las *obligaciones básicas* que se derivan de este deber de lealtad y el 229.1 LSC, por su parte, el deber de evitar situaciones —obligaciones negativas o de abstención de carácter marcadamente preventivo— que *podrían colocar* al administrador en una situación de conflicto de interés. Adicionalmente, el artículo 230 LSC establece el carácter imperativo del régimen, además de regular la dispensa o autorización singular de las obligaciones de abstención recogidas en su predecesor, y el artículo 231 LSC presenta novedades en lo relativo a las personas que se consideran *vinculadas* a los administradores. Por su parte, el artículo 232 LSC, junto con el artículo 227.2 LSC, muestra nuevas acciones de carácter especial dirigidas a castigar las infracciones del deber que nos atañe. Por último, añadiré que el artículo 236 LSC también ha sido modificado por la referida Ley 31/2014 a fin de incluir nuevos sujetos distintos a los administradores *de derecho* a los que les resulta de aplicación, desde su entrada en vigor, este nuevo estatuto de deberes.

En resumen, la Ley 31/2014 ha introducido un contexto legal con aire renovador que trata de paralizar el tradicional pensamiento liberal que ha inspirado la ordenación legal de los deberes de los administradores en España. En este sentido, se ha apostado por dar visibilidad al deber de lealtad y, principalmente, por delimitar su alcance, aportando en consecuencia una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho en este ámbito⁹⁸. En los próximos apartados de este trabajo analizaré el contenido de la regulación que nos ha dejado la referida Ley 31/2014 y que se encuentra vigente en la actualidad.

⁹⁸ *Vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», cit., pp. 144-145, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 48.

2.3.2 La nueva previsión del deber general de lealtad

El artículo 227.1 LSC nos ofrece la definición correspondiente al deber de administración leal en los siguientes términos: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*»⁹⁹.

Con carácter preliminar, conviene hacer alusión a la novedad que supone en sí misma la previsión de un deber autónomo de lealtad al que se le dedica, además de este artículo, otros que lo siguen y desarrollan con amplitud, logrando así que tenga una taxonomía propia¹⁰⁰. Así, el artículo 227.1 LSC se nos presenta como una cláusula general del deber de lealtad en el marco del nuevo sistema de deberes de los administradores¹⁰¹. Al lado del elenco de *obligaciones básicas* tipificadas en el artículo 228 LSC, el deber genérico de lealtad previsto en el artículo 227.1 LSC opera tanto como fundamento o pieza central de dichas obligaciones¹⁰², como en forma de cláusula residual —o *cláusula de cierre*— ante todas aquellas otras que, aun no habiendo sido expresamente previstas por el legislador, merecen un reproche desde el punto de vista de la lealtad¹⁰³. Doctrinalmente se ha considerado que el carácter de cláusula general no opera solamente con respecto de comportamientos atípicos, sino también con respecto

⁹⁹ Esta previsión se reproduce literalmente en el artículo 215-9 ACM.

¹⁰⁰ Presentación de la obra de HERNANDO CEBRIÁ, L., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 9.

¹⁰¹ En palabras de PAZ-ARES, C. (*Vid.* «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 14), adelantándose a la reforma operada por la Ley 31/2014 en el régimen de la lealtad debida por los administradores, se trataría de una: «*cláusula general matriz de deber de lealtad*».

¹⁰² *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 365.

¹⁰³ En relación con la función de cláusula general o cláusula de cierre que desempeña el deber general de lealtad recogido en el artículo 227.1 LSC, considero de interés hacer mención a la imposibilidad de prever *ex ante* todas aquellas actuaciones del administrador que pueden considerarse desleales o pueden entrañar una situación de conflicto de interés, ya sea actual o potencial. A este respecto, el carácter abstracto de la función de representación, junto con otras funciones organizativas y de gestión que corresponden a los administradores, impiden que la regulación dispense una solución para todas ellas (*Vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», cit., p. 154).

de aquellos sujetos que no han sido calificados por el legislador como *personas vinculadas* en la regulación de los deberes de los administradores (art. 231 LSC)¹⁰⁴.

Pero además de estas funciones, esta cláusula *universal* deja abierta la puerta al juzgador para desarrollar este deber fiduciario. Dicho de otro modo, por medio de esta cláusula se establece una autorización o delegación a favor del juez para que cree normas *ad hoc*, en suma, para que desarrolle el Derecho positivo cuando las circunstancias particulares de cada caso así lo requieran¹⁰⁵. En el marco de esta función delegatoria cobra especial importancia el lenguaje moral presente en el precepto que nos ocupa en estas líneas. Conceptos como el de la *fidelidad* o la *buena fe* nos indican que la ética y la moral preocupan al legislador en el ámbito discrecional en el que actúa al administrador. Muestra de ello, se ha de subrayar la opción de política legislativa favorable a la inclusión de dichos rastros morales en la LSC al objeto de lograr un lenguaje jurídico dotado de una mayor expresividad y, a su vez, de invitar a los aplicadores del Derecho a abandonar o, al menos, moderar el formalismo tradicional¹⁰⁶. Atendiendo a los innumerables supuestos

¹⁰⁴ Vid. JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 367.

¹⁰⁵ En este sentido, Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 14, ID. *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 49. En particular, dicha delegación a favor del juez contenida en el artículo 227.1 LSC encontraría su fundamento en el principio general de la buena fe que se recoge en el mismo precepto. Este principio podría facilitar la incardinación en esta cláusula general de comportamientos contrarios al mismo que, aun no habiendo sido previstos por el legislador, podrían considerarse desleales (sobre la función delegatoria que desempeña el principio general de la buena fe y, en especial, sobre su posible uso para articular nuevos deberes fiduciarios que se consideren apropiados en vistas a la cambiante realidad social, Vid. EISENBERG, M. A., «The duty of Good Faith in Corporate Law», *Delaw. Journ. Corp. L.*, Vol. 31, núm. 1, 2005, p. 6).

¹⁰⁶ Vid. PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 49. En relación con la mayor presencia de la moral en el ámbito del derecho de sociedades, considero interesantes las reflexiones de GONZÁLEZ MENESE, M. (Vid. «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 2015, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3970-la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de-capital-y-la-funcion-notarial>) según las cuales: «[...] podemos percatarnos de que lo que subyace a esta reforma es una tendencia —que viene ya de hace unos años, pero que en esta última ley se hace especialmente patente— a favor de una mayor “moralización” de nuestro derecho de sociedades. Lo que se pretende en último término es que haya más rigor ético en el funcionamiento de las organizaciones empresariales y en general en el mundo de los negocios». A este respecto, se ha hecho asimismo especial hincapié en la necesidad de elevar el nivel ético de los administradores sociales a fin de mejorar la gestión de las sociedades de capital (Vid. GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes de los

reales en los que se ha puesto de manifiesto que el nivel ético en la gestión de las sociedades mercantiles es, cuanto menos, mejorable, estos matices y componentes éticos visibles en el nuevo estatuto de deberes recuerdan al gestor de intereses ajenos que ha de actuar éticamente. Ello significa, en el escenario que nos ocupa, que debe evitar situaciones comprometidas con el interés social y ha de actuar honesta y *desinteresadamente*, anteponiendo en todo caso los intereses del principal a los suyos propio, o a los de un tercero.

Expuestas estas ideas preliminares sobre el deber de lealtad previsto en el artículo 227.1 LSC y la consideración de este precepto como *cláusula general*, a continuación me detendré en el examen de su contenido y alcance.

2.3.3 Los elementos del deber de lealtad

De la literalidad del artículo 227.1 LSC considero de interés en este apartado extraer los siguientes tres elementos o fundamentos básicos del deber de lealtad

administradores en situación de conflicto de intereses», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 541): «*Lo que habría fallado es la dirección de ciertas grandes empresas, en especial las que intervienen en el mercado financiero, y ello no tanto por una deficiente formación y aptitud técnicas de los sujetos encargados de esa dirección, como por una deficiencia de tipo ético*». Sin embargo, existe una importante corriente doctrinal que se opone a dar especial relevancia a las cuestiones éticas (Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 42-43): «*Sin perjuicio de las consideraciones éticas que quieran formularse, éste no ha de ser el enfoque principal. Deber serlo el estrictamente económico. El objetivo no es moralizar el Derecho de Sociedades, sino mantener la confianza en su eficiencia*». Asimismo, se ha pronunciado en este sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J. (Vid. «*Creación de valor, interés social y responsabilidad Social Corporativa*», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, 2006, p. 859) quien sostiene que: «*Hablar de Ética proyectándola al buen gobierno corporativo es una fuente de absoluta incertidumbre. Primero, por su polisemia y, luego, por la relatividad del significado que elijamos. Además, y quizás sea ésta más trascendente, con ello se incrementa la confusión, al pretender establecer soluciones generales a partir de criterios que se proyectan sobre la conducta humana*». En sintonía con estas últimas opiniones, si bien considero necesario y acertado imponer un nivel ético en la gestión de las sociedades de capital, dicha imposición ha de estar *positivizada* en criterios objetivos y eficientes que marquen la conducta de los administradores y no en meras menciones generales y abstractas.

de los administradores: (i) la representación fiel, (ii) la buena fe, y (iii) la búsqueda del mejor interés de la sociedad.

En este apartado me dedicaré al estudio de estos tres elementos fundamentales que extraigo del referido precepto. No obstante, es preciso recalcar que de la lectura de los artículos 228, 229 y 230 LSC se infieren otras notas características sustantivas de este deber, tales como la regla *ningún conflicto* y la imperatividad flexible o relativa de su normativa, entre otras, que no pueden pasar inadvertidas a fin de lograr comprender en su integridad en qué consiste esto de la *administración leal*. Más adelante en este trabajo tendré ocasión de referirme a estas otras características¹⁰⁷.

2.3.3.1 La representación fiel

En primer lugar, el legislador hace alusión en el artículo 227.1 LSC a la fidelidad del administrador —*representante*¹⁰⁸— para establecer cómo ha de

¹⁰⁷ Estos elementos adicionales se aprecian con facilidad en la siguiente definición del deber de lealtad que nos ofrece la doctrina que se ocupó de su estudio con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC. Conforme a lo indicado por esta doctrina este deber: «*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*» (Vid. RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 92).

¹⁰⁸ Con respecto de la consideración de los administradores como *representantes*, me parece oportuno traer a colación las conclusiones de DIEZ PICAZO en relación con la naturaleza de la representación de las personas jurídicas: «*Existe pues, como decimos, una auténtica representación de las personas jurídicas. Ahora bien, esta representación no es, en sentido estricto, ni una representación legal ni una representación voluntaria. Es, desde luego, una «representación necesaria» —la persona jurídica necesita el representante para actuar—, lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero esto no basta sin más para llevarla al campo de la representación legal. La determinación de la persona o personas que han de ostentar esta representación no es obra de la ley, sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella. [...] Se habla por ello de una «representación orgánica» [...]*», (Vid. DIEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 72). Sin embargo, a pesar del cambio de redacción que presenta el artículo 227.1 LSC, seguimos sin saber lo que significa exactamente esta expresión: «*entre otras cosas, porque los administradores, como órgano, son gestores y supervisores de un negocio no representantes del mismo*» (Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 59).

administrarse lealmente. A este respecto, reitero que los términos lealtad y fidelidad son sinónimos, de ahí que el legislador los emplee con idéntico sentido jurídico¹⁰⁹. Recuperando la referencia a la fidelidad incluida por la Ley de Transparencia y eliminada por la LSC en su texto original, la Ley 31/2014 se refiere a la misma para aclarar el contenido del deber de lealtad —o fidelidad—, el cual obliga, conforme ha sido expuesto en apartados anteriores, a actuar siempre en pro del interés social, evitando el surgimiento de cualquier clase de conflicto de interés. En suma, se modula el previgente artículo 226 LSC incluyendo la referencia a la «lealtad de un fiel representante», en lugar de a la de un «representante leal», lo cual no supone en sí una novedad relevante. En cuanto al ámbito de esta debida leal representación, la misma abarcará principalmente las competencias representativas *ad extra* del administrador —mayormente, en la contratación con terceros—. No obstante, ello no significa que la lealtad no se manifieste asimismo en las tareas gestoras que deben cumplirse *ad intra*, por ejemplo, entre otros, en el deber de abstención de ejercitar su derecho de voto (art. 228 c) LSC) o en el deber de actuación imparcial e independiente (art. 228 d) LSC).

2.3.3.2 La buena fe

De otro lado, se refiere también el legislador en el precepto que nos ocupa a la *buena fe* en la gestión, como patrón de conducta de carácter objetivo no determinable *ex ante*¹¹⁰. La buena fe se presenta en el artículo 227.1 LSC como un presupuesto del deber de lealtad, careciendo por tanto del carácter autónomo que la Ley de Transparencia insinuó concederle mediante la previsión de un deber

¹⁰⁹ *Vid. supra* Cap. I, ap. 1.2.2.

¹¹⁰ *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 370. Ante la dificultad de interpretar el significado de la buena fe, se ha considerado por algún autor que, sin perjuicio de servir como fundamento legal del deber de lealtad, poco añade a la necesidad de que el administrador anteponga el interés social cuando este se encuentre en conflicto con su propio interés (*Vid.* BLACK, B. S., «The core fiduciary duties of outside directors», *Asia B. L. R.*, núm. 3-16, 2001, p. 4).

soberano de fidelidad¹¹¹. Conviene recordar que el principio general de la buena fe (arts. 7 y 1258 CCiv) es uno de los fundamentos del deber de lealtad de los administradores, el cual no es más que su concreción en el campo del Derecho societario¹¹². En realidad, difícilmente podría sostenerse que un administrador desleal o infiel pueda actuar de buena fe en el ejercicio de sus competencias¹¹³. Sin perjuicio de lo anterior, no está nunca de más recordar y precisar que para ser considerado leal el administrador debe actuar de buena fe. Y es que, este principio genérico dotado de un importante cariz ético sirve, como he señalado en el apartado anterior, como cláusula de cierre del genérico deber de lealtad. Así, el principio de la buena fe acoge todos aquellos comportamientos —quizás fruto de nuevas realidades y corrientes sociales— que una interpretación formalista de la LSC podría dejar al margen de su *incompleta* regulación.

Es preciso añadir que la exigencia de la actuación de buena fe trasciende del ámbito puramente societario y choca frontalmente con el *mercado* y, por ende, con intereses distintos al propio interés *de la* sociedad. Estos otros intereses habrán de ser asimismo observados por el administrador leal a fin de evitar comportamientos desleales o abusivos¹¹⁴.

¹¹¹ El artículo 127 *bis* LSA 1989 incluido por la Ley Transparencia estableció el deber de fidelidad en los términos siguientes: «*Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad*». El carácter autónomo del principio general de la buena fe en el estatuto de los deberes de los administradores sociales ha sido una cuestión controvertida en los juzgados de Delaware. Si bien en ocasiones se ha defendido que la buena fe se suma a los deberes de lealtad y diligencia de los administradores, teniendo un estatuto propio, en otros casos se ha defendido que se halla estrechamente ligado a la lealtad debida por el administrador, lo cual impide afirmar que se trate de un deber diferente. Sobre este particular, *Vid.* EISENBERG, M. A., «The duty of Good Faith in Corporate Law», cit., BRUNER, C. M., «Good Faith, State of Mind and the Outer Boundaries of Director liability in Corporate Law», *Wake Forest L.R.*, Vol. 41, 2006, pp. 1.131-1.189.

¹¹² Para un análisis más profundo de la buena fe como elemento del deber de lealtad me remito a lo expuesto en el apartado 1.2.2 de este mismo capítulo.

¹¹³ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 541.

¹¹⁴ Tales comportamientos podrían ser objeto de reproche en virtud de la regulación contenida en la LCD, en la que el principio de buena fe desempeña asimismo una importante función de cláusula general (art. 4.1). Adicionalmente, dichos comportamientos serían en todo

2.3.3.3 La búsqueda del *mejor* interés de la sociedad

Con carácter adicional, el artículo 227.1 LSC exhibe también un matiz novedoso en lo referente al criterio rector de la conducta de los administradores, es decir, el interés social. Las normas anteriores recogían este criterio como guía de la actuación de los administradores, como elemento positivo a cuya consecución ha de estar dirigida ineludiblemente la actuación de estos¹¹⁵. Pero además de esta limitación positiva que exige una actitud activa del administrador tendente a buscar y defender siempre el interés social, este interés actúa también como un límite negativo que exige del administrador una actitud pasiva, en otras palabras, la abstención de desarrollar actividades que perjudiquen a la sociedad a través de la anteposición de intereses distintos al social, ya sea de manera directa o indirecta¹¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, este concepto ha estado siempre sujeto al intenso debate entre las distintas concepciones existentes en torno al mismo — teoría contractualista v. teoría institucionalista—. No ha sido pacífica la

caso contrarios a los principios básicos del Derecho privado español (arts. 6.4 y 7 CCiv). Sin perjuicio de lo anterior, no podemos perder de vista asimismo la regulación contenida en el CP, la cual deberá ser también respetada por los administradores. Sobre el tipo penal relativo a la deslealtad en el ámbito societario *Vid. infra* Cap. I, ap. 3.2.3.

¹¹⁵ *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Madrid, 1999, p. 453. En el mismo sentido se pronuncia IRÁCULIS al sostener que: «*La protección del interés social de la sociedad se convierte así en la directriz necesaria para la posterior concreción del deber de lealtad en obligaciones singulares o concretas exigencias de conducta*» (*Vid.* IRÁCULIS ARREGUI, N., «Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad», *La Ley Mercantil*, núm. 9, 2014, p. 6).

¹¹⁶ *Vid.* VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 440.

interpretación de este concepto abstracto, indeterminado¹¹⁷ y contestable¹¹⁸, el cual ha dado lugar a amplios debates doctrinales en orden a conocer la guía que debe seguir la actuación de los miembros de los órganos de administración¹¹⁹,

¹¹⁷ Se ha considerado doctrinalmente como: «el concepto jurídico indeterminado por excelencia del Derecho de sociedades [...]» (Vid. MEGÍAS LÓPEZ, J., «Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas», *RDBB*, núm. 132, 2013, p. 13).

¹¹⁸ La contestabilidad de este concepto se subraya para indicar que se trata de un término impreciso o indeterminado, porque el desacuerdo es central para su uso y para el funcionamiento de las instituciones en las que se usa (Vid. PAZ-ARES, C., «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas», *InDret*, Barcelona, núm. 1, 2014, pp. 23-24). Como acertadamente ha sido indicado, la interpretación de este concepto indeterminado: «no se trata de una cuestión baladí, pues el ámbito de aplicación reconocido al "interés de la empresa" incidirá en la legitimidad de las decisiones sociales en las que la regulación toma como referente este concepto abstracto o indeterminado» (Vid. HERNANDO CEBRÍA, L., «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la "tercera vía" societaria», *RDBB*, núm. 133, 2014, p. 92).

¹¹⁹ El interés social al que aluden las normas ordenadoras de las sociedades de capital ha sido tradicional y mayoritariamente interpretado doctrinal y jurisprudencialmente desde la vertiente contractualista como el interés común de todos los socios, un interés colectivo, siguiendo una concepción subjetiva, el de la titularidad única de estos (Vid., entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 45, LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 46, y las SSTs de 19 de febrero de 1991, F.D. Segundo, RJ 1991\1512, y de 18 de septiembre de 1998, F.D. Tercero, RJ 1998\6545). En este orden, los distintos intereses sociales sectoriales que puedan existir y que sean de la titularidad de los socios de la compañía no encontrarían cabida en el concepto del *interés social*, el cual quedaría limitado a aquel que, siendo común a todos ellos, fuera además compatible con la *causa societatis* —o causa común— que une a los socios que suscribieron el contrato social (Vid., entre otros, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 106., SERRANO CAÑAS J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 61, LOWRY, J., «The duty of loyalty of Company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure», *Camb. L. Journ.*, Vol. 68, issue 03, 2009, p. 614). Este apoyo contractualista fue quebrado por la Ley de Transparencia, la cual impuso una visión institucionalista del concepto que nos atañe al establecer en su artículo 127 *bis* LSA 1989 que el interés social se correspondía con el «*interés de la sociedad*». Si bien esta irrupción legislativa no tuvo mayor recorrido legal, parte de la doctrina sí ha venido defendiendo la realización de una nueva lectura de las tradicionales vertientes institucionalistas —*neoinstitucionalismo*— a los efectos de defender la protección de la eficiencia de la estructura societaria como instrumento de organización de la actividad de empresa (Vid., entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., pp. 956-957). Teniendo en consideración lo anterior, dado que los administradores no deben dejar de tener en cuenta los intereses de cuantos se relacionan con la sociedad —trabajadores, proveedores, comunidad, etc.—, se ha afirmado doctrinalmente asimismo que: «*En efecto, la solución más adecuada es la intermedia de considerar que el interés social es el del conjunto de los socios, pero que su logro no debe obtenerse perjudicando el de los trabajadores, los acreedores o el interés general, los cuales deben ser tenidos en cuenta por los administradores*» (Vid. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, Aranzadi, Madrid, 2004, p. 147) y que: «[...] sólo una formulación del interés social

debates presentes asimismo en la jurisprudencia española¹²⁰.

Así mismo, es importante subrayar que las teorías contractuales más modernas, tomando como base el criterio de la obtención del lucro repartible previsto tradicionalmente en los artículos 1665 CCiv y 116 CCom, interpretan el interés social al que aluden las normas ordenadoras de los deberes de los administradores como la creación de valor para el accionista —*shareholder value*— entendida esta como una misión a ser cumplida por los administradores¹²¹. Esta es la línea seguida por el vigente CUBG, el cual establece la necesidad de que se

*definida a partir del interés común de los socios, aunque sea matizada por la consideración de los distintos intereses que, de acuerdo con la realidad social, son necesarios o convenientes para la consecución de aquel, tiene la concreción necesaria [...] para hacer posible la correcta formulación y exigencia de las obligaciones de los administradores y de los socios, para establecer los límites de su actuación y, en su caso, para una efectiva exigencia de responsabilidad» (Vid. VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la Legislación Mercantil», RDBB, núm. 137, 2015, p. 8). Asimismo, sobre la imposibilidad de enfrentar ambas teorías se ha afirmado que: «la contraposición pura entre contractualismo e institucionalismo no es exacta en la realidad actual de las sociedades de capital, pues ninguna de las dos teorías tradicionales responde adecuadamente y por sí sola a la misma» (Vid. MEGÍAS LÓPEZ, J., *Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas*, cit., p. 19). En este orden, existen voces que abogan por complementar las vertientes contractualistas modernas basadas en el *shareholder value* con las institucionalistas que abarcan los intereses de terceros, los llamados *stakeholders*: «The answer lies in the “balance” or “conciliation” of interests. A fair and balanced stakeholder perspective results in the long-term maximization of shareholder value. There is no inherent conflict between shareholders and stakeholders over time, with the result that maximizing shareholder value will maximize the benefits to all stakeholders. [...] Over any reasonable long-term horizon, the economic interest of all stakeholders will be maximized only by decisions made in the interests of shareholders. Thus, there is no need to posit shareholder and stakeholder theories as in opposition as all the organizations seek a path to a promised land in which accountable corporations managed by ethical decision-makers create the greatest value for the greatest number of stakeholders» (Vid. SINGH, S., «Balancing the Interests of Shareholders and Stakeholders through Corporate Governance», en *Rethinking Corporate Governance. From Shareholder Value to Stakeholder Value*, Wolters Kluwer, Law&Business, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), pp. 345-346). Por último, señalaré que resultan de interés las reflexiones del profesor SÁNCHEZ CALERO sobre la influencia que la crisis económica ha demostrado tener en la aparición de diferentes interpretaciones sobre el concepto del *interés social* (Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», RDM, núm. 246, 2002, pp. 1653-1725).*

¹²⁰ En este sentido, entre otras, Vid. las SSTs de 19 de febrero de 1991 (F.D. Segundo, RJ 1991\1512), de 17 de enero de 2012 (F.D. Séptimo, RJ 2012\1981), y la RDGRN de 5 de julio de 1982 (RJ 1982\4675).

¹²¹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», cit., p. 1.663. En este sentido, asimismo, Vid. HERNANDO CEBRÍA, L., *El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la "tercera vía" societaria*, cit., p. 87 y PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 22.

concilie el interés de la sociedad con los intereses legítimos de terceros ajenos al contrato social¹²².

Estas últimas consideraciones acerca del conflictivo concepto del *interés social* se acercan más que sus predecesoras a la vertiente material del mismo, alejándose de la perspectiva formalista tradicional desde la que ha sido mayormente valorado¹²³. Sin perjuicio de lo anterior, no está de más señalar que las teorías que engloban otros intereses *generales* han de contextualizarse principalmente en el marco de las sociedades anónimas cotizadas —cuya incidencia en los mercados es directa—, y no tanto —aunque tampoco quepa descuidarlas— en el correspondiente a las sociedades cerradas. Huelga decir que en el ámbito de estas últimas resulta más difícil apreciar la presencia de otros intereses distintos a aquel que opera como fundamento del contrato social —*causa societatis*—¹²⁴.

¹²² Conforme a lo recogido en la Recomendación 12 CUBG, es necesario que el consejo de administración: «se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como por el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente». Sobre los particulares matices que presenta el interés social en las sociedades anónimas cotizadas, *Vid. infra* Cap. VI, ap. 2.

¹²³ Sobre las perspectivas formal y material de este concepto se pronuncia MATEU DE ROS: «El interés social es, desde un punto de vista formal, el interés expresado en cada momento por la mayoría de los socios —la mayoría expresada en los términos del 201 LSC— en el marco de los estatutos sociales y de los principios jurídicos generales de la buena fe, prohibición del abuso de derecho y garantía del orden público, es decir, de los derechos y libertades fundamentales en la medida en que un acuerdo social pudiera resultar contrario a los mismos (arts. 2014). Y desde un punto de vista material, puede definirse como “la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa” (Recomendación 12 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por la CNMV el 18 de febrero de 2015)» (*Vid. MATEU DE ROS CERESO, R., Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno, cit., p. 64*).

¹²⁴ Ha de tenerse en cuenta que si bien los intereses de terceros —trabajadores, acreedores, consumidores, etc.— deben respetarse, corresponde al Estado defender dichos intereses estableciendo las medias oportunas al efecto. Como ha sido señalado por la doctrina: «no hay buenas razones ni de política jurídica ni de lege lata, para afirmar que la tarea corresponda al Derecho de sociedades. Corresponde, como veremos, a otros sectores del Derecho. [...] cuando la ley de sociedades anónimas impone a la junta general o a los administradores que actúen de conformidad con el interés social se está

Aun consciente del existente debate expuesto en líneas anteriores, el legislador no ha definido en la Ley 31/2014 el concepto del interés social que sirve como parámetro de la actuación de los administradores, renunciando por tanto a aclarar qué debe entenderse por tal¹²⁵. En realidad, sería inapropiado que la definición de este concepto jurídico indeterminado se estableciese en el marco de los deberes de los administradores, debiéndose interpretar este concepto en este ámbito como el propio del conjunto de los socios que lo nombraron, es decir, los sujetos que ocupan la posición de principal en la relación de gestión de servicios por cuenta ajena que nos atañe¹²⁶.

Pero no solo eso, el interés de la sociedad que ha de perseguirse tras la reforma de la LSC es el *mejor*¹²⁷, de lo que cabría entender que podría existir un

*refiriendo a que tengan en cuenta exclusivamente los intereses de los accionistas» (Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1995, p. 53). No obstante ello, como se apuntaba anteriormente, la influencia que las sociedades anónimas cotizadas tienen en los mercados provoca que su *responsabilidad social* sea mayor, de forma que su respeto hacia los restantes intereses que confluyan con el interés de la compañía deban asimismo ser respetados. Sin perjuicio de ello, la observancia de estos intereses presentes en el mercado corresponde, en especial, a otras ramas del Derecho, entre otras, al Derecho laboral, al Derecho de la competencia —tanto en la vertiente de defensa de la competencia como en la correspondiente a la competencia desleal—, al Derecho de protección de los consumidores y usuarios y al Derecho concursal, entre otros.*

¹²⁵ La Ley de Transparencia definió el interés social como el «*interés de los socios*» (art. 127 *bis* LSA 1989).

¹²⁶ Si bien cabe discutir sobre el entendimiento del concepto del interés social en el ámbito de los deberes de los administradores sociales, no cabe duda de que el interés personal del administrador no se corresponde con el interés social. Dado que los administradores han de perseguir el interés del conjunto de los socios que lo designaron, subraya este autor la tendencia de la jurisprudencia española por optar por la vertiente contractualista de este término en el ámbito particular del Derecho de sociedades (*Vid.*, en este sentido, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 369).

¹²⁷ La referencia al *mejor* interés de la sociedad parece haberse importado del apartado 8.30 a) de la *Model Business Corporation Act* de la *American Bar Foundation*, el cual establece que: «*Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interest of the corporation*». Considero que esta referencia se ha inspirado también en la Sección 172 (1) de la *Companies Act 2006* inglesa, la cual reza en los siguientes términos: «*A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to- (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees, (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the*

interés del principal distinto a aquel del que el administrador tendría que alejar su conducta. En atención a la existencia de un interés de la sociedad mejor o peor, quizás distinto al mero *interés social*¹²⁸, ¿cómo ha de interpretarse la inclusión de esta referencia en lo que al cumplimiento del deber de lealtad del administrador se refiere?, ¿ha variado acaso el nivel de exigencia de la lealtad debida?

En respuesta a estas cuestiones, considero importante atender al carácter marcadamente discrecional de la conducta del administrador —fruto de la especialización funcional—, discrecionalidad que le permite tomar decisiones que, en mayor o menor medida, pueden ser favorables para el interés social. A continuación analizaré la relación entre esta discrecionalidad y el novedoso criterio rector de los administradores consistente en la búsqueda del *mejor* interés de la sociedad¹²⁹.

environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company». No obstante ello, ha de tenerse en cuenta que no todos los aspectos relacionados en la Sección 172 (1) *Companies Act 2006* podrían casar bien con la concepción contractualista del interés social defendida mayormente por la doctrina y jurisprudencia españolas. También encontramos referencias al *mejor* interés de la sociedad en el apartado A.1 de la Sección A del *UK Corporate Governance Code*, en el que se establece que «*All directors must act in what they consider to be the best interests of the company, consistent with their statutory duties*». En cualquier caso, es evidente el espacio que se concede a la discrecionalidad del administrador en su tarea de búsqueda del mejor interés del principal en la regulación inglesa, espacio que también ha sido tenido en consideración por el legislador español.

¹²⁸ Se ha llegado a cuestionar si el *mejor* interés de la sociedad es igual al *interés social* por parte de MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 59.

¹²⁹ Esta discrecionalidad con la que necesariamente ha de contar el administrador se manifiesta en el desempeño de distintas funciones, debiendo todas ellas dirigirse a la consecución del mentado *mejor* interés de la sociedad, cada una, en su respectivo ámbito de actuación. Para un análisis de las distintas funciones y facultades del órgano de administración de las sociedades mercantiles y su vinculación con el propósito de alcanzar el *mejor* interés de la sociedad, *Vid.* ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 194-204.

2.3.4 La interpretación del *mejor* interés de la sociedad. La influencia de la discrecionalidad empresarial

2.3.4.1 Preliminar

Conforme ha sido apuntado previamente, la referencia contenida en el artículo 227.1 LSC al *mejor* interés de la sociedad supone una novedad en el régimen relativo a los deberes de conducta de los administradores. Por ello, es necesario atender a la correcta interpretación que ha de hacerse del mismo, cómo no, en consonancia con los restantes preceptos destinados a la regulación de estos deberes en la LSC.

En opinión de la doctrina científica que se ha ocupado del estudio de este precepto, esta nueva referencia se relaciona con el margen de discrecionalidad con el que actúa el administrador en el cumplimiento de su cometido¹³⁰. Siguiendo esta interpretación, el deber de lealtad que obliga al administrador a actuar «*en el mejor interés de la sociedad*» se encuentra con su fiel compañero, el deber general de diligencia previsto en el artículo 225.1 LSC en los términos siguientes: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un orden empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*». Recordemos que, si bien ambos deberes saben mostrar su carácter autónomo, la lealtad dota de contenido al más amplio deber de diligencia¹³¹.

Como se advertía en las líneas anteriores, la actuación gestora de los administradores cuenta con cierta discrecionalidad. En otras palabras, dicha actuación está rodeada de riesgos e incertidumbres que les obligan a tomar

¹³⁰ *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 369, HERNANDO CEBRIÁ, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», cit., pp. 179-181.

¹³¹ Sobre la relación entre el deber de diligencia y el deber de lealtad, *Vid. supra* Cap. I, ap. 1.3.

decisiones —acertadas o desacertadas— ante situaciones inciertas, lo cual obliga a que dispongan de cierto margen de maniobra. En este orden, no cabe sostener que la diligencia constituya un deber de conducta que conduzca indefectiblemente a la obtención del resultado esperado, esto es, a la maximización del valor de la compañía¹³². Dicho de otra forma, no cabe exigir al administrador la consecución de resultados derivados de su actuación o, en otras palabras, el éxito empresarial —obligación de resultado—, sí en cambio el desempeño de su cargo de forma que se procure lograr el éxito de la empresa —obligación de medios—.

En el marco del deber de lealtad que nos ocupa, la actuación encaminada al *mejor* interés de la sociedad no supone por tanto que el administrador esté obligado a conseguirlo, sino más bien, a poner los medios para ello. Ahora bien, la valoración de la suficiencia de los medios puestos a disposición del fin —la consecución del *mejor* interés social— no resulta sencilla. ¿Qué espacio abarca la discrecionalidad del administrador?, ¿existe algún margen de discrecionalidad en el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas del deber de lealtad?, ¿podría haberse obtenido el resultado o, al menos, un resultado mejor, de haberse actuado con la diligencia debida?

En busca de respuestas a estas cuestiones, no cabe duda de que el cumplimiento o incumplimiento del *mejor* interés social por parte del administrador deberá en todo caso valorarse en atención a criterios objetivos, nunca subjetivos o parciales. Mas, a diferencia de la relativa facilidad con la que cabría apreciar la comisión de las conductas desleales que se contienen en el

¹³² Vid. ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 327, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 398.

artículo 229.1 LSC o la inobservancia de las obligaciones básicas del artículo 228 LSC, es ardua la tarea consistente en conocer cuál es el *mejor* interés social para, posteriormente, poder afirmar que el administrador ha dirigido su actuación a su consecución.

En orden a facilitar esta difícil labor, considero necesario que en esta evaluación se atienda al deber de lealtad junto al deber de diligencia regulado en la vigente LSC y, especialmente, a la doctrina denominada *Business Judgement Rule* con origen en el *Common Law* (art. 226.1 LSC).

2.3.4.2 Consideraciones generales sobre la introducción de la doctrina del *Business Judgement Rule* en España

La doctrina norteamericana conocida como *Business Judgement Rule* ha sido incorporada en el ordenamiento societario español a partir de la entrada en vigor de la Ley 31/2014¹³³. En particular, bajo la rúbrica «*Protección de la discrecionalidad empresarial*» el artículo 226.1 LSC concede hoy a los administradores un espacio de impunidad, un margen de discrecionalidad no sujeto a revisión de los jueces¹³⁴, en los términos siguientes: «*En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá*

¹³³ Sin perjuicio de la incorporación expresa de la doctrina del *Business Judgement Rule* en la LSC, la jurisprudencia española ya venía refiriéndose a la discrecionalidad empresarial en el análisis de las acciones de responsabilidad interpuestas contra los administradores. Así, jurisprudencialmente se ha considerado que: «*No se trata de valorar la oportunidad o el acierto de la gestión empresarial de los administradores en función de un resultado desfavorable posteriormente constatado, por cuanto tiene un componente imprevisible de riesgo que entra dentro de lo razonable, dado que no se puede garantizar el éxito económico de su gestión al poder concurrir diversos factores ajenos a su misma administración, sino determinar si el acto o conducta del administrador objeto de reproche en la demanda ha traspasado el margen de discrecionalidad de que aquél dispone infringiendo el deber de administrar la sociedad con la diligencia de un ordenado comerciante velando por el interés social*» (SJPI de Logroño, de 11 de septiembre de 2013, F.D. Noveno, JUR 2013\129448). Sobre la discrecionalidad empresarial se pronunció, asimismo, entre otras, la STS de 17 de enero de 2012 (F.D. Séptimo, RJ 2012\1981). La regulación contenida en el artículo 226.1 LSC se reproduce de forma literal en el artículo 215-8 ACM.

¹³⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C., «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas», cit., p. 26.

cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado»¹³⁵.

Aunque exceda del objeto del presente trabajo, considero importante señalar, siquiera brevemente, que esta doctrina persigue limitar el control judicial de las decisiones empresariales tomadas por los administradores mediante el establecimiento de un estándar de conducta determinado¹³⁶. Esto es, en la medida que el administrador adopte las decisiones de negocio con sujeción a los requisitos de conducta legalmente previstos, su actuación decisoria —y la existencia o inexistencia de responsabilidad por negligencia—, quedará sustraída del escrutinio judicial¹³⁷. No podemos olvidar que el deber de diligencia de los administradores es un deber abstracto, lo cual dificulta notablemente la apreciación de su cumplimiento ante una serie de actos singulares, también cuando nos hallamos ante resultados adversos en la gestión¹³⁸.

¹³⁵ Cabe apreciar las exigencias contenidas en el artículo 226 LSC en la siguiente formulación de la doctrina del *Business Judgment Rule* realizada a inicios de los años ochenta por la Corte Suprema de Delaware: «*a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the Company*» (Aronson v. Lewis, 473 A2d. 805, 812, Del. 1984).

¹³⁶ A este respecto, es importante señalar que este límite del control judicial de la actuación de los administradores no es el primero previsto en el ordenamiento societario español. Como bien ha sido señalado por la doctrina, la LSA 1951 ya recogía en su artículo 79 la necesidad de obrar con negligencia grave para poder estimar la existencia de una infracción del deber de diligencia de los administradores. De esta forma, los administradores no incurrían en responsabilidad por faltas leves de diligencia hasta la derogación de esta norma producida como consecuencia de la entrada en vigor de la LSA 1989 y, en concreto, de la nueva regulación de la responsabilidad contenida en su artículo 133 (a este respecto, *Vid.* LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., pp. 73-74).

¹³⁷ *Vid.* GUERREO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas–Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 243-245, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 31, DÍAZ MORENO, A., *La business judgment rule en el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Sociedades de Capital*, 2014, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>

¹³⁸ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., «La incorporación de la Business Judgment Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital», *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 2-20.

El fundamento de esta doctrina lo encontramos en la necesidad de dotar a los administradores de un ámbito de confianza y tranquilidad en el desempeño de sus funciones. Habida cuenta de que los administradores deben actuar en un ámbito incierto, predispuesto al riesgo empresarial, se estima necesario concederles un margen de libertad, así como de exención de responsabilidad personal, de modo que se encuentren en condiciones propicias para adoptar, sin miedo, las decisiones técnicas y de negocio que la realidad de la compañía exija en cada momento. Es preciso recordar que la obligación de los administradores no consiste en lograr el éxito económico de la sociedad administrada, puesto que ello les convertiría en responsables de acontecimientos perjudiciales que exceden de la diligencia que puede exigírseles (art. 1105 CCiv)¹³⁹.

En estrecha relación con las ideas vertidas anteriormente, resulta oportuno resaltar que la actividad de los administradores no debería estar lastrada por normas que fomenten el conservadurismo y la inercia en su actuación, sino por las que desarrollen la cultura del riesgo y la innovación¹⁴⁰. Recordemos que la previsión de un régimen excesivamente riguroso en lo referente a la diligencia exigible a los administradores conllevaría, en primer lugar, el rechazo de personas cualificadas a ocuparse orgánicamente de la gestión de las compañías y, en última instancia, la disminución de las ganancias de los socios. No parece descabellado

¹³⁹ Vid. LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., pp. 76-77.

¹⁴⁰ A este respecto, considero oportuno traer a colación la reflexión que PAZ-ARES realiza acerca de la necesidad de reconocer límites a la responsabilidad de los administradores, dado que, de lo contrario: «estaríamos convirtiendo la actividad de los administradores en una profesión de alto riesgo [...]» (Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 32). En la misma línea, aludiendo a la eficiencia económica que se logra como consecuencia de incentivar el esfuerzo de los administradores mediante la previsión de normas que limitan su responsabilidad, Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», cit., p. 388. Se pronunció también en este sentido en su sentencia de 22 de enero de 1997 la AP de Córdoba, al sostener que: «Ha de tenerse en cuenta que en casi todas las ocasiones las decisiones que la sociedad requiere supone la asunción de riesgos que son precisamente los que justifican los beneficios, de tal manera que si un acto sale mal o incluso si se produce la ruina de la sociedad no siempre puede imputarse la culpa de los administradores» (F.D. Tercero, AC 1997\94).

predecir que las determinaciones continuistas de los administradores impedirían la obtención de los beneficios que, fruto de una actuación más progresista y arriesgada, pudieran conseguirse.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que el puerto seguro que se concede en el artículo 226 LSC debe interpretarse con cautela a la espera de conocer la lectura que en la práctica se haga de este precepto por nuestros tribunales. En este orden, no cabe pensar que como consecuencia de la introducción de esta doctrina en el ordenamiento societario español la actuación del administrador vaya a quedar impune, en lo que a la responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia se refiere. Soy de la opinión de que el referido precepto de la LSC contiene una presunción *iuris tantum* que permitirá analizar, en cada caso concreto, si concurren o no los requisitos legales establecidos¹⁴¹. Desde mi punto de vista, se trata del margen máximo de impunidad que cabe conceder al administrador en el sistema de responsabilidad previsto en la LSC.

A continuación indicaré cuáles son los requisitos que exige el reformado artículo 226 LSC a fin de que la conducta del administrador no sea revisada desde la perspectiva de la diligencia que este debe a su principal.

2.3.4.3 Los elementos fundamentales de la *Business Judgement Rule*. Ámbito de aplicación

El anteriormente transcrito artículo 226 LSC recoge ciertos condicionantes para que se active la presunción de diligencia contenida en el mismo o, lo que es lo mismo, para que proceda la aplicación de la doctrina del *Business Judgement Rule*.

¹⁴¹ En este sentido, *Vid*, EMBID IRUJO, J. M., «La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 113-115.

La primera condición que exige la referida doctrina incorporada en el artículo 226 LSC es la relativa al ámbito de la actuación de los administradores en el que resulta aplicable. Así, conforme a la dicción literal del referido precepto, resultará de aplicación en el marco de las decisiones estratégicas y de negocio¹⁴², esto es, en el de aquellas decisiones —tanto de actuar como de no actuar¹⁴³—, cuyo contenido no esté predeterminado, ya sea por la LSC, los estatutos sociales, un acuerdo de la junta general de la sociedad, las normas internas o un contrato de administración. Es decir, será imprescindible que, tratándose de una decisión relativa a la gestión del negocio, el administrador cuente con un margen de discrecionalidad en su adopción. A modo de ejemplo, entrarían dentro de este campo decisorio aquellas relativas a inversiones y desinversiones, necesidades de financiación, reestructuraciones societarias, internacionalización del negocio, apertura o cierre de líneas de negocio, lanzamiento de nuevas campañas de marketing y la firma de alianzas empresariales, entre otras. Por el contrario, quedarían fuera de este ámbito las decisiones que se derivan del cumplimiento de un deber previsto en la LSC o en los estatutos, entre otras, la obligación de formular puntualmente las cuentas anuales (art. 253.1 LSC) o la elaboración del informe preceptivo en el marco de los aumentos de capital mediante la compensación de créditos (art. 301.2 LSC)¹⁴⁴. En cuanto a la posibilidad de

¹⁴² Sería necesario acotar el ámbito de aplicación de la discrecionalidad empresarial a las decisiones de mayor trascendencia en lo que atañe al funcionamiento de la empresa social, de forma que se evitasen excesivos espacios de inmunidad de los administradores (*Vid.*, en este sentido, EMBID IRUJO, J. M., «La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», cit., p. 110).

¹⁴³ *Vid.* GUERREO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, cit., pp. 250-252, RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», cit., p. 410.

¹⁴⁴ *Vid.* RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», cit., p. 412. No obstante, ciertas competencias de los administradores con origen en la LSC nos permiten afirmar la existencia de una suerte de *discrecionalidad societaria*, especialmente, en el ámbito de las sociedades anónimas. A modo de ejemplo, es evidente que la designación de consejeros mediante el sistema de cooptación (art. 244 LSC) cuenta con un elevado margen de discrecionalidad, puesto que la LSC solamente exige que el designado sea accionista. Antes bien, si sostenemos que esta designación quedaría protegida por la doctrina del *Business Judgment Rule*, lo estaría a todos los efectos. Esto es, en caso de que el cooptado hubiera sido elegido con base en intereses propios de los miembros

entender que las obligaciones que nacen de la lealtad quedan incluidas dentro de tales decisiones estratégicas y de negocio, considero que la imperatividad del régimen (art. 230.1 LSC) nos conduce necesariamente hacia una respuesta negativa. En mi opinión, no cabe interpretar que el administrador cuenta con un campo de discrecionalidad o valoración al cumplir, por ejemplo, la obligación de guardar secreto sobre la información confidencial de la compañía (art. 228 b) LSC) o la de abstenerse de competir con ella en el mercado (art. 229.1 f) LSC)¹⁴⁵. La naturaleza preventiva del deber de lealtad presidida por la regla *no conflict* (art. 228 e) LSC) viene a reforzar esta interpretación¹⁴⁶.

El segundo de los requisitos obliga al administrador a actuar de buena fe, en sentido subjetivo, esto es, con la convicción de estar actuando en el mejor interés de la sociedad, en otras palabras, sin conciencia de antijuricidad alguna¹⁴⁷.

del consejo de administración o, incluso, a sabiendas de que es portador de intereses opuestos al interés social, al margen de sus habilidades y cualidades profesionales, entonces, tal designación interesada no quedaría excluida de la revisión judicial (sobre el deber de lealtad de los administradores en el marco de la designación de consejeros mediante el sistema de cooptación, *Vid.* GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», *RDM*, núm. 272, 2009, p. 16). Igualmente, la facultad legal de los administradores para denegar el derecho de información (art. 197. 3 *in fine* LSC) está impregnada de discrecionalidad (a este respecto, *Vid.* RECALDE CASTELLS, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgment Rule*», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 263). En resumen, resultarían de aplicación en el aludido ámbito de la *discrecionalidad societaria*, en todo caso, las exigencias recogidas en el artículo 226.2 LSC (sobre la *discrecionalidad societaria*, *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «La protección de la responsabilidad empresarial: artículo 226», cit., pp. 124-126).

¹⁴⁵ Cuestión distinta será que la infracción de las obligaciones de lealtad (arts. 228. y 229.1 LSC) no dé lugar a la responsabilidad del administrador en caso de no haber actuado culposa o dolosamente (art. 236.1 LSC) —sin perjuicio del nacimiento de la obligación de devolver el enriquecimiento injusto, de haberlo (art. 227.2 LSC)—. No obstante, la apreciación de la existencia de dicho elemento subjetivo no quedaría fuera del escrutinio del juzgador *ex* artículo 226.1 LSC.

¹⁴⁶ Desde mi punto de vista, en caso de duda sobre la existencia del conflicto, preventivamente, el administrador debería comunicarlo conforme a lo previsto en el artículo 229.3 LSC. Sobre la regla *no conflict*, *Vid. infra* Cap. I, ap. 3.

¹⁴⁷ *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», cit., p. 332, GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, cit., p. 310, DÍAZ MORENO, A., *La business judgment rule en el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Sociedades de Capital*, cit., p. 6. No obstante, es preciso subrayar que,

En este sentido, quedarán fuera los derroches¹⁴⁸, las decisiones irracionales y disparatadas, así como aquellas actuaciones que, a pesar de perseguir la consecución del interés social, buscan también, y principalmente, el interés particular del administrador que las desarrolla. En definitiva, la aplicación de la doctrina objeto de estudio establece una presunción que obliga al demandante a probar que el administrador no actuó de buena fe¹⁴⁹. A este respecto, toda vez que nos hallamos ante un concepto indeterminado con un alto cariz subjetivo, no siempre resultará sencilla esta prueba, lo cual favorecerá, en la práctica, la admisión de la protección que concede la *Business Judgement Rule* a los administradores.

Como tercer condición, en unión con la segunda mencionada anteriormente, la LSC exige que el administrador actúe «*sin interés personal en el asunto objeto de decisión*». En otras palabras, no quedarán libres del escrutinio del juzgador las decisiones adoptadas por los administradores que se encuentren en una situación de conflicto con el interés del principal —sea directo o indirecto (art. 228. c), e) y art. 229.1 f) LSC)—. La propia existencia de un conflicto de interés enerva la presunción del comportamiento diligente del administrador¹⁵⁰. Igualmente, la obligación básica de independencia (art. 228 d) LSC) que dota de contenido a la lealtad es cuestionada, sin ningún género de duda, cuando nos encontramos ante una colisión de intereses¹⁵¹. De todo lo anterior se desprende

además de la vertiente subjetiva de la buena fe, habrá de atenderse asimismo a la objetiva. Es decir, las conductas que se alejen de lo que razonablemente se espera de un ordenado empresario, aun en el caso de que el administrador entienda que ha actuado en interés de la sociedad, no pueden quedar al margen del control judicial (*Vid.* RECALDE CASTELLS, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgement Rule*», cit., pp. 274-275).

¹⁴⁸ En este sentido, con referencia al *corporate waste*, *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *La incorporación de la Business Judgement Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital*, cit., p. 12.

¹⁴⁹ *Vid.* GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, cit., p. 309.

¹⁵⁰ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *La incorporación de la Business Judgement Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital*, cit., p. 8.

¹⁵¹ Sobre la incidencia de la independencia de los administradores en la aplicación de la regla del *Business Judgement Rule*, *Vid.* GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los*

sin dificultad que la protección dada a la discrecionalidad del administrador no ampara actuaciones que infringen el deber de lealtad¹⁵². En relación con esta exigencia de desinterés, el apartado segundo del artículo 226 LSC objeto de análisis en estas líneas matiza que quedan fuera del ámbito de la discrecionalidad las decisiones: «*que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230*». De esta forma, el legislador trata de limitar aquellas actuaciones que, si bien indirectamente, también afectan a la consecución del interés social y, en definitiva, a la maximización del valor de la compañía¹⁵³.

Adicionalmente, el precepto de referencia impone una cuarta condición que exige al administrador que actúe de forma informada antes de desarrollar una actividad o de tomar una decisión determinada. En particular, se espera de él que actúe con información *suficiente*, a saber, «*información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones*» (art. 225.3 LSC)¹⁵⁴, en el campo que nos ocupa, de su deber de diligencia. En este orden, conviene subrayar que el deber de información no es sino una concreción de este deber¹⁵⁵, el cual obliga al administrador a gestionar la sociedad con conocimiento de causa. Sin perjuicio de

administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español, cit., pp. 300-304.

¹⁵² Conviene tener presente que no cabe exigir a los socios la asunción del riesgo que entraña la adopción de una decisión discrecional cuando sus intereses y los intereses que persigue el administrador no coinciden. De ser así, los administradores podrían lograr un beneficio propio a costa del interés de los socios. En este sentido, *Vid.* BLACK, B. S., «The core fiduciary duties of outside directors», cit., p. 15.

¹⁵³ La literalidad de este apartado segundo del artículo 236 dejaría al margen de la *Business Judgment Rule* aquellas decisiones del órgano de administración relativas a la remuneración de otros administradores (arts. 249.3 y 4 LSC), al mismo tiempo que provocaría la intromisión de los jueces en este delicado ámbito (*Vid.*, a este respecto, NAVARRO FRÍAS, I., «Retribuciones internas y externas de los administradores sociales: algunas repercusiones penales de la última modificación de la ley de sociedades de capital», *RDBB*, núm. 141, 2016, p. 8, versión electrónica).

¹⁵⁴ *Vid.* FLEISCHER, H., «La business judgement rule a la luz de la comparación jurídica y de economía del Derecho», *RDM*, núm. 246, 2002, p. 1.742. Sobre el derecho-deber de información, *Vid. supra* Cap. I, ap. 1.3.

¹⁵⁵ *Vid.* DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, cit., p. 123.

esta aclaración que nos ofrece la LSC para valorar la suficiencia de la información, resulta complicado conocer en cada caso concreto si la información solicitada y recabada por el administrador es o no bastante, además de adecuada, para la adopción de las decisiones oportunas. Es más, aunque no lo fuera, tratándose de información incompleta, inexacta e imprecisa o, simplemente, obtenida por fuentes no oficiales o erróneas, el administrador quedaría cubierto por la regla protectora de la discrecionalidad empresarial, siempre que se cumpliesen los requisitos restantes. Es importante añadir que en la evaluación de esta información entrarán en juego otros factores externos al administrador —la urgencia, la colaboración de asesores externos¹⁵⁶, la situación económica de la compañía, las presiones del mercado, etc.—, que podrían condicionar el adecuado examen de la información obtenida. Así mismo, se exige que las decisiones, además que de forma informada, se adopten con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado¹⁵⁷ y cómo no, de conformidad con las restantes disposiciones legales y estatutarias que resulten de aplicación en cada caso.

2.3.4.4 La discrecionalidad del administrador en la búsqueda del *mejor* interés social

He sostenido previamente que la doctrina del *Business Judgement Rule* nos ayudará a delimitar en qué consiste la búsqueda del *mejor* interés social al que se

¹⁵⁶ Sobre el riesgo derivado del acceso a informes de consultores, abogados y asesores externos al objeto de crear puertos seguros, *Vid.* RECALDE CASTELLS, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgement Rule*», cit., pp. 267-268, GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, cit., p. 280.

¹⁵⁷ En el marco de este concreto requisito, hubiera sido conveniente que se hubiera previsto de manera expresa la necesidad de motivar las decisiones discrecionales a fin de que las mismas puedan quedar amparadas por el artículo 226 LSC (*Vid.*, así, EMBID IRUJO, J. M., «La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», cit., pp. 115-117). Sobre la necesaria fundamentación de las decisiones discrecionales, asimismo, *Vid.* GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, cit., pp. 277-278.

refiere la cláusula general del deber de lealtad (art. 227.1 LSC). He indicado, también, que los administradores disponen de un importante margen de discrecionalidad en su actuación de representación y gestión y que, en esta zona de seguridad, no cabe exigirles un resultado. Por el contrario, solo puede requerírseles el debido empeño y dedicación, en otras palabras, el establecimiento de los medios suficientes y adecuados para la maximización del valor de la sociedad tutelada.

Dicho lo anterior, considero que la búsqueda del repetido *mejor* interés (art. 227.1 LSC) debe ubicarse, asimismo, en este campo dotado de discrecionalidad. En otras palabras, no puede obligarse al administrador a conseguir dicho *mejor* interés sino, solamente, a actuar con la debida diligencia a fin de alcanzar tal propósito. Si bien he defendido anteriormente que las obligaciones que se derivan del deber de lealtad, dado su carácter imperativo, no pueden beneficiarse del puerto seguro que concede la doctrina del *Business Judgement Rule*, considero que el resultado que exige la cláusula general del artículo 227.1 LSC carece de tal naturaleza preceptiva. Soy de la opinión de que dicha cláusula únicamente establece una obligación de medios dirigida a la consecución de la meta de referencia.

3. LAS NUEVAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD (ART. 228 LSC). EN ESPECIAL, LA OBLIGACIÓN DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ART. 228 e) LSC)

3.1 LA NOVEDOSA PREVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES BÁSICAS

Una de las novedades más importantes del vigente régimen relativo al deber de lealtad de los administradores la encontramos en el artículo 228 LSC. Se trata de una norma de desarrollo del deber general de lealtad (art. 227.1 LSC), una

exposición de los cometidos *básicos*¹⁵⁸ que incumben al administrador leal. Son pues obligaciones que, si bien debían ser observadas por el administrador fiel conforme al régimen previgente, el regulador ha optado por listar y concretizar a fin de lograr que su visibilidad haga aumentar la conciencia sobre la necesidad de su cumplimiento¹⁵⁹.

Este marco legal indisponible agrupa obligaciones existentes en la LSC con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 y otras de nueva creación. Todas estas obligaciones conviven en una relación de naturaleza abierta —no exhaustiva— la cual podría ser desarrollada estatutariamente¹⁶⁰. En cualquier caso, el referido papel de cláusula general que desempeña el artículo 227.1 LSC¹⁶¹ permite que cualesquiera otros cometidos derivados del mismo queden incluidos en el marco legal que nos ocupa, aunque los mismos no estén previstos expresamente ni en el artículo 228 LSC, ni en los estatutos sociales.

En particular, las obligaciones básicas tipificadas en el artículo 228 LSC son las siguientes:

«a) *No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido*

¹⁵⁸ La rúbrica del artículo 228 LSC, la cual se refiere a las obligaciones *básicas* derivadas del deber de lealtad, es poco apropiada, dado que induce a pensar que existen otros deberes de lealtad menores —no básicos— que pueden ser incumplidos (*Vid.*, así, MATEU DE ROS CERESO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 60).

¹⁵⁹ La concretización de los quehaceres que emanan del deber de lealtad ha venido siendo exigida por la doctrina autorizada, haciendo hincapié en los beneficios que de la misma podrían derivarse. En particular, los beneficios de la especificación de las normas de comportamiento fueron previstos por PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 13, y reproducidos literalmente con posterioridad en *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 50, cuando afirma que: «(i) incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando el trabajo de todos los enforcers y, especialmente, el de los jueces; (ii) ofrece pautas para orientar la conducta de los administradores; (iii) suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas y (iv) contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada que en última instancia es el aspecto crucial».

¹⁶⁰ *Vid.* ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228», cit., p. 188.

¹⁶¹ *Vid. supra* Cap. I, ap. 2.3.2.

concedidas.

- b) *Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*
- c) *Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*
- d) *Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*
- e) *Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».*

Las obligaciones indicadas en los apartados a) a d) del referido precepto recogen comportamientos concretos esperados del administrador leal, comportamientos que se manifiestan en el desempeño efectivo de las funciones que incumben al administrador. De entre ellas, presentan especial novedad las recogidas en los apartados a) y d), las cuales introducen en la regulación societaria la clásica prohibición de desviación de poder —con mayor arraigo en el ámbito del Derecho administrativo— y la obligación de independencia omitida hasta ahora en la LSC —aunque podía entenderse que se encontraba comprendida en el deber general de lealtad—¹⁶².

El análisis particularizado de cada una de las obligaciones arriba enumeradas excede del propósito de este trabajo¹⁶³. Siendo ello así, me centraré a

¹⁶² Esta novedosa obligación de independencia introducida en la LSC podría tener su origen en el ordenamiento inglés, en particular, en la regla relativa a la independencia de criterio —*independent judgement*— recogida en la Sección 173 *Companies Act 2006*.

¹⁶³ Para un examen en profundidad de las obligaciones básicas contenidas en el artículo 228

continuación solamente en el apartado e) del artículo 228 LSC, el cual se relaciona estrechamente con la obligación de abstenerse de «*Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*» (art. 229.1 f) LSC).

Considero que el estudio de la genérica obligación de abstención que contiene el apartado e) del artículo 228 LSC resulta indispensable para, posteriormente, poder ahondar en la regulación de los conflictos permanentes de interés objeto de estudio de esta tesis (art. 229.1 f) LSC). Es preciso adelantar ahora que esta obligación general nos exhibe el fin preventivo que subyace en la regulación del vigente estatuto de deberes de la LSC y que deberá tenerse presente, en todo momento, para un correcto entendimiento del mismo.

3.2 LA REGLA NINGÚN CONFLICTO (ART. 228 e) LSC)

El apartado e) del artículo 228 LSC introduce por vez primera en el ordenamiento jurídico español la regla denominada como *no conflict rule* —ningún conflicto—¹⁶⁴. Nos encontramos ante una norma sin precedentes que podría tener su origen de inspiración en el ordenamiento inglés, en particular, en la Sección 175 *Companies Act 2006*¹⁶⁵. Este precepto, en la misma línea seguida

LSC, *Vid., in extenso*, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., pp. 51-54, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 377-393, ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228», cit., pp. 187-239.

¹⁶⁴ Según se indica por la doctrina científica que se ha venido ocupando del análisis de los deberes de los administradores, el deber de lealtad se desdobra en dos obligaciones, de un lado, la obligación de evitar las situaciones de conflicto de interés —ningún conflicto— y, de otro lado, la obligación de no anteponer los intereses propios al del principal —ningún beneficio— (por todos, *Vid.* PAZ ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit.). La referida regla ningún conflicto se reproduce literalmente en el artículo 215-10 e) ACM.

¹⁶⁵ Se establece así en este precepto inglés: «*Duty to avoid conflicts of interest. (1) A director of a*

actualmente por el referido artículo 228 e) LSC —y su desarrollo en el siguiente artículo 229.1 LSC—establece la obligación general de todo administrador de evitar situaciones en las que tenga o pueda tener un interés, directo o indirecto, que esté o pueda posiblemente estar en conflicto con los intereses de la sociedad.

A continuación analizaré el alcance de este novedoso y básico deber, así como la función preventiva que el mismo desempeña.

3.2.1 Alcance de la obligación prevista en el artículo 228 e) LSC

3.2.1.1 Preliminar

Adentrándonos en el análisis de la literalidad del artículo 228 e) LSC, con carácter preliminar, ha de advertirse que el referido apartado e) de este precepto no se centra en el desempeño efectivo de las funciones de los administradores, sino en la sujeción de dicho desempeño al interés social¹⁶⁶. En realidad, este precepto cumple una función introductoria de las obligaciones de abstención de llevar a cabo las conductas típicamente extractivas previstas en el artículo 229.1 LSC. Así, al margen de estas conductas prohibidas, se nos presenta una obligación autónoma consistente en evitar cualquier tipo de conflicto en el que se ponga en riesgo su independencia intelectual u objetividad y, en definitiva, el cumplimiento de sus responsabilidades como administrador¹⁶⁷.

company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company. (2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity). (3) This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company [...]». A diferencia del sistema español, el cual prevé la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto (art. 228 e) LSC), la norma inglesa no se preocupa de prever la forma en la que habrán de evitarse las situaciones conflictivas, limitándose a establecer la necesidad de que no se originen.

¹⁶⁶ *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», cit., pp. 379-380.

¹⁶⁷ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 49.

Dicho ello, en primer lugar, subrayaré que el precepto que nos ocupa exige a los administradores sociales la adopción de las «medidas necesarias» para evitar la generación de situaciones de conflicto de interés. Pero, ¿de qué tipo de medidas se trata?, ¿qué comportamiento es de esperar del administrador leal para que cumpla con la literalidad del artículo 228 e) LSC?

No cabe duda de que, como mínimo, se espera del administrador fiel que observe las obligaciones de abstención enumeradas en el artículo 229.1 LSC. Sin embargo, la previsión de esta cláusula general da buena muestra de que su función consiste, precisamente, en acoger aquellas otras obligaciones que, aun no pudiendo ser incardinadas en ninguno de los apartados del referido artículo 229.1 LSC, deben ser exigidas al administrador leal. La realidad social es cambiante y, en consecuencia, podrían surgir situaciones diferentes a las legalmente tipificadas en el marco de las cuales debería asimismo prevalecer el interés social sobre cualquier otro.

Si bien las prohibiciones recogidas en el artículo 229.1 LSC exigen una conducta pasiva, de la lectura del apartado e) del artículo 228 LSC se desprende que se espera, asimismo, una actitud activa de los administradores cuando el cumplimiento del deber de lealtad así lo exija.

3.2.1.2 Las medidas exigibles al administrador leal

Dada la novedad que supone en nuestro ordenamiento la previsión objeto de análisis, no resulta sencillo predecir las medidas que podrían ser exigibles al administrador en virtud de la misma.

Ante la ausencia de concreción legal alguna, a mi modo de ver, tal disposición activa del administrador podría traducirse, por ejemplo, en la aprobación de normas internas encaminadas a establecer protocolos de actuación

del órgano de gobierno ante situaciones que impliquen un riesgo de conflicto, así como para su resolución¹⁶⁸. Dado que estos protocolos podrían estar enfocados hacia situaciones y riesgos concretos de la vida social de las sociedades individualmente consideradas, podrían resultar beneficiosos para prevenir situaciones de conflicto de interés que podrían ir más allá de los imaginados por el redactor de la norma. Estas normas internas encaminadas a evitar estos conflictos y, en su caso, a ponerles fin, podrían asimismo preverse en el contrato entre la sociedad y el consejero delegado —o, en su caso, con aquel consejero que sea titular de funciones ejecutivas en virtud de otro título al que hace alusión el artículo 249.3 LSC—.

Asimismo, en el marco del desempeño de la administración por parte de las personas jurídicas, soy de la opinión de que la adopción de medidas encaminadas a evitar situaciones de conflicto podría ligarse con la obligación de designar de forma leal a la persona física representante (arts. 212 *bis* LSC y 143 RRM), así como a que la persona física designada aceptase lealmente dicho cargo. En concreto, se trataría de la obligación de nombrar a aquella persona física que se encuentre en una situación favorable para dar cumplimiento íntegro al deber de lealtad que le es aplicable, evitando el nombramiento de sujetos que se hallen en situaciones objetivamente conflictivas. Asimismo, teniendo en consideración que la propia persona física representante está hoy igualmente obligada a dar cumplimiento a la obligación básica que se analiza en este apartado (art. 236.5 LSC), la misma le obligaría a rechazar su designación en caso de que se encontrase en una posición de conflicto, actual o potencial. En su caso, si aceptase dicha designación, estaría obligada a informar sobre tal conflicto de forma simultánea a la aceptación (art. 229.3 LSC), de forma que correspondería a la propia sociedad administrada decidir acerca de la dispensa de su particular conflicto. En otras palabras, la junta admitiría o rechazaría la presencia de esta persona física

¹⁶⁸ *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», cit., p. 393.

representante en el consejo de administración.

Con carácter adicional, entiendo que la adopción de las medidas a las que se refiere el precepto que ahora nos ocupa ha de relacionarse asimismo con el deber de informar sobre los conflictos de interés (art. 229.3 LSC)¹⁶⁹. Si bien es cierto que estas medidas deben dirigirse a evitar el nacimiento de conflictos y, por tanto, han de adoptarse con carácter previo a que nazca el referido deber de información, considero que una pronta y completa comunicación sobre una situación conflictiva podría coadyuvar a que el conflicto se paralizase o, cuanto menos, no se agravase. Por tanto, soy de la opinión de que no cabe interpretar que, una vez generado el conflicto, no quepa exigir al administrador una actitud activa para impedir que el mismo dañe el interés social con base en el artículo 228 e) LSC. Así mismo, interpreto que las medidas aludidas en este precepto podrían traducirse en la exigencia de informar incluso acerca de la sospecha de la existencia de un conflicto de interés¹⁷⁰.

Por último, debe mencionarse que, en consonancia con la vigente regulación de los conflictos de interés prevista en la LSC, la exigencia consistente en adoptar medidas tendentes a evitar situaciones conflictivas no queda limitada a aquellas en las que el conflicto de interés se produce de forma directa entre el interés del administrador y el de la sociedad tutelada. Por contra, se exige también que tales medidas se dirijan a prevenir situaciones en las que el interés del administrador entre en situación de conflicto con el interés tutelado de forma indirecta, ya sea por cuenta propia o ajena¹⁷¹. Es preciso adelantar y aclarar desde este momento que el conflicto *indirecto* no se corresponde con aquel en el que

¹⁶⁹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 545.

¹⁷⁰ Sobre la conveniencia de informar acerca de la sospecha de la existencia de los conflictos permanentes de interés, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.3.3.2.

¹⁷¹ Sobre los conflictos de interés indirectos que se derivan de la infracción de la prohibición de competencia, *Vid. infra* Cap. II, ap. 3.3.2.3.

entran en juego los intereses de las *personas vinculadas* (art. 231 LSC)¹⁷².

3.2.2 Los conflictos entre el interés del administrador y sus deberes fiduciarios

Para poner fin al análisis del artículo 228 e) LSC, mencionaré brevemente la alusión que este precepto hace al conflicto entre los intereses del administrador y sus deberes para con la sociedad.

En concreto, se trata de los conflictos que podrían surgir entre el interés del administrador, sea por cuenta propia o ajena, y los deberes —de lealtad y diligencia— que él debe a la sociedad¹⁷³. Podría pensarse que se trata de conflictos distintos a los conflictos de interés que surgen entre el interés social y el interés del administrador —o el de un tercero— pero, en realidad, ambos persiguen un mismo fin, proteger el mejor interés social (art. 227.1 LSC). Así parece que ha de entenderse de la literalidad de los artículos 228 e) y 229.1 f) LSC, así como de una lectura conjunta de la totalidad del articulado relativo a los deberes de los administradores de las sociedades de capital¹⁷⁴. Por tanto, la obligación básica de adoptar medidas necesarias para evitar tanto los conflictos de interés como los denominados *conflictos de deberes*, simplemente se refiere, en mi opinión, al deber de evadir cualquier situación que ponga en peligro el interés social.

¹⁷² Sobre la interpretación del artículo 231 LSC, *Vid. infra* Cap. II, ap. 3.3.2.4.

¹⁷³ Sobre los conflictos entre el interés del administrador y sus deberes fiduciarios, *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Los deberes del trustee y los deberes de los administradores sociales», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL de 15 de febrero de 2017, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2017/02/los-deberes-del-trustee-y-los-deberes.html>

¹⁷⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., pp. 42-43. En opinión de este autor, en estos dos tipos de conflicto el riesgo de menoscabo de la integridad del interés protegido es similar. Se aprecia cierta similitud entre esta equiparación de los conflictos de interés y los conflictos de deberes que hace la ley española y la prevista en la *Companies Act 2006* inglesa. En concreto, el apartado 7 de la Sección 175 *Companies Act 2006*, la cual regula el deber de evitar situaciones de conflicto, prevé que ambos conflictos han de ser evitados al establecer que: «Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties».

3.2.3 Reflexión final sobre su función preventiva

Esta obligación *básica* que se deriva del deber de lealtad desempeña una labor claramente preventiva, referida comúnmente en este ámbito, asimismo, como profiláctica. El diccionario de la RAE define el adjetivo profiláctico en la forma indicada a continuación: «*Dicho de una persona o de una cosa: Que puede preservar de la enfermedad*». En el ámbito de Derecho de sociedades, las enfermedades que se pretenden evitar —y no solamente sanar sus efectos— son las situaciones en las que los intereses del administrador pueden entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, es decir, situaciones que calificaríamos como de peligro abstracto¹⁷⁵. El fin perseguido mediante esta obligación consiste en evitar que un administrador que se encuentre en una situación de conflicto de interés pueda ejercitar sus facultades de representación y gestión¹⁷⁶. Y, para ello, se acude al origen del riesgo, dicho de otro modo, al nacimiento del propio conflicto. En particular, se impide que este conflicto surja a fin de evitar que el administrador pueda siquiera llegar a plantearse el ejercicio de sus funciones en caso de estar incurso en una situación conflictiva¹⁷⁷.

La introducción de esta norma con fines claramente preventivos parte de la premisa de que quien evita la situación —encontrarse en la tesitura de tener que optar entre el interés social y otro interés distinto a este— evita el riesgo —que no es otro que el consistente en elegir este otro interés—. El legislador ha decidido que las obligaciones legales de abstención e información podrían no ser suficientes

¹⁷⁵ Vid. PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 53.

¹⁷⁶ Vid. SMITH, L., «Deterrence, prophylaxis and punishment in fiduciary obligations», *Journal of Equity*, núm. 7, 2013, pp. 87-104.

¹⁷⁷ Junto con el claro fin preventivo que persigue el vigente régimen relativo al conflicto de interés de los administradores, parte de la doctrina se ha referido asimismo al objetivo de mejorar la transparencia en este ámbito: «*esta regulación va más allá, pretende implantar un régimen de transparencia en lo relativo a esta delicada materia de la posible colisión entre los intereses personales de los administradores sociales y el interés de la compañía, como una forma de que el mercado en general pueda conocer la calidad del gobierno corporativo de la sociedad en cuestión con carácter previo, por ejemplo, a una decisión de inversión en ella*» (Vid. GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes de los administradores en situación de conflicto de intereses», cit., p. 551).

y que la garantía de una buena gestión de las sociedades requiere de medidas más severas. En este orden, se ha optado por obligar a los administradores a adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones objetivamente idóneas para generar tales conflictos de interés. En definitiva, se pretende impedir que el administrador pueda sentirse atraído —o en modo alguno tentado— a preferir un interés, propio o ajeno, que no se corresponda con el mejor interés social¹⁷⁸.

No cabe duda de que este nuevo sistema legal no considera a los administradores sujetos desinteresados y leales a su principal. Las prohibiciones legales han sido formuladas ampliamente a fin de evitar que el administrador afectado por un conflicto tenga demasiado margen para autoevaluar si realmente se halla incurso en dicho conflicto¹⁷⁹. Quizás —mejor dicho, seguramente— esta sospecha hacia la conducta infiel de los administradores trae causa de las prácticas abusivas que se han llevado a cabo en el seno de las grandes compañías cotizadas en los últimos años como consecuencia, entre otros, de la ineficiencia de la escueta regulación liberal previgente¹⁸⁰.

Si bien es cierto que se espera que esta nueva regulación reduzca las

¹⁷⁸ *Vid.* SMITH, L., «Fiduciary relationships: ensuring the loyal exercise of judgement on behalf of another», *L. Q. R.*, 2014, pp. 608-634, quien lo expone como sigue señalando que: «we say that a conflict of interest arises when a person is required to exercise judgement in an unselfish way, but it is in a position in which that judgement is liable to be affected by a self-regarding or otherwise conflicting considerations».

¹⁷⁹ *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», cit.

¹⁸⁰ Encontramos un buen ejemplo del incumplimiento del deber consistente en evitar colocarse en situaciones de conflicto de interés en el asunto de las *tarjetas black* de Caja Madrid y Bankia. Los consejeros que aceptaron estas tarjetas se situaron en una posición favorable para perseguir el interés de aquellos sujetos que se las ofrecieron, perdiendo por tanto la independencia necesaria (art. 228 d) LSC) y perjudicando, en última instancia, al interés social. Sobre este particular, *Vid.* IRÁCULIS ARREGUI, N., «Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad», *La Ley Mercantil*, núm. 9, 2014, ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Los blackeros, los deberes de lealtad y la acción social de responsabilidad», microentrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 15 de octubre de 2014, disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/10/microentrada-los-blackeros-los-deberes.html>

conductas desleales en el ámbito de la administración societaria, también lo es que la misma podría conllevar ciertos inconvenientes en términos de eficiencia. En otras palabras, el hecho de que se presuman como conflictivas determinadas situaciones o conductas limita la posibilidad de que sea el propio administrador quien analice, caso por caso, si, en verdad, se halla incurso en un conflicto real y efectivo. A pesar de que el instituto de la dispensa esté dirigido precisamente a posibilitar que situaciones teóricamente conflictivas puedan ser autorizadas por la sociedad y, de esta forma, flexibilizar el severo régimen legal, debe recalcar que la naturaleza preventiva y proactiva predominante en el nuevo estatuto de deberes de la LSC podría llegar a constreñir en exceso la conducta del administrador. En consecuencia, el referido carácter acusadamente preventivo del régimen de la LSC podría perjudicar la ansiada maximización del valor de la compañía. En relación con lo anterior, es importante tener siempre presente que en el marco de ciertas situaciones de conflicto se presentan importantes oportunidades de negocio y sinergias para la sociedad, además de reducciones de costes de transacción o, incluso, el apoyo financiero necesario¹⁸¹. No obstante ello, el legislador ha optado por dejar este riesgo en un segundo plano y primar la exigencia de la lealtad, incluso ante potenciales situaciones de conflicto¹⁸². En cualquier caso, considero que aún es pronto para evaluar las consecuencias que se derivarán de la aplicación de este nuevo régimen, tanto por las propias sociedades, como por nuestros tribunales.

Aunque entiendo que se trata de una opción de política legislativa razonable

¹⁸¹ Vid. PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57.

¹⁸² Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 9, quien defiende que: *«la intuición común nos indica que, por muy riguroso que sea un régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad, difícilmente puede causar trastornos relevantes. Ciertamente puede retraer a los administradores de realizar algunas transacciones vinculadas potencialmente beneficiosas para la compañía, pero este riesgo de lucro cesante ni es importante (al menos a simple vista no parece que pueda afectar de manera recurrente a las cuentas de explotación de la empresa) no es inevitable (la experiencia enseña, en efecto, pueden combinarse sin dificultad normas de responsabilidad rigurosas y procedimientos de dispensa)»*. Se comparte la opinión de este autor sobre el uso de la herramienta de la dispensa para evitar que la severidad del régimen impida llevar a cabo situaciones interesadas a la vez que ventajosas o beneficiosas para el interés social.

y justificada, no está de más reflexionar sobre la función que ha de cumplir el Derecho de sociedades en este ámbito. ¿Debe esta rama del Derecho regular la prevención de situaciones en las que *potencialmente* pueda dañarse el interés social mediante la obligación de adoptar medidas para evitarlas?, ¿es acorde dicha finalidad preventiva de carácter imperativo con el carácter privado del Derecho societario¹⁸³? Es cierto que la realidad de las sociedades mercantiles ha demostrado que es necesaria una labor de prevención del nacimiento de las conductas infieles en el ámbito de las labores de gestión y representación. Siendo ello así, ha de advertirse también que este nuevo sistema de deberes tiene carácter relativo, por lo que, con sujeción a ciertas limitaciones materiales y procedimentales, cabe autorizar, con carácter singular, determinadas situaciones conflictivas (art. 230.2 y 3 LSC)¹⁸⁴. Es decir, el Derecho privado trata de impedir —pero no prohíbe con carácter absoluto— situaciones que entrañan un conflicto de interés. Para sancionar sin excepción las conductas más graves hemos de acudir —siguiendo el principio de mínima intervención o *ultima ratio*— al ámbito del Derecho penal en el que, asimismo, se tipifican las conductas desleales de los administradores¹⁸⁵.

¹⁸³ Sobre la imperatividad del régimen relativo a los deberes de los administradores, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 1. Cuestiona asimismo el excesivo papel que desempeña la regulación de la LSC en este ámbito MATEU DE ROS CERREZO, R., «Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación», RDM, núm. 303, 2017, p. 12, versión electrónica.

¹⁸⁴ *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.

¹⁸⁵ Tras la última reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el CP recoge hoy en su artículo 252 el tipo de la administración desleal. Conviene mencionar que este delito no se sitúa en el ámbito de los societarios (Tít. XIII, Cap. XIII), tal y como venía haciéndolo tradicionalmente, sino en el correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (Tít. XIII, Cap. VI). En atención a la referencia a este delito que se recoge en el preámbulo del CP: «*A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado*». Reza así el vigente artículo 252 CP: «*1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses*». Se trata de un delito que los administradores cometerían en el ámbito del ejercicio de sus tareas de representación y gestión, siempre y cuando dispusieran de un margen de discrecionalidad en dicho ejercicio. Es decir, en aquellos

casos en los que se limitasen a ejecutar un deber de entrega o devolución previamente establecido o un acuerdo adoptado por la junta general —por ejemplo, destinar una cantidad económica a la compra de unos activos relevantes aprobada previamente por la junta general, conforme al artículo 160 f) LSC—, su incumplimiento conllevaría una apropiación indebida (art. 253.1 CP), pero no una administración desleal (art. 252 CP) (a este respecto, *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., «Retribuciones internas y externas de los administradores sociales: algunas repercusiones penales de la última modificación de la ley de sociedades de capital», cit., p. 6, versión electrónica). Considero conveniente asimismo traer a colación en este apartado el delito conocido como *corrupción entre particulares* previsto en el artículo 286 bis CP: «*El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja*». La doctrina autorizada ha considerado que este tipo penal encuentra su *homólogo* societario en el supuesto de deslealtad recogido en el apartado b) del artículo 229.1 LSC, el cual prohíbe que el administrador se prevalezca de su cargo en su propio beneficio. A tales efectos, se considera que el administrador que invoca tal condición para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas es un administrador *corrupto*, en el sentido —mercantil, no penal— de que tratará de obtener una ventaja económica a costa de la sociedad (en este sentido, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 109-112, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 401).

CAPÍTULO II.- EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ART. 229.1 LSC). EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

1. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS, EN GENERAL

1.1 PRELIMINAR

El artículo 229.1 LSC se nos presenta como la norma de desarrollo, concreción y especificación del novedoso apartado e) del artículo 228 LSC. La regla *ningún conflicto* que con carácter introductorio se prevé en el referido apartado del artículo 228 LSC se desglosa en casos concretos en el precepto que ahora se analiza. Así las cosas, el grupo de prohibiciones previsto en el artículo 229.1 LSC —como veremos, de naturaleza relativa— descansa sobre la matriz común consistente en el deber de evitar los conflictos de interés¹⁸⁶ desde una perspectiva menos global y más detallada, a la vez que práctica, del deber general de lealtad (art. 227.1 LSC).

Una lectura rápida del artículo 229.1 LSC nos permite apreciar el fin perseguido por el legislador con su redacción. Con base en el mismo fin preventivo que fundamenta la propia existencia del referido artículo 228 e) LSC, el artículo 229.1 LSC centra el punto de mira en la necesidad de que el administrador sea fiel al interés

¹⁸⁶ *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 54.

social. Así, concededor del control que el administrador ostenta sobre los activos sociales —ligado al amplio margen de discrecionalidad que se le concede en su actuación— y receloso de las fatídicas consecuencias que la utilización desleal de dicho control pudiera acarrear al interés social, el legislador ha tratado de impedir la creación de situaciones en las que el administrador de la sociedad pueda preterir el interés de esta¹⁸⁷. En realidad, no se trata de una norma que persiga modular las actuaciones propias del administrador en el desempeño formal de sus labores de representación y gestión, sino aquellas que, igualmente, deben ser controladas con carácter preventivo para favorecer e impulsar su leal y honesta conducta.

1.2 LOS CASOS DE DESLEALTAD *EX* ARTÍCULO 229.1 LSC

Adentrándonos en el contenido propiamente dicho del artículo 229.1 LSC, vemos que en el mismo se agrupan casos o supuestos de deslealtad ya previstos en la LSC antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, con otros nuevos introducidos por esta norma. Concretamente, son tres las situaciones prohibidas que el legislador ha decidido incluir de manera expresa en el renovado listado.

- (i) En primer lugar, se introduce en el ámbito del Derecho de sociedades la prohibición de realizar operaciones con la sociedad, comúnmente conocidas como *operaciones vinculadas* (art. 229.1 a) LSC). Esto es, nos hallamos ante la incorporación expresa de la prohibición de autocontratación o doble representación en el ámbito de la LSC¹⁸⁸, la cual priva a los administradores —

¹⁸⁷ Sobre la relevancia de los activos sociales en el marco de las prohibiciones contempladas en el artículo 229.1 LSC *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», cit., quien defiende que: «*La amplitud va referida no sólo a los supuestos de hecho que caen bajo la prohibición, sino a la delimitación de lo que se consideran activos sociales de la sociedad (property rights)*». Asimismo, sobre la influencia del control sobre los activos sociales en el cumplimiento del deber de lealtad, *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 396.

¹⁸⁸ Es preciso recordar que, si bien es cierto que se trata de la primera previsión expresa y genérica de la prohibición de autocontratación en una norma reguladora de las sociedades de capital, el Derecho societario ya venía teniendo presente los riesgos que pueden derivarse de la misma. Prueba de ello, la LSA 1989, en su redacción dada por la Ley de Transparencia, obligaba

y a las personas a ellos vinculadas— de la posibilidad de manifestar su voluntad de contratar, tanto en su propio nombre, como en nombre de la sociedad a la que representan. Mediante esta prohibición se pretende, en general, prevenir conductas extractivas o expropiatorias del patrimonio social. Con respecto de este tipo de deslealtad, conviene resaltar la regla *de minimis* prevista en este apartado a) del precepto que nos ocupa, en cuya virtud quedan exceptuadas aquellas operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los

al administrador a abstenerse de intervenir en la operación que diera lugar al conflicto de interés (art. 127 *ter* 3). Asimismo, en sede de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 58.1 LSRL 1995 preveía la prohibición de autocontratar en el marco de la prestación de asistencia financiera y de cualquier tipo de obra o servicio. Con anterioridad, el CCom también previó en el marco del contrato de comisión la prohibición de autocontratación que incumbe al comisionista (art. 267 CCom). Además de en el ámbito de las sociedades de capital, en el correspondiente a las fundaciones y a las sociedades cooperativas también se regula la autocontratación de los miembros de sus respectivos órganos de administración. En concreto, en el caso de las fundaciones, se prevé la necesidad de que el protectorado autorice la contratación de los miembros del patronato con la propia fundación (art. 28 LF). En lo que respecta a las cooperativas, se requiere del previo acuerdo de la asamblea general para que el consejero pueda contratar con la cooperativa, siendo anulables los actos, contratos u operaciones que carezcan de la misma (art. 42 LCoop). La prohibición de autocontratación se recoge asimismo en los ordenamientos societarios extranjeros, quedando sometida la celebración de ciertos contratos entre la sociedad y sus administradores a un específico régimen de autorización. En este sentido, el ordenamiento inglés dedica un apartado específico a la regulación de las operaciones concertadas con los administradores que requieren de la autorización de la junta general (Chapter 4, Part 10, *Companies Act 2006- Transactions with Directors requiring Approval of Members*). En Francia, el *Code de Commerce* somete asimismo a autorización — en este caso, del consejo de administración— la formalización de cualquier clase de contrato entre la sociedad y sus administradores, accionistas de control y las sociedades en las que el administrador desempeña funciones ejecutivas (art. 225-38 *Code de Commerce*), autorización que es requerida asimismo cuando la sociedad opta por el sistema dualista de administración, siendo por tanto también aplicable a los miembros del *Directoire* y del *Conseille de Surveillance* (art. 225-86 *Code de Commerce*). Por su parte, el ordenamiento alemán también exige la autorización del Consejo de Vigilancia—*Aufsichtsrat*— para la concesión de préstamos a los miembros de la Dirección —*Vorstand*— (§89 *AktG*) o a los propios miembros del Consejo de Vigilancia (§115 *AktG*), así como para la prestación de servicios por parte de los miembros de este órgano a favor de la sociedad (§114 *AktG*). El recelo hacia estas operaciones vinculadas sigue estando hoy presente, tal y como ha señalado recientemente la Comisión Europea con ocasión de la reforma de la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas: «*Related party transactions: the new rules will require companies to publicly disclose material related party transactions that are most likely to create risks for minority shareholders at the latest at the time of their conclusion. Companies will also have to submit these transactions for approval of the general meeting of shareholders or of the board*» (Vid. EUROPEAN COMMISSION - Fact Sheet. Shareholders' Rights Directive Q&A. Brussels, 14 March 2017). De hecho, la Directiva aprobada el día 23 de marzo de 2017, la cual modifica la referida Directiva 2007/36/CE, ha reforzado las obligaciones de publicidad de las operaciones vinculadas en su artículo 9 c) «*Transparency and approval of related party transactions*».

clientes y de escasa relevancia¹⁸⁹, y ello sin perjuicio de la posibilidad de levantar esta prohibición mediante el oportuno acuerdo de dispensa (art. 230.2 LSC).

- (ii) En segundo lugar, se recoge por vez primera en el elenco de casos de deslealtad, de forma expresa¹⁹⁰, la utilización de los activos sociales con fines privados, quedando incluida entre los activos afectados por esta prohibición la información confidencial de la compañía (art. 229.1 c) LSC)¹⁹¹. Como se adelantaba anteriormente, el administrador ejerce un relevante control sobre los activos sociales, lo cual le sitúa en una posición en la que podría encontrarse forzado a *elegir* entre hacer un uso de dichos activos a favor del interés social o

¹⁸⁹ Para más información sobre este concreto supuesto de deslealtad, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 90-105, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 398-340, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, I.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 250-253, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 54, nota núm. 38. Según considera este último autor, el concepto de «escasa relevancia», al que se alude en este artículo para identificar aquellos negocios que quedan protegidos por la regla *de minimis*, debe interpretarse en el sentido del lenguaje normal y no siguiendo las normas y criterios contables. Esta regla *de minimis* no es una excepción única del ordenamiento español. En Francia está prevista una excepción similar en el artículo 225-39 *Code de Commerce*, el cual exceptúa de la prohibición de autocontratación contemplada en el artículo 225-38 de esta norma las operaciones corrientes y concertadas en condiciones normales de mercado, así como las concertadas entre dos sociedades, cuando una de ellas es propietaria, directa o indirectamente, de la totalidad de las acciones en las que se divide el capital social de la otra. Bajo el ordenamiento inglés, si bien no se prevé una regla *de minimis* en el sentido indicado, se recoge, al igual que en Francia, una excepción a la necesaria autorización para poder autocontratar dirigida a las operaciones realizadas con sociedades íntegramente participadas (Chapter 4, Part 10, *Companies Act 2006*). Es preciso recordar que la regla *de minimis* aludida previamente supone una novedad en la doctrina tradicional del autocontrato en España, la cual no prevé excepción alguna por razones de índole económica.

¹⁹⁰ No se trata de una nueva prohibición en el ámbito societario, puesto que ya se preveía desde antiguo en los artículos 1682 II y 1695.2ª CCiv, así como en el artículo 135 CCom. Conforme a lo señalado con claridad en su sentencia de 2 de diciembre de 2015 por el JM de Bilbao—a pesar de no resultar aplicable la vigente LSC a los hechos enjuiciados, en especial, el apartado c) del artículo 229.1 LSC—: «Dentro del deber de lealtad del administrador se residencia que éste no se apropie del activo de la sociedad, obviamente» (F.D. Tercero, B, JUR\2016\63492).

¹⁹¹ Para más información sobre este concreto supuesto de deslealtad, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 123-129, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 55, nota núm. 45, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 401-402, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., pp. 254-255.

a favor de otro distinto a aquel. Este es precisamente el riesgo que ha motivado la inclusión de esta obligación de abstención en la LSC.

- (iii) En tercer lugar, se adiciona la novedosa prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad (art. 229.1 e) LSC)¹⁹². Se ha considerado que el administrador que recibe ventajas —en la forma de retribuciones propiamente dichas o en apariencia de *regalos*— por parte de un tercero podría tratar de favorecerlo y, consiguientemente, perjudicar el interés social o, cuanto menos, ponerlo en peligro. Asimismo, cabe afirmar que el administrador que percibe dichas ventajas difícilmente podrá dar cumplimiento a su obligación básica de independencia (art. 228 d) LSC), puesto que tenderá a actuar siguiendo las directrices marcadas por el tercero que le haya concedido las mismas.

Junto con estas tres nuevas prohibiciones, el artículo 229.1 LSC recoge las siguientes reguladas previamente en la LSC: (i) la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador en su propio beneficio (ap.

¹⁹² Para un estudio pormenorizado de este supuesto de deslealtad *Vid.*, principalmente, PAZ-ARES, C., «La anomalía de la retribución externa de los administradores», cit. Del estudio de este tipo de deslealtad se han ocupado, asimismo, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 404-405, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 113-123, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «La prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (Artículo 229.1 e) LSC)», *RDBB*, núm. 140, 2015, pp. 43-66, IRÁCULIS ARREGUI, N., «Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad», cit., BOLDÓ RODA, C. «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., pp. 258-259. Cabe afirmar que la misma se ha inspirado en la Sección 176 *Companies Act 2006* —*Duty not to accept benefits from third parties*—. La excepción prevista en el artículo 229.1 e) LSC, según la cual quedan excluidas de esta prohibición las remuneraciones percibidas de la propia sociedad y su grupo, podría tener origen en su homóloga inglesa, dado que aquella deja al margen de la prohibición las remuneraciones que provienen de la sociedad o de sociedades vinculadas, así como de sujetos que representen a estas. Por su parte, una prohibición similar se regula en el código de buen gobierno alemán —*Deutscher Corporate Governance Kodex*—, conforme al cual los miembros de la Dirección —*Vorstand*— no pueden solicitar o aceptar de terceros ventajas ilegales, ya sea para ellos o para otras personas (Secc. 4.3.2).

b)¹⁹³, (ii) la prohibición de aprovecharse de oportunidades de negocio (ap. d)¹⁹⁴, y (iii) la interdicción de competencia (ap. f)¹⁹⁵. Con respecto de esta última, si bien es cierto que ya se preveía en la LSC, así como en otras normas anteriores de Derecho privado¹⁹⁶, debe destacarse que, junto a ella, se recogen hoy otras modalidades de conflicto de interés permanente que no cuentan con ningún precedente en el ordenamiento societario español¹⁹⁷.

En cualquier caso, la tipificación de las situaciones de conflicto tiene claramente un carácter abierto, no siendo en modo alguno el fin del regulador establecer un listado rígido y cerrado de las mismas. La enumeración de las prohibiciones prevista en el precepto al que se dedican estas líneas nos muestra el conflicto de interés del administrador como una de las manifestaciones más destacadas del deber de lealtad que afecta al administrador. De hecho, la rúbrica del artículo 229 LSC se refiere expresamente al mismo cuando anuncia el «*Deber de evitar situaciones de conflicto de interés*». Recordemos que la cláusula general que sirve de base de los actos desleales que deben ser evitados la encontramos en el apartado e) del artículo 228 LSC, por lo que el mismo nos serviría de fundamento normativo para

¹⁹³ Para más información sobre este concreto supuesto de deslealtad, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 105-113, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 400-401, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 193-194, EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Art. 127 ter. Deberes de lealtad», cit., pp. 1.435-1.436, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., pp. 253-254.

¹⁹⁴ Para más información sobre este concreto supuesto de deslealtad, *Vid., in extenso*, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit. Asimismo, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 129-144, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 402-204, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 194-196, EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Art. 127 ter. Deberes de lealtad», cit., pp. 1.436-1.437, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., pp. 255-258.

¹⁹⁵ Para un análisis de esta prohibición, *Vid. infra* Cap. II., ap. 2 y 3.

¹⁹⁶ Sobre los antecedentes normativos de la prohibición de competencia en España, *Vid. infra* Cap. II., ap. 2.3.

¹⁹⁷ Para un análisis de los conflictos permanentes distintos a los derivados de la infracción de la prohibición de competencia, *Vid. infra* Cap. III.

tachar de desleales conductas diferentes a las enumeradas en el precepto que nos ocupa.

Consiguientemente, quedarían afectadas por esta genérica clase de conflicto todas las situaciones que se recogen en el artículo 229.1 LSC referidas anteriormente, así como otras distintas a estas que, si bien se prevén en otros preceptos de la LSC, son claras manifestaciones de tal genérico conflicto, a saber: la prohibición de la delegación por el consejo de administración de la facultad de aprobar las operaciones vinculadas (art. 529 *ter* h LSC) o la prohibición de voto en la junta general de las sociedades anónimas cotizadas dirigida a los representantes incursos en situaciones de conflicto de interés (art. 523 LSC) —con especial incidencia en los casos de solicitud pública de representación (art. 526 LSC)—, entre otros.

De entre las referidas modalidades de conflicto de interés previstas en la LSC tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, destaca la que se deriva del desarrollo de actividades competitivas (art. 229.1 f) LSC). Dada su relevancia, se le dedica un apartado separado tanto en el artículo 229.1 LSC que ahora nos ocupa, como en la regulación del procedimiento de la dispensa y de las consecuencias de su incumplimiento previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 230 LSC. Se trata del conflicto de interés tradicionalmente regulado en sede de las sociedades mercantiles y que actualmente sigue siendo visto con especial recelo por el legislador.

Dedicaré al examen de este conflicto, así como al de los restantes que revisten tal carácter permanente, el grueso del presente trabajo. Como adelantaba, se trata de conflictos que preocupan especialmente al regulador, lo cual queda patente en la especial atención que se les presta en el vigente estatuto de deberes de la LSC. No obstante, presumo que esta especial vigilancia de índole legal no será suficiente para proporcionar una salida a las dificultades y a los problemas que estos conflictos estructurales vienen generando en los últimos tiempos en la praxis societaria. Ante esta tesitura, en el presente trabajo se pretende descifrar el alcance real del régimen

dirigido a estos conflictos en la vigente LSC.

Para ello, a renglón seguido comenzaré con el estudio de la arraigada prohibición de competencia, dejando para el próximo capítulo III el examen de los restantes conflictos permanentes lacónicamente mencionados en el artículo 229.1 f) LSC. El régimen jurídico relativo a la dispensa y el correspondiente a las consecuencias que se derivan de la infracción de incurrir en las situaciones de conflicto permanente anteriores serán objeto de análisis en los capítulos IV y V, respectivamente.

2. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS: LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

2.1 PRELIMINAR

En el apartado anterior de este capítulo he expuesto que el deber de lealtad que afecta a los administradores de las sociedades de capital impone a estos ciertas obligaciones recogidas expresamente en la LSC (arts. 228 y 229 1 LSC). A continuación me detendré en el estudio de una de estas obligaciones que se deriva de tal deber general, en particular, en la prohibición de competencia contemplada en el artículo 229.1 f) LSC, denominada en este trabajo, asimismo, como *conflicto de competencia*.

Tal y como tendré ocasión de exponer en los siguientes apartados, el conflicto de competencia es el conflicto de interés por excelencia. Y lo es porque los efectos jurídicos que pueden producirse como consecuencia de su existencia son especialmente graves y perjudiciales para el interés social. Por ello, siguiendo la línea

marcada por la regulación previgente y, atendiendo a sus características singulares¹⁹⁸, la LSC presta un tratamiento especial a este tipo de conflicto.

2.2 EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

El fundamento jurídico de la prohibición de competencia de los administradores, al igual que el del propio deber general de lealtad del que deriva la misma, se encuentra en la relación fiduciaria o de agencia que une al administrador con la sociedad¹⁹⁹. Esta relación de especial confianza obliga al administrador a actuar de buena fe, anteponiendo siempre el interés de la sociedad al suyo propio, o al de cualquier tercero. Dado que en un apartado anterior de este trabajo me he detenido a examinar el fundamento jurídico del deber de lealtad, me remito ahora a lo expuesto en el mismo a fin de evitar reiteraciones²⁰⁰.

Sin embargo, sí añadiré, siquiera brevemente, que el caso concreto de deslealtad que ahora nos ocupa se basa en dicha fidelidad pero, más concretamente, en la consideración como desleal de una actividad concurrencial asentada en la ilegítima —o desleal— utilización de datos decisivos y noticias pertenecientes a una organización ajena²⁰¹. En otras palabras, la prohibición de competencia encuentra su fundamento en la infidelidad que comporta el uso de la información recibida y de la posición que ostenta el administrador en la sociedad, de forma que obtiene una ventaja competitiva por razones distintas a la propia eficiencia empresarial y perjudica o, cuanto menos,

¹⁹⁸ *Vid. infra* Cap. I, ap. 1.2.

¹⁹⁹ *Vid.* PAZ-ARES, C., «Artículos 1.665 a 1.708 CC», cit., p. 1.421.

²⁰⁰ *Vid. supra* Cap. I, ap. 1.2.

²⁰¹ *Vid.* SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «Prohibiciones de concurrencia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 419, BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RDM*, núm. 127, 1995, p. 1.020. En relación con el fundamento de la prohibición de competencia de los administradores, considero interesante traer a colación lo expuesto en la exposición de motivos de la LSRL 1953, en la que se proclamaba que: «si la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que la Sociedad de Responsabilidad Limitada parecía excesiva para imponerla a los socios en general, no así en cambio, en relación con los administradores, que tienen en su mano los secretos y la confianza de aquellos» (ap. IV).

pone en riesgo el interés social²⁰². No cabe duda de que es más que probable que el administrador que haga competencia a la sociedad no perseguirá los intereses de esta con la misma tenacidad que un fiel administrador²⁰³. En la misma línea argumentativa, en palabras de nuestros tribunales, su fundamento se halla en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas ante la existencia de una situación de incompatibilidad a fin de proteger a la sociedad del daño que le puede suponer una situación de conflicto²⁰⁴.

En relación con el fundamento de esta prohibición, es preciso advertir sobre la relevancia del mismo en atención al derecho fundamental que la misma constriñe. Es decir, debe subrayarse que nos hallamos ante una prohibición que restringe la libertad de empresa —prevista en el artículo 38 CE²⁰⁵— en el marco de una economía de libre mercado. En este orden, por razones de índole subjetiva, el administrador que libremente acepta su nombramiento y decide gestionar y representar una sociedad de capital, con base en la fidelidad debida a la entidad administrada, ve limitado su derecho constitucional consistente en el libre acceso al mercado en el ámbito de las actividades desarrolladas por la misma. En todo caso, se trata de una limitación parcial —no absoluta— del referido derecho constitucional, habida cuenta de que abarcará solamente el área correspondiente a las actividades que se desarrollen por la sociedad tutelada²⁰⁶.

²⁰² En este sentido, *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., «Algunas cuestiones en torno a la prohibición de competencia de los administradores de la sociedad limitada», *RDM*, núm. 294, 2014, p. 7.

²⁰³ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 146.

²⁰⁴ En este sentido, *Vid.* la SAP de Madrid de 24 de enero de 2014 (F.D. Tercero, JUR 2014\56608) y las SSTs de 5 de diciembre de 2008 (F.D. Tercero, RJ 2009\14) y de 26 de diciembre de 2012 (F.D. Octavo, RJ 2013\1255).

²⁰⁵ Dice así el artículo 38 CE: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*».

²⁰⁶ *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 69.

2.3 ANTECEDENTES NORMATIVOS

La prohibición de competencia que afecta a los administradores de las sociedades de capital no es una prohibición novedosa. A diferencia de otros supuestos concretos de deslealtad que han sido incluidos en la LSC recientemente y que carecen de tradición alguna en el ámbito del Derecho positivo español —en especial, la prohibición de obtención de ventajas o remuneraciones de terceros (art. 229.1 e) LSC)— la interdicción de competencia, tal vez por su clara visibilidad en el mercado y, en particular, por las tremendas consecuencias que de su infracción se derivan para el interés social, fue regulada ya en los primeros textos legales reguladores del Derecho privado en España.

En particular, el CCiv dedicó su artículo 1683 a la regulación de la prohibición de competencia y, en suma, a manifestar el deber de fidelidad exigible a todo socio²⁰⁷. Si bien es cierto que el CCiv se refiere a un conflicto que afecta al socio y no al administrador —a menos que ostente, además, la condición de administrador de la sociedad—, entiendo que se trata de un precepto que no cabe obviar en el estudio de los antecedentes normativos de la prohibición de competencia en España. Conforme a lo dispuesto en el mismo: *«el socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma»*. Esta prohibición dirigida a evitar que la sociedad sufra un daño concurrencial en su misma actividad y, en definitiva, a proteger el interés social, se considera que alcanza, además de al socio industrial, al socio capitalista²⁰⁸. Como adelantaba, en caso de que el socio ostente asimismo el cargo de administrador de la sociedad, dicha posición resultará idónea para lograr información privilegiada que le facilitará, en buena medida, competir con la sociedad.

²⁰⁷ *Vid.* PAZ-ARES, C., «Artículos 1.665 a 1.708 CC», cit., p. 1.421.

²⁰⁸ *Íbid.*, p. 1.422, DE EIZAGUIRRE, J. M.ª, *Derecho de Sociedades*, Civitas, Madrid, 2001, p. 134.

Por su parte, el CCom también se ocupó de regular esta prohibición. En concreto, podemos encontrar varios preceptos reguladores de la misma dirigidos a distintos sujetos. Por un lado, en sede de las sociedades colectivas²⁰⁹ —tipo societario general en el tráfico mercantil—, el artículo 136 CCom establece que: «*En las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia sin que preceda consentimiento de la sociedad, la cual no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto*». Para el caso contrario —el cual es, a todas luces, el general²¹⁰—, es decir, para el supuesto de que la sociedad sí tenga previsto un concreto género de comercio, el artículo 137 CCom prevé que: «*[...] los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario*». Tal y como se expondrá más adelante al tratar sobre el ámbito objetivo de esta prohibición²¹¹, es fácilmente apreciable en estos preceptos decimonónicos que no cabe prohibir el desarrollo de cualquier actividad, sino solamente aquellas encuadrables en el género de actividad al que efectivamente se dedica la sociedad cuyo interés se pretende proteger, en otras palabras, esta prohibición queda delimitada por el mercado relevante²¹². Por su parte, el artículo 138 CCom añade que: «*El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los*

²⁰⁹ La regulación relativa a las sociedades colectivas resultaba de aplicación a los socios colectivos de la sociedades comanditarias en virtud de la remisión contenida en el artículo 148 II CCom en el siguiente sentido: «*Tendrán, además, los mismos derechos y obligaciones que respecto a los socios de la compañía colectiva [...]*». A este respecto, *Vid.* AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «Razón de ser de las sociedades personalistas», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, Vol. I, 1998, p. 157.

²¹⁰ Conforme ha sido indicado por la doctrina, dado que no es posible en la actualidad que una sociedad no tenga género de comercio determinado, la relación de competencia se tiene que determinar, tal y como se expondrá detalladamente más adelante en este capítulo, en atención a la actividad efectivamente realizada por la sociedad tutelada (*Vid.* DE EIZAGUIRRE, J. M.ª, *Derecho de Sociedades*, cit., pp. 173, PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados» en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, p. 643, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 58, nota núm. 111).

²¹¹ *Vid. infra* Cap. II. ap. 3.2.

²¹² *Vid.* DE EIZAGUIRRE, J. M.ª, *Derecho de Sociedades*, cit., pp. 172-173, PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», cit., p. 643.

socios capitalistas excluirlo de la compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo a esta disposición». A pesar de la literalidad de esta norma, aunque la obligación de no competencia afecte principalmente al socio industrial, ello no obsta a que los socios colectivos de capital deban asimismo observarlo, salvo permiso de la sociedad²¹³. Además de en el ámbito de las sociedades colectivas, en el CCom podemos encontrar otros artículos encaminados a la regulación de la prohibición de competencia dirigidos a los factores, a los que no les es permitido «[...] *traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello*» (art. 288 CCom)²¹⁴, y también a los capitanes de barco, a quienes en virtud del actualmente derogado artículo 613 CCom, se les prohibía «[...] *hacer por su cuenta negocio alguno separado y si lo hiciera la utilidad que resulte pertenecerá a los demás interesados y las pérdidas cederán en su perjuicio particular*».

En el campo de las sociedades de capital también ha sido regulada esta prohibición en los textos legales previgentes. Así, en sede de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 12 LSRL 1953 establecía que: «*Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia ni ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad*». Este texto, si bien mantuvo invariable su sustancia, fue completado en

²¹³ *Vid.* DE EIZAGUIRRE, J. M.ª, *Derecho de Sociedades*, cit., p. 172, PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», cit., pp. 644-645.

²¹⁴ El ACM también recoge bajo la rúbrica «*deberes y responsabilidad*» de los auxiliares del empresario la prohibición de competencia que afecta a estos dentro del más amplio ámbito del deber general de lealtad. Dice así el artículo 121-8 ACM: «*1. Los auxiliares del empresario desempeñarán con diligencia y lealtad las facultades que les hayan sido conferidas. 2. En particular, el deber de lealtad obligará a los auxiliares a no realizar por cuenta propia ni ajena, directa o indirectamente, la misma actividad de la empresa a la que pertenecen, a no ser con la autorización del empresario; tampoco podrán, sin autorización, usar bienes y derechos de la empresa en beneficio propio, o permitir su uso a otras personas, ni aprovechar, para sí o para otros, las oportunidades de negocio relacionadas con aquélla*». Se aprecia fácilmente el interés del legislador en establecer expresamente un deber de lealtad que afecta a estos auxiliares que no solo acoge la arraigada obligación de no competencia, sino que la complementa oportunamente con otros actos de infidelidad, acercándose así a la regulación de este particular previsto en la vigente LSC. A efectos aclarativos, añadiré que conforme al artículo 121-4.1 ACM: «*Son auxiliares del empresario los colaboradores integrados en la empresa en situación de dependencia respecto de aquél, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que les vincule, a los que el empresario haya conferido poder para ejercer la actividad empresarial en su nombre*».

la redacción del artículo 65 recogida en la LSRL 1995, el cual rezaba en los términos siguientes: *«Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General».*

Por el contrario, la regulación de esta prohibición en sede de las sociedades anónimas no ha estado exenta de dudas²¹⁵. A diferencia de la claridad con la que las diferentes LSRL han regulado esta prohibición, tanto la LSA 951 en su artículo 83.2, como la LSA 1989 en su artículo 132.2, previeron una regulación en la que un sector doctrinal no encontró incluida la prohibición de competencia que afectase a los administradores de este tipo social²¹⁶. En concreto, estos preceptos establecían que:

²¹⁵ La primera mención relativa al desarrollo de actividades competitivas por parte de los administradores de las sociedades anónimas la encontramos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1947 del Instituto de Estudios Políticos. En concreto, el párrafo segundo del artículo 83 de este Anteproyecto establecía que: *«Tampoco podrán ser administradores los socios con responsabilidad ilimitada o los administradores de otra sociedad competidora, ni las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad».* En realidad, el desarrollo de una actividad competitiva fue considerado una causa de incompatibilidad para el desempeño del cargo, consideración que no fue acogida como tal en la LSA 1951. El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1978 de la Comisión General de Codificación recogió de nuevo el desarrollo de una actividad competitiva como una causa de incompatibilidad en su artículo 93.3º, al establecer que no podían ser administradores: *«Quienes ejerzan actividades competidoras por cuenta propia o ajena».* Esta previsión no tuvo mayor recorrido dado que, como se indicará, tanto la LSA 1989 como la LSC han considerado el ejercicio de actividades competitivas como una causa justificada de cese, nunca de incompatibilidad para el desempeño del cargo. No obstante lo anterior, a diferencia de las normas societarias indicadas, la LCoop prohíbe ostentar la condición de miembro del consejo rector o de interventor a: *«Quienes desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la cooperativa, salvo que medie autorización expresa de la Asamblea General, en cada caso»* (art. 41.1 b) LCoop). Por su parte, el artículo 42.1 c) de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, establece esta prohibición en idéntico sentido y añade, siguiendo la literalidad del artículo 224.2 LSC (previgente art. 132.2 LSA 1989), que tampoco podrán ostentar dicha condición quienes *«bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la misma».*

²¹⁶ A favor de entender incluida esta prohibición en la LSA 1951 y en la LSA 1989 se pronunciaron, entre otros, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 217, y más recientemente PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., pp. 30-31 y nota núm. 31, quien sostiene que no cabe entender que la LSA constituya una excepción a la regulación de la prohibición de competencia que contienen otros cuerpos legales, tanto nacionales como europeos-continetales. En contra de este parecer se han pronunciado, entre otros, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «Prohibiciones de concurrencia», cit., p. 420, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 416, nota núm. 1, y más recientemente, LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., pp. 122-126.

«Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general». Es decir, no se preveía de forma expresa que un administrador no pudiese competir con la sociedad. Tras la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, esta regulación se completó en virtud de la dicción del artículo 127 ter 4 LSA 1989, el cual impuso a los administradores el deber de 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, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria».

La LSC previgente unificó la regulación de la prohibición de competencia para todas las sociedades de capital en su artículo 230.1, el cual disponía que: «Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior». No obstante, esta unificación no fue total, dado que las consecuencias derivadas de la infracción de esta prohibición recibían un tratamiento diferente en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada. Así, mientras el artículo 230.2 LSC preveía el cese de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada que infringiesen la prohibición de competencia a solicitud de cualquier socio por parte del Juez de lo Mercantil, el apartado 3 de este mismo artículo establecía que, a instancia de cualquier accionista, correspondía a la junta general resolver sobre el cese de los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora. Asimismo, el artículo 224.2 LSC rezaba —y sigue haciéndolo solo para las sociedades anónimas, aun cuando quepa estimarse aplicable analógicamente a las sociedades de responsabilidad limitada²¹⁷— que: «los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio

²¹⁷ A favor de la aplicación analógica se pronuncia GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.590.

por acuerdo de la junta general». Al ámbito de aplicación de este artículo me referiré extensamente más adelante en este trabajo²¹⁸.

3. LA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

3.1 PRELIMINAR

Tras la promulgación de la Ley 31/2014, la prohibición de competencia que afecta a los administradores de las sociedades de capital está prevista en el artículo 229.1 f) LSC²¹⁹. Conforme se ha expuesto en un apartado anterior de este trabajo, el vigente artículo 229.1 LSC desarrolla la obligación básica de naturaleza marcadamente preventiva recogida en el apartado e) del artículo 228 LSC —la regla *ningún conflicto*— consistente en: «*Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*».

De lo anterior se colige que la prohibición de competencia es considerada hoy un supuesto o una especie concreta de *conflicto de interés* al que se refiere el mentado apartado e) del artículo 228 LSC. Así, en el amplio campo de los conflictos que pueden surgir entre los intereses de los administradores y el interés social, el regulador ha prestado especial atención a un supuesto específico de conflicto de interés, al que nace del incumplimiento de la prohibición de desarrollar actividades competitivas²²⁰.

²¹⁸ *Vid. infra* Cap. V. ap. 3.2.

²¹⁹ El ACM reproduce de forma literal la regulación de la prohibición de competencia contenida en el artículo 229.1 f) LSC en su artículo 215-11.1 f).

²²⁰ El Derecho español no es el único que se ha preocupado de regular la prohibición de competencia que afecta a los administradores de las sociedades de capital. En Alemania, el artículo 88 *AktG* prohíbe a los miembros de la Dirección —*Vorstand*— participar en negocios y operaciones en el marco de la actividad de la sociedad, en su propio nombre o en nombre de terceros, sin el consentimiento del Consejo de Vigilancia —*Aufsichtsrat*—. Asimismo, tal prohibición está prevista en el apartado 4.3.1 de su código de buen gobierno —*Deutscher Corporate Governance Kodex*—. Por su parte, el *Code de Commerce* francés no establece una obligación concreta de no competencia. No obstante, merece ser destacado que su código de buen gobierno —*Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées - Code AFEP/MEDEF*— establece ciertas

Este concreto conflicto se regula en la actualidad en el apartado f) del artículo 229.1 LSC, el cual impone al administrador la obligación de abstenerse de *«Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad»*. Una primera lectura de este precepto basta para percatarse de que nos hallamos ante una regulación algo compleja y generadora de ciertas dudas. Por lo tanto, estimo necesario abordar un análisis en profundidad de esta previsión legal en busca de luz que nos ayude a interpretar de forma adecuada el alcance de la vigente prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital.

3.2 ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN

De conformidad con la literalidad del anteriormente transcrito artículo 229.1 f) LSC, queda prohibido a los administradores *«desarrollar actividades»* efectivamente competitivas. Se aprecia en esta redacción una clara simplificación de los términos expuestos en el previgente artículo 230.1 LSC, el cual establecía la prohibición de dedicarse: *«al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social»*.

recomendaciones de las que se podría deducir que las actuaciones de los administradores que comportan una competencia efectiva con la sociedad quedarían prohibidas —entre otras, la presunción consistente en que los administradores actúan de conformidad con el interés social (Recom. 6.1), así como una serie de normas deontológicas (Recom. 19)—. Conviene añadir que, conforme a lo establecido en su preámbulo, si bien el *Code AFEP/MEDEF* resulta de aplicación a las sociedades cuyos títulos están admitidos a cotización en un mercado oficial, resulta aconsejable y recomendado que otras sociedades apliquen también sus recomendaciones, en todo o en parte, con adaptación a sus circunstancias específicas. En el Reino Unido tampoco se prevé una prohibición expresa de no competencia. Sin embargo, sí existen obligaciones que nos conducen a afirmar que los administradores no pueden desarrollar actividades competitivas. Así, la Sección 175 *Companies Act 2006* prevé, en la línea seguida actualmente por los artículos 228 e) y 229.1 LSC, la obligación general de todo administrador de evitar situaciones en las que tenga o pueda tener un interés directo o indirecto que esté o pueda posiblemente estar en conflicto con los intereses de la sociedad. En particular, el legislador inglés considera que este deber aplica a la utilización de cualquier activo, información u oportunidad, con independencia de que la sociedad pueda sacar provecho de los mismos, no siendo aplicable, en cambio, a conflictos de interés que surjan en relación con operaciones o acuerdos con la sociedad. Adicionalmente, las conductas competitivas del administrador tampoco serían acordes con su deber consistente en la promoción del éxito de la sociedad previsto en la Sección 172 *Companies Act 2006*.

No obstante, se ha de examinar si esta reducción terminológica es *sustancial* en lo que al ámbito objetivo de la prohibición que nos ocupa se refiere. En otras palabras, ¿se ha ampliado o reducido el campo de las actividades vedadas al administrador leal?, ¿acaso es relevante la omisión de la referencia al objeto social en el vigente artículo 229.1 f) LSC?

3.2.1 Las actividades que entrañan competencia efectiva

En atención a las referidas cuestiones que se nos plantean de la lectura del artículo 229.1 f) LSC, veamos cuáles son las actividades del administrador que deben considerarse competitivas con respecto de la actividad de la sociedad cuyo interés social se pretende proteger.

3.2.1.1 El concepto de *competencia*

A fin de delimitar el ámbito objetivo de la prohibición de competencia que nos atañe, en primer lugar, debemos detenernos en el significado del complejo concepto de la *competencia*. En el camino hacia el entendimiento de este difícil concepto que ahora nos ocupa, el primer obstáculo lo encontramos en la ausencia de su definición en la LSC.

Esta indefinición legal societaria nos obliga a acudir a otros ámbitos del Derecho mercantil en busca de pistas que nos ayuden a esclarecer lo que es y, al mismo tiempo, lo que no es *competencia* a los efectos de demarcar la prohibición contemplada en el artículo 229.1 f) LSC. Por un lado, de acuerdo con lo indicado por nuestros tribunales y la doctrina autorizada, encontraremos importantes criterios y términos que nos auxiliarán en esta tarea en el terreno del Derecho de defensa de la competencia²²¹, principalmente, para delimitar el *mercado relevante* al que me referiré

²²¹ Los criterios que nos ofrece el Derecho de defensa de la competencia se tendrán en cuenta a los solos efectos de entender mejor el ámbito de aplicación de la prohibición contenida en el

más adelante en este mismo capítulo²²². Ahora bien, debe aclararse desde este mismo instante que esta regulación no persigue proteger la actividad que desarrolla la sociedad tutelada, sino la libre y efectiva competencia del mercado. Por consiguiente, es imperiosa la necesidad de construir las oportunas barreras a fin de evitar la extensión íntegra y automática de los principios de esta rama del Derecho de la competencia al campo de la prohibición concurrencial societaria²²³. Por otro lado, máxime para conocer cuándo no nos hallamos ante una situación competitiva *ex* artículo 229.1 f) LSC, me parece de interés tener en consideración el vigente régimen legal de la competencia desleal. Basta atender a la regulación del ámbito objetivo de la LCD (art. 2) para darse una cuenta de que la misma no tiene como objetivo la

artículo 229.1 f) LSC. En ningún caso se pretende insinuar que conceptos acuñados en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia sean vinculantes en sede societaria, ni que los mismos quieran ser trasladados al Derecho societario. Debe tenerse en cuenta que el fin perseguido por estos dos ámbitos del Derecho mercantil es diferente y, por tanto, una aplicación automática de los criterios prestados por el Derecho de defensa de la competencia en el ámbito del Derecho de sociedades podría no servir para saber cuándo existe una situación de competencia real. El preámbulo de la LDC recoge una buena muestra de la finalidad del régimen de la defensa de la competencia: «*La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*» (pár. I). En relación con la conveniencia o necesidad de acudir al Derecho de defensa de la competencia en busca del significado del concepto que nos ocupa, considero oportuno traer a colación las consideraciones vertidas a este respecto en la SAP de Bizkaia de 20 enero de 2012 (*caso Iberdrola*): «*En torno a la discusión sobre el significado de sociedad competidora, a que se refiere el art. 132.2 de la LSA, que contempla un supuesto concreto y específico de conflicto u oposición de intereses: el que el administrador que lo sea de otra sociedad competidora, toda vez que en la segunda formulación ("Las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad") el concepto es más amplio y genérico, consideramos que es baladí la discusión sobre la aplicación del derecho de la competencia y/o derecho societario a los efectos de precisar el término competencia, cuando la propia la parte apelante, defensora de la aplicación del derecho de la competencia, define la "sociedad competidora" como aquella que realiza sus actividades en confrontación directa con la otra sociedad, refiriéndose a la "competencia efectiva entre dos empresas" o "ejercicio de una actividad concurrente en sentido estricto" o "situación de efectiva concurrencia que además ha de tener un carácter relevante", máxime cuando esta confrontación directa, efectiva y estricta se ha demostrado en autos*» (F.D. Sexto, AC 2012\288). A favor de recurrir al ámbito del Derecho de defensa de la competencia para delimitar la situación de competencia que afecta a los administradores de las sociedades de capital, *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 235, y más recientemente, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 407.

²²² *Vid. infra* Cap. II, ap. 3.2.1.2.

²²³ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 150.

tutela del interés social de una determinada entidad social, sino otro muy distinto. Concretamente, esta ley persigue la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado prohibiendo, para ello, conductas objetivamente ilícitas²²⁴.

Adicionalmente, ante dicha indeterminación en la regulación del Derecho de sociedades, estimo que nos son de gran ayuda las distintas definiciones que se han dado de este término fuera del ordenamiento jurídico²²⁵. Si bien no son definiciones de carácter legal —y menos aún, imperativo— que nos digan exactamente qué debe entenderse por este concepto a los efectos de la regulación prevista en los artículos 229.1 f) y 230.3 LSC, de las mismas se pueden extraer los elementos fundamentales de las situaciones concurrenciales que se pretenden prevenir mediante dicho régimen. En especial, se deduce de ellas que la competencia puede aparecer tanto en el marco de la oferta —en sentido descendente— como en el de la demanda —en sentido ascendente— de productos o servicios.

- (i) En el primero de los casos —la competencia que surge en sentido descendente— cuando el administrador y la sociedad actúan como oferentes, el criterio determinante para afirmar que nos hallamos ante una situación de competencia lo encontramos en la *clientela común* de ambos sujetos o, mejor dicho, en la idoneidad de la actividad del administrador para ser instrumento

²²⁴ Vid. GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 70. De conformidad con la literalidad del artículo 2.2 LCD, delimitador de su ámbito objetivo: «Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».

²²⁵ De conformidad con la tercera acepción de la palabra competencia prevista en el diccionario de la RAE, la misma se refiere a la: «Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio». Asimismo, doctrinalmente se ha definido la competencia como: «la lucha comercial entre empresas y sociedades, que tratan el mismo tipo de negocios en el mismo ramo económico, en el mismo sentido, sobre escala análoga, y frente a la misma clientela efectiva y potencial» (Vid. GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 207).

de atracción de clientela, o en su capacidad de desviar la clientela²²⁶. Es decir, se considerará que actúa de forma desleal el administrador que mediante su actividad en el mercado busca los mismos clientes en los que está interesado su principal —la sociedad administrada—²²⁷. Siguiendo la definición doctrinal arriba reseñada, debe atenderse no solo a los clientes reales o actuales, sino también a aquellos que, en potencia, lo sean de la sociedad —conflicto de competencia potencial (art. 229.1 f) LSC)—.

- (ii) No obstante, como se advertía anteriormente, la concurrencia puede surgir también en sentido ascendente, cuando el administrador y la sociedad demandan bienes o servicios en el mismo mercado para el desarrollo de sus respectivas actividades económicas. Cuando ambos se abastecen de los mismos bienes o servicios para el desarrollo de sus respectivas actividades, podemos encontrarnos también ante situaciones de competencia. Sin embargo, no existirá tal situación de competencia ascendente cada vez que el administrador y la sociedad adquieran los mismos bienes o reciban idénticos servicios, sino solamente cuando el mercado de los bienes recibidos o servicios prestados reaccione de modo sensible a las variaciones de la demanda y siempre que, además, la marcha de tal mercado se refleje de modo igualmente sensible sobre la funcionalidad de la sociedad administrada²²⁸. Pensemos, por ejemplo, en los mercados de materia prima escasa cuyo precio y disponibilidad podría variar sustancialmente como consecuencia de un incremento en la demanda de la misma.

²²⁶ *Vid.* SUÁREZ-ILLANOS GÓMEZ, L., «Prohibiciones de concurrencia», cit., p. 420, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 207.

²²⁷ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 114.

²²⁸ *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., pp. 210-211.

3.2.1.2 El mercado relevante

Las definiciones de la *competencia* presentadas en el apartado precedente nos han permitido realizar un primer acercamiento a este complejo concepto. Sin perjuicio de su utilidad, es necesario ahondar en el mismo para conocer con certeza cuándo nos encontramos ante una situación de competencia *efectiva* en sede societaria (art. 229.1 f) LSC).

A tal fin, se debe atender al *mercado relevante* relativo a la compraventa de bienes o a la prestación de servicios de que se trate en cada caso. Es decir, debemos fijarnos en dicho mercado para ver si el administrador y la sociedad administrada tutelada se encuentran o no en una situación de real competencia. Nuevamente, nos enfrentamos a un concepto extrasocietario para cuya correcta comprensión me parece conveniente acudir al ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

Esta área del Derecho se ha ocupado de estudiar qué ha de entenderse por *mercado relevante*²²⁹, es decir, qué empresas compiten entre sí, quienes luchan por atraer a unos mismos clientes, con qué productos compiten y en qué área geográfica²³⁰. A estos dos ámbitos —el objetivo y el territorial— se debe añadir el ámbito temporal, al cual también deberá atenderse para poder afirmar la existencia de un mercado relevante. Estos tres factores, el objetivo o funcional, el geográfico y el temporal, han sido subrayados también por la doctrina científica que se ha ocupado de estudiar la prohibición de competencia en sede societaria para conocer en qué mercado hemos

²²⁹ Según se postula por la doctrina que se ha ocupado del estudio del concepto del *mercado relevante*: «es un concepto que se ha acuñado específicamente en el ámbito del derecho de la competencia sobre la base de conceptos del análisis económico. Su razón de ser estriba en la necesidad de acotar el ámbito en el que se le imputa a una empresa poder de mercado, dado que será con referencia a dicho ámbito donde se valoren las prácticas que ha llevado a cabo la empresa, sus efectos anticompetitivos y la necesidad de sanción» (Vid., literalmente, GUTIÉRREZ, I., PADILLA, A. J., «Economía de la competencia», en *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, (Dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, p. 34).

²³⁰ Vid. ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», *RDCD*, núm. 9, 2011, p. 51.

de fijarnos en cada caso²³¹.

3.2.1.2.1 *El mercado objetivo, de producto o funcional*

El primero de ellos, el mercado objetivo, de producto o funcional, nos obliga a prestar atención a los bienes o servicios que son ofrecidos o demandados por la sociedad administrada.

(i) *Análisis del mercado objetivo conforme a la LSC*

El vigente artículo 229.1 f) LSC no nos ofrece demasiadas pistas acerca del alcance objetivo de la prohibición que en ella se establece. Como decía, este precepto legal no añade adjetivos a las actividades del administrador que deben ser consideradas competitivas desde un punto de vista objetivo. Ha desaparecido, también, cualquier referencia al objeto social como criterio jurídico delimitador del referido ámbito objetivo. Así, el término *actividad* destaca ahora por su falta de delimitación —o, lo que es lo mismo, por su amplitud—, muestra del deseo del regulador de que toda actividad concurrente quede prohibida *ex lege*. Sin perjuicio de lo anterior, los adjetivos empleados por los textos legales previgentes y el objeto social —el cual debe necesariamente figurar en los estatutos sociales de las sociedades de capital (art. 23 LSC)— nos servirán, al menos, como pautas orientativas —no imperativas— para discernir cuáles son las actuaciones competitivas que pretende prevenir el tipo de

²³¹ Vid. GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 214, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, (Dir. VICENT CHULIÁ, F.), Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 197, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 39, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 40, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 407, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 155. En el marco de la prohibición de concurrencia que afecta a las sociedad colectivas (arts. 136-138 CCom), Vid. DE EIZAGUIRRE, J. M.ª, *Derecho de Sociedades*, cit., p. 172.

deslealtad contemplado hoy en el artículo 229.1 f) LSC.

Así, por un lado, será un indicio razonable para constatar la existencia de concurrencia real la identidad entre la actividad ejercida por el administrador y la actividad principal del objeto social de la compañía por él administrada²³². En este orden, resultará necesario atender al objeto social de esta última, siquiera como guía flexible de lo que, en realidad, constituye la actividad de la misma. No cabe duda de que, en el tráfico, en gran parte de los casos, el objeto social estatutario coincide con la actividad realmente desarrollada por la sociedad²³³. No obstante ello, es habitual que la norma estatutaria prevea diferentes actividades dentro de su objeto social, lo cual no significa que la sociedad vaya a desarrollar todas ellas ni que, en modo alguno, esté obligada a ello. Tampoco podemos pasar inadvertida la posibilidad de que la sociedad haya *de facto* ampliado su objeto social sin que el órgano soberano haya adoptado un acuerdo formal al efecto y haya modificado los estatutos sociales de la compañía en consecuencia²³⁴. Por consiguiente, si bien el objeto social

²³² Bajo la regulación anterior, la constitución de una sociedad con objeto social idéntico suponía la infracción de la prohibición de competencia, salvo que se pudiese demostrar que no existía ninguna contraposición de intereses. A este respecto, entre otras, *Vid.* las SSTs de 7 de noviembre de 1986 (F.D. Segundo, RJ 1986\6215) y de 19 de abril de 2004 (F.D. Tercero, RJ 2004\1565), y la SAP de Málaga de 15 de noviembre de 2011 (F.D. Segundo, JUR 2012\205019).

²³³ El artículo 23 LSC, en su apartado b), exige que conste en los estatutos sociales de las sociedades de capital «*el objeto social, determinando las actividades que lo integran*». Por su parte, el RRM impone idéntica obligación y añade que no podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él (art. 117 1 y 2 RRM). Asimismo, tampoco permite esta norma que se incluya en el objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio y que se empleen expresiones genéricas de análogo significado (art. 117.3 RRM). La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, estableció la obligación de expresar en los documentos inscribibles y en la primera inscripción de constitución de las correspondientes entidades en los registros públicos competentes los códigos relativos a las actividades que corresponden al objeto social de la sociedad inscribible —el código CNAE— (art. 20.2). En aplicación de esta norma, en la práctica se exige únicamente el código CNAE correspondiente a la actividad principal de la entidad. Asimismo, este código CNAE debe incluirse en las cuentas anuales objeto de depósito en el RM. Como consecuencia de esta exigencia, cabe entender que la actividad indicada como principal con su correspondiente código CNAE constituye hoy un indicio razonable de la actividad real que desarrolla la sociedad a los efectos de evaluar situaciones de competencia real.

²³⁴ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Artículo 230. Prohibición de competencia», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1.655.

nos puede servir *prima facie* como criterio revelador de la verdadera actividad que desarrolla una sociedad, este criterio no es suficiente y, menos aún, exacto, preciso ni completo²³⁵.

Por otro lado, será también una prueba relevante en orden a afirmar que existe competencia que la actividad desarrollada por el administrador sea análoga o complementaria a la de la sociedad tutelada²³⁶. A este respecto, debe advertirse que pueden considerarse complementarias a la actividad desarrollada por la sociedad tutelada, tanto determinadas actividades instrumentales, por resultar necesarias o convenientes para contribuir a hacer posible o perfeccionar el desarrollo de la misma, como otras que satisfacen necesidades complementarias de la clientela que demanda los bienes o servicios que ofrece dicha sociedad²³⁷. No obstante, dado que no toda actividad complementaria es generadora de una situación de conflicto con el interés social, para poder incardinarla en el artículo 229.1 f) LSC será preciso que la misma sea generadora de un conflicto de interés o, al menos, de un riesgo de que nazca tal conflicto, por tener carácter sustitutivo de la actividad que desarrolla la propia sociedad tutelada²³⁸.

²³⁵ Tal y como ha sido subrayado por la jurisprudencia, la «*coincidencia tangencial de objetos sociales*» no basta para poder apreciar la existencia de un conflicto de competencia (*Vid.* la SAP de Las Palmas de 9 septiembre, F.D. Cuarto, JUR 2016\6822).

²³⁶ El artículo 63 LSRL 1995 establecía la prohibición de los administradores de dedicarse a actividades complementarias a las que constituyesen el objeto social y dicha prohibición se recogió de igual forma en el previgente artículo 230.1 LSC. En la actualidad, el artículo 229.1 f) LSC no prevé ninguna referencia a las actividades complementarias, si bien no cabe duda de que las mismas quedan incluidas entre las actividades prohibidas recogidas en este precepto siempre que su desarrollo entrañe una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la actividad que desarrolla la sociedad.

²³⁷ *Vid.* GALLEGU LARRUBIA, J., «Algunas cuestiones en torno a la prohibición de competencia de los administradores de la sociedad limitada», cit., p. 10.

²³⁸ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 114, EMPARANZA SOBEJANO, A., *Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital*, cit., p. 40, BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia», *RdS*, núm. 41, 2013, p. 463, GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 227, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución,

De las consideraciones anteriores podemos extraer el motivo por el cual se ha optado por reducir la descripción de las actividades que entrañan competencia en el vigente artículo 229.1 f) LSC. En efecto, estimo que esta simplificación de la redacción no responde sino al fin de aclarar que lo importante para valorar si el administrador incumple su obligación de no competencia es atender a la propia actividad desarrollada y a su capacidad de generar una situación de conflicto real con el interés social. Desde mi punto de vista, el legislador ha restado importancia a los criterios orientativos que han venido siendo empleados para evaluar situaciones de competencia —a saber, la analogía, la complementariedad de las actividades y, fundamentalmente, el objeto social— criterios que, sin perjuicio de que puedan seguir siendo utilizados para dicho fin, no deben constituir pautas firmes e inflexibles en este terreno.

(ii) *Análisis del mercado objetivo conforme al Derecho de defensa de la competencia*

De conformidad con lo indicado anteriormente, en el campo del Derecho de defensa de la competencia podemos encontrar guías o criterios adicionales que nos permiten delimitar el mercado que ahora nos atañe. En particular, en esta área del Derecho se ha definido el mercado relevante de producto —el denominado *mercado de producto de referencia*— como aquel que comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos²³⁹. A fin de poder afirmar esta

conflicto de interés, separación. Los suplentes», en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, (Coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., GARCÍA VILLAVERDE, R., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), McGrawHill, Madrid, 1996, p. 666.

²³⁹ *Vid.* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), Diario Oficial núm. C 372 de 09/12/1997 p. 0005–0013, ap. II.7 (en adelante, la «COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN 97/C 372/03»). En términos similares, se ha sostenido que este mercado: «[...] comprende el conjunto de bienes o servicios por los que el consumidor puede sustituir el producto considerado dadas

consideración, será necesario, tal y como se hace constar en la referida definición, que ambos sean sustituibles —no necesariamente idénticos—. En realidad, el concepto de la *sustituibilidad* nos permite indagar sobre los productos o servicios contra los que en realidad se compite por los distintos operadores del mercado y que, en definitiva, son los que determinan el mercado relevante.

Desde el punto de vista de la demanda, el carácter sustituible de los productos es un criterio clave para delimitar de forma más precisa el ámbito de las actividades concurrentes. Desde esta vertiente, para saber si dos productos o servicios pueden ser considerados intercambiables, será necesario ponerse en el lugar del consumidor o usuario y examinar si ambos cubren las mismas o similares necesidades subjetivas a pesar de tratarse de bienes o servicios diferentes. En particular, esta sustituibilidad señalará en qué medida el consumidor o usuario está dispuesto a reemplazar un producto o servicio por otro en caso de que su precio varíe²⁴⁰. No obstante, también habremos de fijarnos en este carácter desde la perspectiva de la oferta, dado que los productores podrían también encontrar trabas en el suministro de ciertos bienes y, en consecuencia, reorientar sus recursos para la producción. Productos que no tengan dicha naturaleza intercambiable para los consumidores podrían sí tenerla para aquellos.

En relación con lo anterior, si nos fijamos en dicho carácter sustituible, los productos o servicios que comprenderán el ámbito objetivo relevante para poder apreciar la existencia de una actividad competitiva *ex* artículo 229.1 f) LSC serán aquellos que son intercambiables y, en consecuencia, sustitutivos²⁴¹.

sus características, su precio y el uso que de los mismos pretenda hacer. Para definir el mercado de producto relevante identificaremos todos aquellos bienes o servicios que se consideran sustitutivos desde el punto de vista de la oferta y de la demanda» (Vid. GUTIÉRREZ, I., PADILLA, A. J., «Economía de la competencia», cit., p. 36).

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

²⁴¹ *Vid. COSTAS COMESAÑA, J., El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL), cit., p. 197, GALLEGO LARRUBIA, J., Prohibición de*

Debe hacerse hincapié en que será el factor precio el que amplíe o reduzca, en muchos casos, el abanico de los bienes y servicios que pueden tener la consideración de intercambiables²⁴².

(iii) *Análisis del mercado relevante realizado por los tribunales*

Así mismo, debe atenderse a un criterio adicional establecido por nuestros tribunales a la hora de delimitar la situación de conflicto desde su vertiente objetiva.

De acuerdo con el entendimiento de los juzgadores, el análisis de la rivalidad debe ser doble: por un lado, con respecto de la competencia *por el mercado* —promoción y desarrollo de nuevos productos y actividades— y, por otro lado, en relación con la competencia *en el mercado* —los negocios a que se dediquen una y otra sociedad—²⁴³.

competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación), cit., p. 218.

²⁴² Considero ilustrativo a estos efectos el ejemplo que se contiene en la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN 97/C 372/03 (ap. II.18), en relación con la sustituibilidad de la demanda de productos: «Un ejemplo práctico de este examen de los precios lo tenemos cuando se aplica, por ejemplo, a una concentración de embotelladores de refrescos. En tal caso, habría que decidir si refrescos de diferentes sabores pertenecen al mismo mercado. En la práctica, habría que determinar si los consumidores del sabor A se pasarían a otros sabores para hacer frente a un incremento permanente del precio del sabor A comprendido entre el 5 % y el 10 %. Si un número suficiente de consumidores estuviesen dispuestos a pasarse, por ejemplo, al sabor B, en tal medida que el incremento de precios del sabor A no fuese rentable debido a la reducción resultante de sus ventas, el mercado englobaría como mínimo los sabores A y B. El proceso habría de ampliarse a otros sabores hasta llegar a determinar un conjunto de productos para los cuales un incremento del precio no conduciría a una sustitución suficiente de la demanda». A fin de valorar la sustituibilidad de la demanda de productos se suele acudir al test «SSNIP» —*small but significant non transitory increase in price*—, denominado asimismo como el *test del monopolista hipotético*, conforme al cual se mide la reacción de los consumidores ante aumentos de precios pequeños pero significativos y no transitorios de productos. En este orden, se entiende que el producto A y el producto B se encuentran en el mismo mercado cuando un pequeño incremento del precio del producto A supone que los consumidores comprenden el producto B. Pensemos, por ejemplo, en el carácter sustitutivo de los productos frescos. En función del precio de los mismos, podrían llegar a ser sustitutivas las carnes blancas y las rojas, dado que ambas satisfacen similares necesidades de los consumidores. En contra de tener en consideración el factor precio a la hora de constatar la existencia de competencia, *Vid.* la SJM de Santander de 20 de octubre de 2014 (F.D. Quinto, AC 2014\1821).

²⁴³ *Vid.* la SAP de Bizkaia de 20 enero de 2012 (*caso Iberdrola*, F.D. Quinto, AC 2012\288).

De la anterior importante distinción se aprecia con facilidad que el mercado objetivo relevante no atiende solamente a las actividades que se desarrollen por la sociedad tutelada en un determinado momento —*en el mercado*—. La competencia *por el mercado* engloba aquellas actividades que, en potencia, puedan entrar en conflicto como consecuencia de la apertura a nuevos mercados. Estas actividades potencialmente competitivas están actualmente prohibidas *ex* artículo 229.1 f) LSC.

3.2.1.2.2 *El mercado geográfico*

Una vez delimitado el mercado de producto, debe fijarse el mercado geográficamente relevante del mismo²⁴⁴. En este orden, cabe apreciar *prima facie* cierta dificultad para delimitar este mercado, al menos, con carácter general. En realidad, cada caso particular nos obligará a realizar un estudio específico del mercado de que se trate dado que, como veremos, son varios los factores capaces de delimitarlo²⁴⁵.

Conforme a la definición de este concepto que nos ofrece el Derecho de

²⁴⁴ Sobre la necesidad de atender al ámbito geográfico relevante para poder apreciar la existencia de concurrencia se pronunció, entre otros, el JM de Bilbao en su sentencia de 26 de enero de 2011 (*caso Iberdrola*, F.D. Sexto, JUR 2011\47776). Asimismo, en este sentido, *Vid.* BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia», cit., p. 463.

²⁴⁵ Con respecto del mercado geográfico relevante, considero interesante hacer mención al voto particular emitido en la SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\10886) por el magistrado D. Juan F. Garnica Martín en relación con un caso de competencia entre negocios de hostelería. En su opinión, la cual comparto: «[...] *no puedo ignorar que la proximidad geográfica pueda ser un factor a tomar en consideración, si bien no un factor determinante en un tipo de actividad como la examinada. La concentración de establecimientos de restauración en una zona concreta no creo que constituya precisamente un factor negativo desde la perspectiva de la competencia sino que es todo lo contrario: constituye un factor positivo, en la medida en que supone una mejora de las condiciones objetivas en las que ambos pueden llevar a cabo su actividad, por cuanto supone un factor de concentración de la clientela. Por tanto, la proximidad geográfica entre los establecimientos de cada una de las sociedades no creo que constituya un factor en absoluto determinante para apreciar competencia efectiva entre los dos negocios, particularmente cuando esa distancia es de 150 metros, esto es, una distancia considerable en el caso de un área geográfica urbana con una concentración tan notable de establecimientos de hostelería*». Tal y como se aprecia de la lectura de este voto particular, la delimitación del mercado relevante en términos geográficos depende en gran medida del tipo de negocio de que se trate, dado que la presencia de un competidor podría, incluso, resultar beneficiosa para la sociedad tutelada.

defensa de la competencia, el mercado geográfico de referencia es entendido como el comprensivo de la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas²⁴⁶.

Al igual que el ámbito del mercado relevante de producto, para demarcar el territorial debe tenerse en cuenta, de un lado, la sustituibilidad de la demanda por parte de los consumidores o usuarios a empresas de otros territorios en caso de que los precios varíen. En caso de que dicha sustitución de los productos y servicios sea significativa, tales territorios formarían parte del mercado geográfico relevante. De otro lado, es preciso tener en cuenta también la sustituibilidad de la oferta de los bienes y servicios por parte de los fabricantes o prestadores, quienes podrían reaccionar ante, por ejemplo, el precio que ofreciesen sus homólogos locales²⁴⁷.

Al hilo de lo anterior, si prestamos atención a la oferta, serán criterios a tener en cuenta la naturaleza perecedera o no del producto, los costes de su transporte, las

²⁴⁶ *Vid.* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN 97/C 372/03 (ap. II. 8). En términos similares se ha defendido que: «[...] el mercado geográfico relevante comprende el territorio en el cual se desarrolla la oferta y la demanda de aquellos productos que han sido considerados sustitutivos, en condiciones suficientemente homogéneas y sustancialmente distintas a las que se observan en otros territorios vecinos. Por tanto, para delimitar el mercado geográfico relevante a partir de los productos objeto de análisis, se identificará con respecto a qué zona tiene lugar la sustituibilidad de la oferta y la demanda y si en la misma las condiciones de competencia son homogéneas» (*Vid.* GUTIÉRREZ, I., PADILLA, A. J., «Economía de la competencia», cit., p. 37).

²⁴⁷ *Vid.* GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 31, 2013, p. 55. El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de atender al mercado geográficamente relevante. Así, en la STS de 28 de junio de 1982 (RJ 1982\3445), entendió: «Que la sentencia recurrida descarta la realidad de actividades competidoras entre ambas sociedades, a pesar de la analogía en el objeto de su tráfico, afirmando que la compra de remolacha la realizan en distintas zonas y hasta en diversos partidos judiciales tanto en la provincia de Granada como en las de Cádiz y Ciudad Real [...]». Considera el TS en este caso que: «[...] no basta la igualdad de tráfico de las compañías para entender sin más que se trata de empresas efectivamente competidoras».

barreras naturales y económicas, etc.²⁴⁸ Por el contrario, en atención a la demanda, la inclinación de los clientes para acudir a proveedores ubicados en zonas territoriales diferentes dependerá, entre otros aspectos, de criterios fundamentales tales como la exclusividad del producto, las marcas, la volatilidad de su precio en otros territorios, los aspectos culturales, de identidad nacional o idiomática.²⁴⁹ Adicionalmente, resulta obligado subrayar que los mercados territorialmente relevantes no se corresponden necesariamente con las fronteras estatales. De hecho, si bien pueden existir mercados prácticamente municipales o incluso, inframunicipales, los hay, asimismo, regionales y estatales, sin perjuicio de los mercados mucho más extensos fruto de la globalización económica, los cuales pueden llegar a alcanzar incluso el ámbito mundial. En relación con esta última idea relativa a la extensión de los mercados, debe advertirse que constituye hoy un criterio decisivo en la unificación del mercado la posibilidad de comprar productos o recibir servicios a través de internet²⁵⁰.

Por último, considero importante añadir que, en ocasiones, es el propio territorio físico el que crea el mercado relevante al establecer una barrera infranqueable a la referida sustituibilidad de la demanda y de la oferta²⁵¹.

²⁴⁸ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 40, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., p. 202, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., pp. 220-221.

²⁴⁹ Sobre la influencia de los factores culturales e idiomáticos en la delimitación del mercado relevante, resultan interesantes las consideraciones expuestas por el pleno del TDC en su informe de fecha 21 de diciembre de 2001, con ocasión del expediente de concentración económica C68/01, Grupo CORREO/PRENSA ESPAÑOLA.

²⁵⁰ No cabe duda de que la prestación de servicios y la venta de productos *online* amplía la competencia. A modo de ejemplo, la Comisión Europea consideró, en el ámbito de las agencias de viajes, que la prestación de servicios *online* no constituye un mercado distinto al de la prestación de servicios por agencias de viajes minoristas tradicionales, ya que ambos tipos de agencias compiten entre sí (*Vid.* Comisión Europea, Notificación de 30 de enero de 2008 con arreglo al artículo 4 del Reglamento del Consejo (CEE) nº 139/2004, asunto COMP/M.5038-TELEFÓNICA/TURMED/RUMBO). Esta competencia es cada día mayor si tenemos en cuenta que incluso el pequeño comercio acude en ocasiones a la venta *online* de sus productos, ya sea de forma independiente o de la mano de gigantes como *Amazon*.

²⁵¹ Me refiero a los casos en los que la prestación de servicios necesariamente debe tener lugar en un ámbito territorial concreto. Tal es el caso de los servicios de transporte puesto que, en este ámbito, es el propio territorio físico el que marca los límites. Sobre este particular se pronunció la

3.2.1.2.3 *El mercado temporal*

En lo referente al ámbito temporal relevante, se deberá tener en consideración si existen diferentes *mercados* en función de la franja horaria, de los días de la semana o de la temporada del año en la que se desarrollan las actividades por parte del administrador y por parte de la sociedad tutelada²⁵². Es decir, hemos de fijarnos en la posibilidad de que el elemento temporal sea capaz de crear diferentes mercados para productos o servicios que, en teoría, podrían ubicarse en el mismo mercado funcional e, incluso, geográfico. En este ámbito, será el elemento temporal el que condicione la sustituibilidad de la oferta o de la demanda²⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, para valorar correctamente el referido ámbito temporal, es preciso recordar que el vigente artículo 229.1 f) LSC prohíbe de forma expresa no solo las actividades que entrañen una competencia actual, sino también potencial, lo cual nos obliga a realizar un examen con vistas a lo que podría ocurrir en el futuro²⁵⁴.

SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012 (F.D. Segundo, AC 2012\1716), en la que se señala que: *«Es a ello a lo que ha de atenderse, a la especificidad del caso dado, y en este ámbito el autobús turístico de Toledo es una modalidad de transporte terrestre de pasajeros, como otras muchas, pero no es una actividad de transporte público de viajeros de ámbito supra municipal o interurbano (por carretera) que se dirigen de un lugar a otro en líneas regulares de transporte, se trata de un autobús que da vueltas por un trayecto dentro de la misma ciudad de Toledo, con un mismo punto de inicio y de terminación de este, y sin paradas en otras localidades cuyos pasajeros circulan en el mismo a fines turísticos exclusivamente: no para viajar a un destino concreto sino para visitar una misma ciudad. Tal actividad no guarda semejanza bastante con la hasta ahora descrita de Rubicar por lo que no puede apreciarse en el caso dado una concurrencia de intereses en conflicto entre una y otra sociedad, pues no prestan en este particular objeto de examen semejante servicio ni rivalizan respecto del mismo tipo de clientes en el mercado»*.

²⁵² Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 41, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 221.

²⁵³ Vid. GUTIÉRREZ, I., PADILLA, A. J., «Economía de la competencia», cit., p. 37.

²⁵⁴ En el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, la competencia potencial no se tiene en consideración a los efectos de definir el mercado relevante: *«[...] puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia»* (COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN 97/C 372/03, ap. II.24). Sin perjuicio de lo anterior, por imperativo de la LSC y conforme a la jurisprudencia de nuestros tribunales, en el ámbito del Derecho de sociedades la

3.2.1.3 El *desarrollo* de una actividad competitiva

Delimitado el concepto del *mercado relevante* que nos ayuda a entender la *competencia* que queda restringida en virtud del artículo 229.1 f) LSC, ha de aclararse la forma en la que la misma puede manifestarse en la práctica.

Según la literalidad de dicho precepto, se exige un *desarrollo*, en otras palabras, un ejercicio o una dedicación habitual o continua²⁵⁵. No obstante lo anterior, el hecho de que con carácter general los actos competitivos entrañen habitualidad o permanencia no significa que los actos aislados queden al margen de la prohibición de competencia prevista en el artículo 229.1 f) LSC²⁵⁶. En caso de que el

potencialidad debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la infracción de la prohibición de competencia (art. 229.1 f) LSC). En relación con el *mercado temporal* de referencia, es preciso subrayar que la consideración de la potencialidad de las situaciones de conflicto resta fuerza a la posibilidad de crear mercados relevantes con base en los horarios o temporadas. A modo de ejemplo, si bien el hecho de que dos actividades se desarrollen en horarios diferentes —por ejemplo, los servicios de comedor al mediodía y en horario de cenas— implica la imposibilidad de afirmar una competencia actual y real, la relevancia del conflicto potencial nos obliga a detenernos ante el riesgo de que alguna de las sociedades que desarrollan dichas actividades decida ampliar sus servicios a otros horarios diferentes. En tal caso, en potencia, podríamos afirmar que las actividades son competitivas. La competencia en relación con los productos y servicios de temporada podría quedar asimismo en entredicho si tenemos en cuenta la posibilidad, entre otros, de que las terrazas de bares al aire libre durante el periodo estival puedan ser cubiertas durante el invierno y equipadas con calefactores exteriores.

²⁵⁵ Hasta la entrada en vigor de la Ley 31/2014 la prohibición de competencia prevista en la LSC exigía una *dedicación* por parte del administrador a las actividades competitivas (previgente art. 230.1 LSC). Entiendo que la referencia actual al *desarrollo* (art. 229.1 f) LSC) en lugar de a la referida *dedicación* no introduce cambios significativos en la regulación de esta prohibición. Debe tenerse en cuenta que, incluso bajo la regulación anterior, ya se venía defendiendo que el término *dedicarse* no podía excluir aquellos casos en los que el administrador simplemente tenía un interés en la actividad concurrente sin dedicarse a ella de forma directa, por ejemplo, por ostentar el cargo de administrador en una sociedad competidora (en este sentido, *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes», cit., p. 666). Conforme a la opinión de la doctrina científica en interpretación de las normas societarias previgentes, lo determinante para valorar si existía tal dedicación por parte del administrador radicaba en su intervención activa, en su poder de decisión o de influencia sobre las condiciones en las que se llevaba a cabo la competencia (*Vid.* GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 250).

²⁵⁶ Siguiendo la literalidad de los textos legales previgentes y con base en el fin preventivo de esta prohibición, un sector doctrinal se manifestó a favor de incluir los actos desleales puntuales en dicho artículo (*Vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo,

administrador compitiese con la sociedad en un acto puntual, dicho acto podría ser considerado desleal conforme a lo previsto en dicho artículo. Es cierto que el artículo 229.1 LSC prevé hoy un elenco de supuestos de deslealtad de naturaleza ocasional o aislada que podrían conducirnos a concluir que los actos competitivos puntuales deberían ser incardinados en alguno de ellos —en concreto, en la prohibición de aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad (art. 229.1 d) LSC)²⁵⁷—. Sin embargo, dicho encuadramiento no es preciso ni correcto, toda vez que por muy aislada que sea una actuación competitiva, la misma no dejará por este solo motivo de revestir tal carácter²⁵⁸. En otras palabras, las actuaciones que entrañan competencia no deben necesariamente ser constitutivas de una oportunidad de negocio de la

Madrid, 1977, pp. 281-282, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., pp. 202-203, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., pp. 205-207, RIVAS FERRER, V., «Artículo 230. Prohibición de competencia», cit., p. 1.654, DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 176). Sin embargo, dicha interpretación no fue pacífica, puesto que existían voces en la doctrina en contra de considerar competitivos los actos aislados o esporádicos (en este sentido, entre otros, *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», cit., pp. 453-454, BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada», cit., p. 1.012). Esta última opinión fue respaldada por los tribunales (entre otras, *Vid.* la SAP de Girona de 28 febrero de 2012, F.D. Sexto, JUR\2012\154328).

²⁵⁷ El TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de recurrir a los remedios especiales previstos en la LSC cuando la situación de conflicto es ocasional en su sentencia de 11 de noviembre de 2014 (*caso Iberdrola*, F.D. Quinto, 2, RJ 2014\6459). En este caso el TS estableció como criterio delimitador entre la prohibición de competencia y el aprovechamiento de oportunidades de negocio, el carácter ocasional de este último. Esta interpretación ha sido tenida en consideración por cierto sector doctrinal para dejar fuera de la prohibición de competencia los actos aislados tras la reforma introducida en la LSC por la Ley 31/2014 (*Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., pp. 406-407, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., pp. 72-73). No obstante, esta opinión tampoco es pacífica tras la referida reforma. Así, a mi entender, ni las oportunidades de negocio son siempre de naturaleza coyuntural ni los actos competitivos lo son siempre de carácter permanente (*Vid.*, en el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 135-137 y 157-158).

²⁵⁸ Pensemos, por ejemplo, en el administrador de una tienda física de ropa que cuenta con una participación significativa en una sociedad que se dedica a la venta de ropa exclusivamente de forma *online*. En caso de que durante el mes de agosto esta última sociedad vendiese sus productos en un comercio local de la competencia de la primera aprovechando la llegada de turistas, el administrador se hallaría incurso en un supuesto de conflicto de competencia puntual. La venta de ropa en dicho comercio local no sería constitutiva de una *oportunidad de negocio* de la sociedad tutelada.

sociedad²⁵⁹. No obstante, las consecuencias que se derivan de los actos de competencia aislados serán *prima facie*, gracias a su brevedad, menos gravosas que las que perduran en el tiempo, lo cual podría tener un efecto directo en el sentido de los acuerdos de la junta general que resuelvan sobre la conveniencia de dispensar estos actos²⁶⁰, así como sobre la solicitud del cese del administrador competidor ocasional²⁶¹.

3.2.1.4 El necesario carácter efectivo

En los apartados anteriores se ha expuesto el tipo de actividades que deben ser prevenidas, en términos objetivos, por ser generadoras de conflictos de competencia. Precisamente, nos hemos fijado en las actividades que, en atención al mercado relevante, son concurrenciales. Nos hemos centrado pues en la necesidad de que la competencia realmente exista, en su carácter efectivo. En realidad, es el propio artículo 229.1 f) LSC el que, dejando de lado la identidad o analogía de los objetos sociales, nos recuerda hoy que lo fundamental y estrictamente necesario para apreciar el supuesto de hecho prohibido es que la competencia sea *efectiva*²⁶².

²⁵⁹ Los tribunales españoles se han referido a las oportunidades de negocio de una forma amplia y poco precisa —en especial, en el marco de los actos de competencia desleal regulados en la LCD—, de forma que las actuaciones concurrenciales han sido incluidas en dicho amplio concepto (*Vid.* entre otras, *obiter dicta*, la SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012, FFDD. Primero y Segundo, AC 2012\1716, y la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2014, F.D. Cuarto, JUR 2014\84890). No obstante ello, considero necesario delimitar el concepto de *oportunidad de negocio* (art. 229.1 d) LSC) a fin de distinguirlo de las actividades competitivas (art. 229.1 f) LSC). Así, la doctrina ha relacionado estas oportunidades con la teoría de las *property rights* en el sentido de que son oportunidades exclusivamente *de la sociedad* y no del administrador. Entre ellas, sin perjuicio de poder incluir, en términos amplios, los actos concurrenciales, se encuentran las operaciones y negocios convenientes o necesarios para la realización o desarrollo del objeto social, así como aquellas actividades, negocios u operaciones respecto de las cuales la sociedad tutelada haya manifestado su interés (sobre este particular *Vid.*, por todos, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., pp. 44-61).

²⁶⁰ *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.

²⁶¹ *Vid. infra* Cap. V, ap. 2.

²⁶² Si bien actualmente la LSC establece expresamente la necesidad de que la competencia sea efectiva, no se trata de un requisito nuevo que haya sido incluido en virtud de la Ley 31/2014. Muy al contrario, este ha venido siendo exigido por los tribunales españoles con anterioridad a esta reforma a los efectos de dejar claro que no basta una mera coincidencia formal de los objetos sociales de la sociedad tutelada y de la competidora sino, al contrario, una coincidencia real y

3.2.1.4.1 *La naturaleza actual o potencial de la competencia efectiva*

La redacción del referido artículo 229.1 f) LSC no es del todo clara en lo relativo a la efectividad del conflicto. En mi opinión, resulta rebuscada y compleja la referencia a que la competencia *efectiva* pueda ser «*actual o potencial*». No cabe duda de que es perfectamente compatible que un conflicto sea efectivo y actual al mismo tiempo. De hecho, nos hallamos ante adjetivos sinónimos que no aportan matices especiales en el campo que nos ocupa. Sin embargo, puede cuanto menos ser cuestionada la posibilidad de que exista un conflicto efectivo y potencial al mismo tiempo²⁶³. Cuestiones terminológicas al margen, lo que es indiscutible es que no

efectiva (entre otras, *Vid.* las SSTs de 28 de junio de 1982, RJ 1982\3445, y de 5 de diciembre de 2008, F.D. Tercero, RJ 2009\14, y la SAP de Madrid de 23 febrero de 2004, F.D. Quinto, JUR 2004\249974, conforme a la cual: «*A criterio de esta Sala no se satisface la exigencia legal con la sola constatación de que la misma persona ostenta, en distintas sociedades con objeto social análogo o común, cargos de administración. Es preciso, además, que aquella se dedique, efectivamente, "... por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social..." de la sociedad administrada*»). En relación con la necesidad de que la competencia sea efectiva resulta de interés el voto particular emitido por el magistrado D. Juan F. Garnica Martín en tiempos más recientes en la SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\10886), en el que se pronuncia declarando que: «*La mayoría ha estimado que concurre esa competencia efectiva por el simple hecho de que las dos sociedades desarrollan la misma actividad de restauración en una zona concreta de Barcelona, ofrecen sus servicios a una clientela común y abren las mismas horas. He aquí donde no coincido con la opinión de la mayoría. En mi opinión, no existe competencia efectiva entre esos dos negocios. La mayoría se ha quedado en una posición apriorística y ha dado por sentado que existe competencia efectiva por el simple hecho de que ambas sociedades tengan un objeto común (la restauración) y lo ejerzan en lugares próximos entre sí. Y no quiero pasar por alto que esa opinión es muy respetable y cuanta con un sólido apoyo en la literalidad del artículo 230 LSC, precepto que no exige la competencia efectiva sino que solo se refiere a que la sociedad competidora se dedique a la misma o análoga actividad. Lo que ocurre es que ser respetuosos con la doctrina de la que se hace eco la posición de la mayoría, es decir, que exista competencia efectiva entre las dos sociedades competidoras exige dar un paso más y analizar si realmente existe competencia efectiva entre los dos negocios que constituyen el objeto de las dos sociedades de forma que se pueda concluir que existe conflicto de intereses para el administrador. El examen de la competencia efectiva no puede ser común a todos los sectores de la actividad económica sino que debe ser hecho desde la concreta perspectiva de cada uno de ellos, ya que consiste en determinar si dos competidores concurren en el mercado con sus productos o servicios por un cliente que podría ser común*». En este sentido, el magistrado Garnica Martín concluye que: «*lo esencial en mi opinión es la orientación de cada uno de los negocios, absolutamente dispar (crepería y restaurante con orientación esencial hacia los vinos). Esos dos negocios no compiten en el mercado por unos mismos clientes sino que están dirigidos a sectores de la clientela netamente diferenciados. Creo que este es el factor esencial que debe ser tomado en consideración para excluir que pueda existir el menor atisbo de competencia efectiva entre los dos negocios*».

²⁶³ En este sentido, *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 408. No obstante, es inexacto considerar que una situación de competencia no puede ser efectiva y potencial a la vez, ya que: «*Competencia potencial no significa competencia idealmente (abstractamente) imaginable, sino previsiblemente (concretamente) realizable. La efectividad de la competencia potencial está ligada a la probabilidad de que se materialice, lo cual ha de valorarse en función de diferentes*

solamente preocupan al legislador los conflictos que se producen en el presente, sino también los que eventualmente podrían ocurrir en el futuro, lo cual ya venía siendo subrayado por nuestros tribunales con anterioridad a la reforma operada por la Ley 31/2014²⁶⁴.

Ahora bien, si ello es así, es importante delimitar el alcance de dicha potencialidad. Dicho de otro modo, debe aclararse sobre qué sociedad debe realizarse el análisis de tal potencialidad del conflicto. Para ello, debemos tener en cuenta los criterios establecidos por los tribunales que se han ocupado de este particular, según los cuales, la potencialidad puede predicarse tanto de la sociedad tutelada como de la sociedad competidora, e incluso de ambas²⁶⁵. En consecuencia, partiendo del fin preventivo que subyace en la regulación del artículo 229.1 f) LSC que nos atañe, queda claro que no cabe proceder a realizar estudios limitados del riesgo de conflicto efectivo que pretende frenarse. Muy al contrario, se debe realizar un análisis prospectivo y de conjunto de las sociedades que se ven involucradas en la situación conflictiva²⁶⁶.

Dicho lo anterior, vemos que tanto la prohibición de competencia que ahora nos ocupa como la regulación del deber de lealtad prevista en la LSC en su conjunto²⁶⁷, no están encaminadas a obstaculizar actuaciones concurrenciales

parámetros (tamaño de la compañía, planes estratégicos, sensibilidad de la información y tecnología disponibles, etc., etc.)» (Vid., así, PAZ-ARES, C., Anatomía del deber de lealtad, cit., p. 55).

²⁶⁴ La expresión *actual o potencial* ha sido acuñada por el TS (Vid. las SSTs de 12 de junio de 2008, F.D. Tercero, RJ 2008\3221, y de 5 de diciembre de 2008, F.D. Tercero, RJ 2009\14).

²⁶⁵ Fue la SJM de Bilbao, de 26 de enero de 2011 (*caso Iberdrola*, JUR 2011\47776), la que indicó el alcance de la potencialidad del conflicto en estos términos. Hasta entonces, la potencialidad del conflicto se analizaba desde la vertiente de la sociedad competidora, es decir, se miraba el riesgo de que el administrador creara otra sociedad con idéntico o análogo objeto al de la sociedad tutelada (Vid. la STS de 6 de marzo de 2000, F.D. Cuarto, RJ 2000\1205).

²⁶⁶ En este sentido, Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 151-153.

²⁶⁷ Son varios los preceptos de la LSC los que, a la hora de regular el estatuto de deberes de los administradores, hacen hincapié en la necesidad de que el conflicto de interés sea efectivo. A modo de ejemplo, cabe citar la regla *de minimis* recogida en el artículo 229.1 a) LSC, o la exclusión de las atenciones de mera cortesía del apartado e) del mismo artículo. En el campo de la prohibición de competencia se aprecia claramente la exigencia de que el conflicto sea efectivo en la dicción del

inocuas, inmateriales o irrelevantes. En la medida en que estas no perjudican al interés social que se pretende proteger, no será necesario poner en marcha los mecanismos preventivo —*ex ante*—, y sancionador —*ex post*— previstos en la LSC. En efecto, al regulador le preocupan las situaciones de competencia efectivas, esto es, las reales y verdaderas²⁶⁸. Debemos por tanto aclarar cuándo puede apreciarse dicha efectividad.

3.2.1.4.2 *El alcance de la efectividad*

En primer lugar, debemos centrar el foco en la necesidad de que la competencia que exista entre la sociedad y el administrador sea real, lo cual se podrá afirmar cuando estos sujetos luchen entre sí en el mismo mercado²⁶⁹. Ello nos conduce, de nuevo, al ámbito del *mercado relevante* —como decía, tanto en términos funcionales, geográficos como temporales—²⁷⁰. Atendiendo a dicho *mercado relevante*, no existirá tal competencia real, entre otros, cuando las actividades se llevan a cabo en mercados territorialmente cerrados y diferenciados. Tampoco existirá la misma cuando, por ejemplo, el carácter exclusivo de un determinado producto sea capaz de crear un mercado específico en el que no existan otros bienes que puedan sustituir las prestaciones que nos ofrece dicho producto. Si valoramos esta efectividad en términos económicos —para analizar el carácter material o inmaterial de la dimensión económica del conflicto—, el elemento más destacado lo encontramos, de nuevo, en

artículo 230.3 I LSC, dado que, conforme a la misma, solamente podrán ser objeto de dispensa las obligaciones de no competir «en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa». Adicionalmente, debe subrayarse que la resolución sobre el cese del administrador que incumpla la obligación de no competencia no resultará aplicable salvo que «el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante» (art. 230.3 II *in fine* LSC).

²⁶⁸ Conforme a la primera acepción recogida en el diccionario de la RAE, el adjetivo efectivo significa «Real y verdadero».

²⁶⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, J., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 126.

²⁷⁰ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.2. En este sentido se pronunció en su sentencia de 20 de enero de 2012 la AP de Bizkaia (*caso Iberdrola*): «La competencia efectiva y directa debe valorarse de conformidad con los criterios de identidad de mercado de producto, geográfico y temporal que son propios del derecho de la competencia (elementos relevantes son el objetivo o funcional, geográfico y temporal)» (F.D. Sexto, 5, AC 2012\288).

el mercado relevante al que venimos haciendo constante alusión²⁷¹. Sin embargo, no será este mercado el único elemento a tener en cuenta. Como ha tenido ocasión de señalar el TS, constituyen elementos fundamentales a analizar ciertos conceptos de índole económico-empresarial, tales como la cifra de facturación, la inversión, el valor del negocio y la posición de las empresas en los *ranking* correspondientes a los mercados en los que operan²⁷². En suma, si las actividades competitivas se desarrollan en mercados distintos y, por ende, la conducta del administrador es inocua o irrelevante con respecto del interés social de la sociedad tutelada, deberá negarse la existencia de un conflicto real —y, en definitiva, de *conflicto*—. No preocupan al legislador estas conductas ideal o abstractamente competitivas.

En segundo lugar, debemos analizar si, además de real, la competencia ha de ser permanente o estructural a fin de que la misma sea efectiva. Conforme he defendido en líneas anteriores de este mismo capítulo, considero que los conflictos de interés derivados del desarrollo aislado de una actividad competitiva deben incardinarse en el artículo 229.1 f) LSC. A pesar de tratarse de conflictos puntuales que se producen en un momento determinado de la vida de la sociedad y no trascienden de aquel, si realmente tienen lugar en el mercado relevante al que vengo haciendo referencia —y si se cumplen los elementos subjetivos a los que me referiré más adelante²⁷³—, serán conflictos de competencia reales y efectivos. Cuestión distinta será que la falta de continuidad alguna en dichas actividades y, seguramente, su menor perjuicio para el interés social, conduzca a la junta general, en su caso, a conceder de forma más fácil una dispensa o a resolver en contra de la petición del cese del administrador (art. 230.3 II LSC).

En tercer y último lugar, es preciso dejar constancia de que tampoco constituye un elemento necesario para poder afirmar la relevancia o efectividad del conflicto la

²⁷¹ Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 69.

²⁷² Vid. la STS de 11 de noviembre de 2014 (*caso Iberdrola*, F.D. Cuarto, 3, RJ 2014\6459).

²⁷³ Vid. *infra* Cap. II, ap. 3.3.

producción de un daño al patrimonio social. La deslealtad del administrador que infringe la prohibición de competencia no se mide en función de la existencia o de la inexistencia de un perjuicio efectivo producido a la sociedad. El daño no es, conforme a la regulación actual —la cual se sustenta en la prevención de la deslealtad—, una condición *sine qua non* para que se activen los remedios legalmente previstos para combatir las conductas desleales en general, ni el incumplimiento de la obligación de no competencia, en particular.

3.3 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN

Desde el punto de vista subjetivo de la prohibición de competencia, hemos de distinguir, por un lado, el sujeto cuyo interés se protege en virtud de esta prohibición y, por otro lado, los sujetos que se ven afectados por la misma. Asimismo, se debe necesariamente prestar atención a los sujetos que son beneficiarios de esta conducta prohibida, dado que el círculo que estos abarcan es determinante para poder delimitar, de forma correcta, el ámbito subjetivo de aplicación de la misma.

3.3.1 La sociedad cuyo interés se protege

Con respecto del primero, el sujeto titular del interés que se protege mediante esta prohibición, este no es otro que la propia sociedad gestionada y representada por el administrador afectado por la misma. Dado que en este trabajo se analiza el deber de lealtad que afecta a los administradores de las sociedades de capital, serán estas, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones (art. 1.1 LSC) las sociedades *tuteladas* en virtud de la prohibición de competencia contemplada en el artículo 229.1 f) LSC. Asimismo, conviene recordar que las sociedades de capital son de carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto (art. 2 LSC), por lo que las mismas quedarán protegidas por la interdicción concurrencial aunque su objeto sea estrictamente civil y aun cuando no persigan fin

lucrativo alguno²⁷⁴.

3.3.2 Los sujetos afectados por la prohibición

3.3.2.1 Los administradores sociales

Para comenzar, a pesar de que la LSC no deje lugar a dudas, indicaré que esta prohibición afecta a todos los administradores de las sociedades de capital, individualmente considerados, con independencia de la forma que revista el órgano de administración en cada caso, de la forma en la que hayan sido designados y de las funciones que desempeñen. En relación con este último extremo, he de señalar que el hecho de que un administrador carezca de funciones ejecutivas, entre otros, porque estas hayan sido delegadas en uno o en varios consejeros delegados, no implicará, en modo alguno, el levantamiento de la prohibición de desarrollar actividades competitivas prevista en el artículo 229.1 f) LSC²⁷⁵.

²⁷⁴ La doctrina se ha pronunciado sobre la irrelevancia del fin lucrativo de las sociedades en el marco de la protección frente a las conductas competitivas del administrador, sosteniendo que el fundamento de esta tutela se encuentra en el deber de fidelidad del administrador y no en el fin lucrativo de la sociedad (*Vid.* COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., p. 209, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., pp. 113-114).

²⁷⁵ Por parte de un sector doctrinal se ha sostenido que, si bien la prohibición afecta por igual a todos los administradores, la intensidad del conflicto será mayor, entre otros, cuando se halle incurso en el mismo un administrador que ejerza funciones ejecutivas, por ejemplo, un administrador único o un consejero delegado (en este sentido, entre otros, *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 131, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.596). A pesar de que *prima facie* sea cierto que en estos casos el riesgo de conflicto será mayor que cuando nos hallamos ante un mero vocal de un consejo de administración o un consejero no ejecutivo, entiendo que la casuística puede ser muy diversa. En este sentido, no debemos olvidar que incluso los consejeros no ejecutivos tienen reconocido el derecho-deber de información (art. 225.3 LSC), por lo que pueden —y deben— tener acceso a información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones —aunque estas sean no ejecutivas—. Es verdad que, dado que las obligaciones de un consejero no ejecutivo son más limitadas, este dispondrá de menos información que los administradores que se ocupan de la gestión diaria de la sociedad. No obstante, también lo es que su desvinculación con el día a día de la actividad social podría dificultar que la sociedad llegase a tener conocimiento de su actividad competitiva, en otras palabras, podría resultar más sencillo que esta pasase inadvertida.

Añadiré que esta prohibición afecta a los administradores sociales en tanto en cuanto mantengan dicha condición. Es decir, desde el momento en el que estos acepten su designación, con independencia de la forma en la que se haya producido esta²⁷⁶, y hasta que cesen en su cargo, cualquiera que fuese el motivo de dicho cese —caducidad del plazo, separación *ad nutum*, separación por justa causa, etc.—. A diferencia del deber de secreto que perdura tras el cese del administrador (art. 228 e) LSC), el legislador no ha previsto tal extensión temporal para la obligación de no competencia²⁷⁷. Por ello, esta obligación vence en el mismo instante en el que el administrador es cesado de su cargo o renuncia al mismo. No obstante, la sociedad tutelada, previsora del riesgo que para el interés social podría suponer que un determinado administrador recientemente cesado desarrollase una actividad competitiva, podría imponer al administrador —tanto en el momento de su nombramiento como posteriormente, durante la vigencia de su cargo— una prohibición de competencia aplicable tras su cese²⁷⁸.

²⁷⁶ Es preciso indicar que, en el caso de los administradores suplentes, la obligación de no competencia no produce efecto en el momento en el que estos aceptan su condición de suplentes, sino cuando cesa el administrador titular (arts. 216 LSC, 147.2 RRM). Considero que no procede entender que los suplentes podrían encontrarse en conflicto potencial con la sociedad (art. 229.1 f) LSC) y que, por este motivo, los mismos deben quedar sujetos también a la prohibición de competencia. Los conflictos potenciales a los que se refiere la LSC son conflictos que afectan a las personas que ostentan la condición de administrador de la sociedad tutelada y no a los que podrían llegar a serlo en caso de que concurra la baja del titular. En su caso, de encontrarse el suplente incurso en una situación de conflicto, se vería obligado a informar sobre el mismo en el momento en el que, producida la vacante del titular, aceptase su designación como administrador (art. 229.3 LSC). Debemos tener presente que un suplente no está ligado por ninguna relación fiduciaria con la sociedad, ni tiene a su disposición información relevante sobre la misma que pueda utilizar en detrimento del interés social, por lo que no estaría justificada la limitación a su libre iniciativa empresarial consagrada en la constitución económica (art. 38 CE).

²⁷⁷ Si bien tampoco se ha previsto tal extensión para el caso de deslealtad consistente en el aprovechamiento de oportunidades de negocio (art. 229.1 d) LSC) por parte de la doctrina científica y jurisprudencial se ha entendido que seguirá resultando de aplicación dicha prohibición cuando el administrador, vigente su cargo, rechaza conscientemente una oportunidad de negocio para apropiarse de ella en el mismo momento en el que cese (a este respecto, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 136, y la STS de 3 de septiembre de 2012, F. D. Tercero, RJ 2012\9007).

²⁷⁸ Con respecto de estos pactos de no competencia aplicables una vez cesado el administrador de su cargo, es preciso tener en cuenta que, en atención a la libre iniciativa empresarial amparada constitucionalmente (art. 38 CE), será necesario en todo caso que dicho pacto establezca límites objetivos, temporales y geográficos, es decir, no cabe imponer al administrador la prohibición de competencia en términos absolutos (*Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia entre

Para finalizar este apartado, ha de atenderse a la aplicabilidad de esta prohibición en la fase liquidatoria de la sociedad tutelada. A tal fin, estimo conveniente dejar constancia de que, en virtud de la remisión que se recoge en el artículo 375.1 LSC: «Serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo»²⁷⁹. En consecuencia, el liquidador deberá actuar lealmente (art. 227.1 LSC) y, por tanto, anteponer en todo momento el interés de la sociedad *en liquidación* al suyo propio. Con respecto de la posibilidad de que los liquidadores puedan, efectivamente, competir con la sociedad que se encuentra en fase extintiva, es preciso tener en consideración que las actividades que se desarrollarán por parte de la sociedad tutelada serán más limitadas que las de una sociedad que se encuentre en activo. Concretamente, los liquidadores deberán: «concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad» (art. 384 LSC). No obstante este específico y limitado ámbito de actuación, no cabe duda de que, en mayor o menor medida, dependiendo del estado en el que se encuentre la sociedad a liquidar, se deberán llevar a cabo actividades en interés de la sociedad y, en especial, en pro de su *mejor* liquidación (art. 227.1 LSC)²⁸⁰.

Por consiguiente, soy de la opinión de que existe el riesgo de que en el desempeño de estas funciones que incumben a los liquidadores estos puedan

la sociedad y sus directivos», *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 24 y 41, COSTAS COMESAÑA, J. *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., pp. 214-215). Con carácter orientativo, podrían tenerse en cuenta los límites que impone el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección a los pactos de no concurrencia post-contractuales, a saber: (i) una duración máxima de dos años, (ii) un efectivo interés industrial o comercial del empresario en ello, y (iii) una compensación económica adecuada. Sobre el deber de no competencia post-contractual en las sociedades cotizadas, *Vid. infra* Cap. VI, ap. 3.3.2.

²⁷⁹ En mi opinión, le resultará de aplicación la prohibición de competencia tanto al administrador que se convierta en liquidador con ocasión de la apertura de la fase liquidatoria, como al liquidador que asuma dicho cargo *ex novo*, puesto que ambos deben lealtad a la sociedad en liquidación. En contra, *Vid.* FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 106.

²⁸⁰ En relación con la protección del interés social en la fase de liquidación y, en concreto, sobre la eventual consideración del socio de control como liquidador *de hecho*, *Vid.* la SAP de Madrid de 6 de febrero de 2017, F.D. Tercero, ROJ 1695/2017.

desarrollar actividades que compitan con las *actividades pendientes* de la sociedad. Como consecuencia de lo anterior, no hay razón que justifique que estos gestores queden libres de actuar en competencia²⁸¹. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la junta general, atendiendo a las circunstancias que rodeen a la liquidación, entienda que procede autorizar a los liquidadores el desarrollo de actividades competitivas concretas (art. 230.3 I LSC).

3.3.2.2 Los sujetos afectados en virtud de la extensión prevista en el artículo 236 LSC

Al igual que el resto de las obligaciones que derivan del deber de lealtad, la prohibición de competencia no solo afecta a todos los administradores sociales, sino también a aquellas personas a las que el legislador ha decidido extender este deber en virtud del artículo 236 LSC²⁸². En concreto, en respuesta a las peticiones que venían exigiendo la extensión subjetiva de los deberes de lealtad a otros sujetos distintos a los administradores de derecho²⁸³, conforme a lo previsto en los apartados 3, 4 y 5

²⁸¹ En este sentido *Vid.* GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 164.

²⁸² La extensión de los deberes de los administradores a otras personas que desempeñan funciones similares la encontramos también en el ordenamiento francés. En concreto, en el marco de la contratación vinculada, el *Code de Commerce* requiere la autorización previa del consejo de administración no solo cuando en dicha contratación vinculada intervienen los administradores, sino también cuando lo hacen los directores generales, directores generales delegados, accionistas que posean una fracción de derechos de voto superior al diez por ciento o, tratándose de un accionista que sea persona jurídica, la sociedad que ostente el control sobre la misma (art. 225-38 *Code de Commerce*).

²⁸³ El Informe Aldama estableció la necesidad de extender subjetivamente los deberes de lealtad en los términos siguientes: «Otro elemento decisivo para incrementar la seguridad de los mercados a través de la responsabilidad por infracción de los deberes de lealtad vendría dado por la extensión subjetiva de aquellos deberes cuya naturaleza lo permita a quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Tal extensión podría estar más justificada incluso que la propia regla originaria referida a los administradores, puesto que la mayor opacidad de la actividad de estas personas, que a menudo actúan en la sombra o detrás de los órganos de decisión formales, determina una menor eficacia disciplinar de los instrumentos dispuestos por las fuerzas del mercado. La extensión deberá alcanzar al menos a las siguientes personas: (i) a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas; (ii) a los altos ejecutivos de las sociedades aunque no ostenten la condición de consejeros (iii) a los administradores de hecho, es decir, a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título o con título nulo o extinguido las anteriores funciones; (iv) a los administradores ocultos; (v) a los accionistas de control» (III. ap. 2.3). Siguiendo parcialmente lo recogido en el Informe Aldama, la Ley de Transparencia modificó el artículo 133.2

de este artículo, actualmente quedan asimismo sujetos al cumplimiento de la obligación de no competencia los siguientes: (i) los administradores de hecho²⁸⁴, (ii)

LSA 1989 para extender el régimen de responsabilidad a los administradores de hecho. Sin embargo, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 31/2014 cuando se extendió tal régimen a los sujetos hoy relacionados en el artículo 236 LSC, dándose respuesta así a las recomendaciones establecidas en el CUBG 2006, tal y como se hace constar en el propio texto elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de fecha 14 de octubre de 2013 (ap. 4.2 (ii)).

²⁸⁴ En respuesta a la petición realizada por varios autores (entre otros, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 51, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 37), el artículo 236. 3 *in fine* LSC incluye hoy en la definición de los administradores de hecho, como modalidad de estos, a los administradores ocultos —*shadow directors*—. Según se recoge literalmente en este precepto, tienen tal consideración las personas: «bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad». En realidad, se trata de sujetos que si bien no ocupan el cargo de administrador de manera oficial ni aparente, imparten instrucciones y ejercen una influencia significativa en los administradores actuando detrás de estos, de forma indirecta —y no de forma directa, como en el caso de los administradores de hecho aparentes— (sobre la actuación fáctica indirecta, *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El administrador oculto», *RDBB*, 2015, núm. 138, versión electrónica, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 181, nota núm. 137, HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 4-5). Tal y como ha señalado la doctrina, a fin de poder constatar la existencia de un administrador oculto es preciso que este haya instruido a los administradores con cierta habitualidad, esto es, no basta que se hayan dado órdenes esporádicamente (*Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 58, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El administrador oculto», cit., p. 16, GARRIDO DE PALMA, V. M., ARANGUREN URRIZA, F. J., «Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 438., JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, cit., p. 456). De hecho, esta habitualidad se exigía ya en la definición que de esta figura se recogía en la propuesta de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de fecha 14 de octubre de 2013 (ap. 4.2.3), según la cual tenían la consideración de administradores ocultos aquellas personas «bajo cuyas instrucciones estén acostumbrados a actuar los administradores». La jurisprudencia española también ha tenido ocasión de referirse al administrador oculto como: «la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos» (SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2014, F.D. Séptimo, JUR 2014\283569). La connivencia a la que alude la jurisprudencia, requisito que ha sido asimismo exigido por la doctrina científica que se ha ocupado del estudio del administrador de hecho (por todos, *Vid.* DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002 y LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003) podría no ser evidente en la modalidad de la administración oculta de las sociedades de gran tamaño en las que podría resultar complicado que los socios conociesen el origen de las actuaciones del órgano de administración (en este sentido, *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El administrador oculto», cit., p. 16). Considero oportuno indicar que la inclusión de esta figura

las personas, cualquiera que sea su denominación, que tengan atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad —cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados—²⁸⁵, así como (iii) las

en el Derecho societario español está inspirada en la *Companies Act 2006* inglesa, norma que recoge la misma en la Sección 251 (1) en los términos siguientes: «[...] a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act».

²⁸⁵ La extensión subjetiva de los deberes y del régimen de responsabilidad aplicables a los administradores a las personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección se fundamenta en que, tanto unos como otros, desempeñan en el seno de una sociedad de capital funciones muy similares, incluso, en algunos casos, iguales. Por ello, no resulta razonable que la ausencia de una posición orgánica permita a un sujeto investido de las más altas funciones de dirección anteponer su propio interés al social. En este sentido se pronunciaba la doctrina científica con anterioridad a la entrada en vigor de la extensión legal prevista actualmente en el artículo 236.4 LSC cuando señalaba que: «sería verdaderamente extraño que sujetos que realizan cometidos muy similares, con un grado de autonomía parecido, en el vértice desde el que se toman las decisiones en el seno de la empresa pudieran quedar sujetos a obligaciones y derechos radicalmente distintos» (Vid. JUSTE MENCÍA, J., «La posición del equipo directivo en la estructura de gobierno de la sociedad; la responsabilidad de los Consejeros ejecutivos y miembros de la Alta Dirección», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 1.036 y 1.047). En sentido similar se pronunció también GALLEGU LARRUBIA, J., (Vid. *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 15), quien señaló que «Sin embargo, debemos manifestar nuestra disconformidad con la falta de solución al vacío legal existente sobre el extremo que nos ocupa, que deja absolutamente libre para competir con la sociedad de muy diversas formas a un sujeto que se encuentra en una situación similar a aquella del administrador que justifica la existencia de una prohibición legal de competencia». A este respecto, conviene aclarar que esta extensión se aplica en la actualidad a estos altos directivos por el mero hecho de ser titulares de las referidas «facultades de más alta dirección» y no por ser considerados administradores de hecho, en virtud del artículo 236.3 LSC. Si bien es cierto que estos altos cargos quedan sometidos a las instrucciones y órdenes emanadas por los administradores y, por tanto, podría argüirse que son meros ejecutores de lo acordado por el órgano gestor, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia les obliga a negarse a actuar conforme a dichas instrucciones y órdenes en caso de que las mismas no persigan el mejor interés social (art. 227.1 LSC) (en este sentido, Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Equiparación con el administrador de la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 651). Conviene añadir que esta extensión no supone una novedad absoluta introducida por la Ley 31/2014, dado que en el ordenamiento español ya existían con anterioridad preceptos en similar sentido (entre otros, el artículo 157.3 de la propia LSC en el marco del régimen de responsabilidad por la comisión de infracciones en materia de acciones y participaciones propias, el artículo 271. 2 LMV, o los artículos 164, 172.2.1º y 172 bis LC en sede de la calificación del concurso). Sobre el sometimiento al deber de lealtad y la honestidad hacia la sociedad de los altos directivos unidos a esta mediante una relación laboral, Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La competencia entre la sociedad y sus directivos*, cit. El ACM reproduce literalmente la extensión de responsabilidad que nos ocupa bajo la rúbrica «Responsabilidad de los directores generales» en su artículo 215-6.

personas físicas representantes de los administradores personas jurídicas²⁸⁶.

²⁸⁶ La previsión que actualmente se recoge en el artículo 236.5 LSC trató de ser incluida en la LSC de la mano de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Mediante esta inclusión se perseguía que la figura de los administradores personas jurídicas no fuera utilizada con el fin de eludir la responsabilidad de las personas físicas que, de hecho, ejercían las funciones propias del órgano de administración. No obstante, finalmente, la responsabilidad solidaria que se recogía en el Proyecto de la Ley 25/2011 (ap. 2 del art. 212 *bis*) no fue incluida en el artículo 212 *bis* LSC por ser eliminada debido al acogimiento de la enmienda número 16 del grupo parlamentario catalán de *Convergència i Unió*. Como consecuencia de ello, a fin de poder considerar responsable al representante persona física, resultaba necesario, en su caso, acreditar que se trataba de un administrador de hecho. Posteriormente, siguiendo el modelo francés contemplado en el artículo 225-20 *Code de Commerce*, este régimen de responsabilidad fue modificado por la Ley 31/2014, la cual extendió el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a las personas físicas representantes de las personas morales. Así, a día de hoy, conforme al artículo 236.5 LSC, la persona física representante del administrador persona jurídica: «deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador». Siguiendo la literalidad de este precepto, las personas físicas representantes responden solidariamente con la persona jurídica a la que representan con independencia del grado de autonomía con la que actúen en el marco de tal representación. Es decir, una interpretación literal nos lleva a concluir que, aun en el caso de que la persona física representante se limite a acatar órdenes de la sociedad administradora, responderá solidariamente con aquella por el mero hecho de ostentar formalmente la condición de persona física representante (arts. 212 *bis* LSC y 143 RRM). No obstante lo anterior, tal interpretación podría no ser conforme con la naturaleza subjetiva —no objetiva o por resultado— y personal que caracteriza la responsabilidad social que se regula en la LSC, conforme a la cual, se exige la concurrencia de dolo o culpa, así como la imputabilidad de los actos u omisiones al administrador (art. 236.1 LSC) (a este respecto, *Vid.* GRIMALDOS GARCÍA, M.^a I., «La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?», *RdS*, núm. 44, 2015, p. 8, versión electrónica). En este sentido, considero que podría probarse que no concurre dicha culpa en quien carece de autonomía e independencia alguna y únicamente realiza lo que su representada le exige (art. 236.1 II LSC). Ahora bien, también es cierto que en el desempeño de sus funciones el representante debe, en todo momento, velar por el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC), comunicar los conflictos de interés en los que se encuentre incurso (art. 229.3 LSC) y abstenerse de ejercer su derecho de voto en caso de hallarse en una situación de conflicto directo o indirecto de interés (art. 228 c) LSC). En suma, su deber de lealtad frente a la sociedad le obliga a negarse a acatar las instrucciones que persigan otros fines distintos al interés social a fin de eludir su propia responsabilidad (en este sentido, *Vid.* HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2014, p. 323). Sin embargo, en caso de que la responsabilidad del representante derive del cumplimiento de unas instrucciones del representado, el primero podría repetir frente al segundo, siempre que no concorra culpa o negligencia (art. 1729 CCiv) (*Vid.*, en este sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 629). Por último, añadiré que el ACM reproduce de forma literal el régimen de responsabilidad de la persona física representante del

Así, conforme a la vigente redacción del artículo 236 LSC, para poder considerar responsables por deslealtad a las referidas personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección y a las personas físicas representantes de las personas jurídicas administradoras, no es necesario acreditar que actúan como administradores de hecho, es decir, que desempeñan las funciones propias de un administrador²⁸⁷. Sin embargo, sigue siendo necesaria dicha acreditación a fin de extender el régimen de responsabilidad a los socios y accionistas de control dado el silencio que guarda la LSC sobre este particular²⁸⁸. Por tanto, en su caso, estos podrían ser considerados responsables en tanto que administradores *de hecho* de la sociedad tutelada (art. 236.2 LSC).

3.3.2.3 El desarrollo de una actividad competitiva por cuenta propia o por cuenta ajena

En las líneas anteriores únicamente he tenido en consideración los sujetos que directamente y por ministerio de la LSC se ven afectados por la prohibición de competencia. No obstante ello, esta consideración debe ser oportunamente completada a la vista de la realidad en la que se desarrolla la actividad de representación y gestión de los administradores en el tráfico jurídico. A tal fin, hemos de tener en cuenta que estos sujetos directamente afectados pueden desarrollar una actividad competitiva, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena²⁸⁹. La

administrador persona jurídica previsto en la LSC (art. 236.5) en su artículo 215-6, bajo la rúbrica «*Administrador persona jurídica*».

²⁸⁷ La extensión de responsabilidad a las personas que ostentan facultades de más alta dirección constituye, en realidad, una concreción legal de la responsabilidad del administrador de hecho (*Vid.*, en este sentido, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», cit., p. 458).

²⁸⁸ La extensión de los deberes de los administradores a los socios de control fue formalmente solicitada por vez primera en una enmienda presentada al Proyecto de la Ley de Transparencia por el grupo socialista en la que se solicitaba la inclusión de un nuevo artículo 127 *quinquies* LSA 1989 (BOCG, núm. 137-1, de 28 de marzo de 2003). Dicha enmienda no prosperó y, por tanto, no se incluyó en el texto de la Ley de Transparencia.

²⁸⁹ Al conflicto de interés por cuenta ajena se le denomina, asimismo, *conflicto de deberes*, dado que el administrador tiene contraídos deberes fiduciarios no solo con respecto de la sociedad tutelada, sino también con respecto del tercero por cuya cuenta desarrolla la actividad en conflicto (*Vid.*

posibilidad de que la prohibición se infrinja o bien por cuenta propia, o bien por cuenta ajena, se prevé en el propio artículo 229.1 f) LSC. Se trata de una referencia que se recoge asimismo, con carácter genérico, en la cláusula general consistente en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés —*no conflict rule*— (art. 228 e) LSC).

Se entiende que el administrador compite por cuenta propia cuando desarrolla directamente las actividades en su condición de persona física o jurídica, así como cuando se hace valer para ello de terceros, entre otros, de una sociedad personalista en la que él mismo participa, de una sociedad de capital en la que ostenta la condición de socio —incluso de socio de control— o de *hombre de paja*. De lo anterior se desprende que el desarrollo de la actividad competitiva por cuenta propia no implica que el administrador deba actuar, necesariamente, en su propio nombre. Así, se actuará por cuenta propia, aunque de forma indirecta, cuando se haga uso al efecto de terceros cuya actuación sea imputable al administrador —tanto el riesgo de la actuación como la totalidad o la mayoría de los resultados que se deriven de la misma—²⁹⁰. En este caso, a pesar de que entren en escena terceros distintos del administrador y de la sociedad cuyo interés se protege, estos terceros son titulares de un interés que es incompatible con el interés social. Nos encontraremos en tal caso cuando el sujeto que se ve afectado por la prohibición de competencia haga uso de colaboradores, testaferros o cualesquiera sujetos interpuestos para desarrollar la conducta prohibida. Para poder apreciar objetivamente la existencia de tal conflicto indirecto será esencial que, mediante su intervención, el administrador trate de satisfacer el interés del tercero en lugar del interés de la sociedad que debe ser constante guía de su conducta²⁹¹.

PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 54).

²⁹⁰ Sobre la imputabilidad de la conducta al administrador, *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., pp. 250-251, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 35, nota núm. 47.

²⁹¹ *Vid.* SÁNCHEZ RUIZ, M., «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (art. 229.1 LSC)», *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 197-198.

Por su parte, el administrador competirá por cuenta ajena en los casos en los que la competencia no se produzca entre él mismo y la sociedad administrada, sino entre esta última y un tercer ente en el que el administrador sea, a su vez, administrador —tanto de derecho como de hecho—, o en el que ostente un cargo de alta dirección —sea un empleado de la misma, un mandatario o un prestador de servicios—. En todos estos casos, el administrador estará vinculado a una doble lealtad: por un lado, hacia la sociedad tutelada y, por otro lado, hacia este otro ente jurídico en el que ostente la condición de administrador, alto directivo, empleado, mandatario o prestador de servicios. Es irrelevante que la conducta que se lleve a cabo por cuenta ajena se desarrolle en nombre del administrador o en nombre del tercero, actuando como su representante. En realidad, lo relevante será que se realice en interés del tercero que compite, efectivamente, con la sociedad tutelada.

En las próximas líneas se estudiarán los casos más relevantes de la infracción de competencia indirecta, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. Me refiero, en concreto, a los conflictos de competencia que traen causa de la participación del administrador en el capital social de una sociedad competidora, así como del desempeño por su parte del cargo de administrador en esta última.

3.3.2.3.1 La participación del administrador en una sociedad competidora

(i) Supuesto de hecho

El supuesto de hecho del conflicto de interés que se analiza en este apartado se aprecia cuando el administrador de una sociedad de capital es titular de participaciones sociales o de acciones en una sociedad competidora. Nos encontramos ante un supuesto de conflicto de interés que concurre cuando el administrador compite con la sociedad tutelada no en nombre propio, sino ajeno, en concreto, en nombre de la sociedad competidora de la que es socio. A pesar de que esta actuación tiene lugar en nombre ajeno, la

misma se lleva a cabo en interés del propio administrador, en el sentido de que es en él mismo en quien —ya sea total o parcialmente— revierten los resultados y riesgos de la actividad competitiva²⁹². Como consecuencia de lo anterior, se entiende que el interés que el administrador tiene en la sociedad en la que participa entra en colisión con el interés de la sociedad administrada que está obligado a promover, situación de la que nace el antedicho conflicto.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto en los anteriores apartados, para poder afirmar que existe un conflicto de competencia es imprescindible que este conflicto sea efectivo. En este orden, centrándonos en el caso que ahora nos preocupa, considero importante analizar si cualquier participación en el capital social de una sociedad competidora, por mínima que sea, es capaz de provocar el nacimiento de un verdadero conflicto. En otras palabras, se trata de estudiar qué podría entenderse por *participación relevante* en una sociedad competidora a los efectos de poder constatar que el administrador se halla en una situación de conflicto de interés real y efectivo.

Es cierto que la realidad de cada sociedad es diferente y que las circunstancias particulares de cada una de ellas nos impiden establecer un porcentaje de participación a partir del cual se debería entender que existe conflicto. No es este el objetivo y, además, la legalidad de la fijación de dicho umbral podría incluso ser cuestionada con base en el carácter imperativo del régimen de los deberes de los administradores (art. 230.1 LSC)²⁹³.

No obstante, con carácter general, es obvio que el porcentaje de

²⁹² En este sentido, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 35, nota núm. 47.

²⁹³ *Vid.* MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 67, quien considera que la legalidad de las previsiones estatutarias que estableciesen porcentajes de participación que los administradores pudieran ostentar sin incurrir, por este solo motivo, en una situación de conflicto, podría ser dudosa de conformidad con la literalidad del vigente artículo 230 LSC.

participación que ostenta el administrador en la sociedad competidora será fiel reflejo de la influencia que él tenga en la misma y, al mismo tiempo, de su grado de interés en ella. En caso de que dicho porcentaje sea mínimo, dicha influencia e interés serán también mínimos, en la mayoría de los casos, lo cual dificultará la constatación de un conflicto de interés real²⁹⁴. En este sentido, este tipo de participación se corresponde, generalmente, con inversiones financieras o patrimoniales del administrador y no con el desarrollo por su parte de una actividad que entraña competencia²⁹⁵. Ahora bien, no cabe duda de que, por mínima que sea la participación, podría existir el riesgo de que su lealtad hacia la sociedad administrada pudiera verse afectada. Es decir, el hecho de que el administrador sea un socio minoritario no permite constatar *per se* la inexistencia de conflicto²⁹⁶, en tanto que existe el riesgo de que, en determinadas situaciones, los intereses de ambas sociedades puedan enfrentarse. En realidad, sería la mera expectativa del administrador de obtener beneficios en la sociedad competidora la que conduciría a la apreciación del conflicto, cualquiera que fuese el alcance de su participación²⁹⁷.

²⁹⁴ En este sentido, *Vid.* DÍAZ RUIZ, E., «La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores* (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 588.

²⁹⁵ En este sentido, entre otros, *Vid.* GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 253, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 67. En opinión de este último autor las participaciones que no permitan tener una posición de influencia significativa en las sociedades no cotizadas y las inferiores, por ejemplo, a un tres por ciento de los derechos de voto en las sociedades cotizadas, no deben ser consideradas conflictivas a los efectos de la vigente LSC (a favor de esta interpretación *Vid.* DÍAZ RUIZ, E., «La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)», cit., p. 588).

²⁹⁶ Sobre este particular, *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 408.

²⁹⁷ A favor de la apreciación de un conflicto de interés de carácter permanente con independencia del alcance de la participación en la sociedad competidora, *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 28, RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1.643.

Al contrario, cuando el administrador ostenta una participación que le permite ejercer el control —socio de control— o, incluso, cuando es el socio único de la sociedad competidora, esto es, cuando es él el principal o incluso el único destinatario de los resultados de la actividad desarrollada en competencia, entonces, como es lógico, el requisito indispensable relativo a la efectividad del conflicto es fácilmente apreciable y con él, la propia existencia real de conflicto²⁹⁸. Antes bien, incluso en estos casos, la junta general podría resolver a favor de la autorización singular de este conflicto (art. 230.3 I LSC).

(ii) *Previsión en la LSC*

La vigente LSC no establece de forma expresa que el administrador que sea titular de acciones o participaciones sociales en una sociedad competidora se halle en una situación de conflicto de interés. No obstante ello, se trata de un supuesto en el que el regulador se ha fijado atendiendo a su posible efecto adverso en la búsqueda del mejor interés de la sociedad.

En este orden, este supuesto es subsumible en el conflicto de interés que nace de la infracción por cuenta propia de la prohibición de competencia (art. 229.1 f) LSC). A pesar de no actuar en nombre propio, el administrador que a través de su participación en una sociedad de capital o personalista²⁹⁹ desarrolla

²⁹⁸ Entre otros, *Vid.* COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., p. 205, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 35, nota núm. 47, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 121, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 258. Es preciso añadir que esta efectividad, aun existiendo dicho control, no podría afirmarse en el seno de los grupos de sociedades (*Vid. infra* Cap. II, ap. 3.4).

²⁹⁹ En relación con la tenencia de participaciones en una sociedad competidora personalista, a pesar de su escasa relevancia práctica, me parece de interés hacer una breve mención al supuesto del conflicto que ahora nos atañe en el ámbito de la sociedad comanditaria por acciones. Dado que, a pesar de su matiz personalista, la sociedad comanditaria por acciones es una sociedad de capital (art. 1.1 LSC), sus administradores quedan sujetos al estatuto de deberes impuesto en los artículos 227 y siguientes de la LSC (art. 252.1 LSC) y, por tanto, a la prohibición de ostentar

una actividad competitiva infringe la prohibición concurrencial a la que se refiere el referido artículo. La doctrina científica que se ha ocupado de estudiar esta tipología de conflicto de interés entiende incluido en el ejercicio por cuenta propia de una actividad competitiva el caso al que ahora me refiero. En realidad, si atendemos al fundamento de la prohibición, carece de sentido pensar que la misma no resulte de aplicación si se hace uso a tal fin de sociedades participadas directamente por el propio administrador. Además, conforme a la redacción dada al apartado f) del artículo 229.1 LSC por la Ley 31/2014, el supuesto de conflicto que nos atañe podría asimismo entenderse incluido en el desarrollo

participaciones en una sociedad competidora (art. 229.1 f) LSC). En este sentido, no cabe perder de vista que en el marco de este tipo social los administradores son, necesariamente, socios colectivos de la misma (art. 252.1 LSC) y, consiguientemente, responsables ilimitadamente —aun subsidiariamente (art. 237 CCom)— de sus deudas sociales (*Vid.* de EIZAGUIRRE, J. M.^a, *Derecho de Sociedades*, cit., p. 182). Como consecuencia de este régimen de responsabilidad, estos socios colectivos-administradores estarían, en principio, más preocupados de la buena gestión de la sociedad comanditaria administrada y menos inclinados a participar en una sociedad competidora cuya actividad pudiera llegar a afectar a aquella y, en definitiva, a ellos mismos. Sin embargo, al mismo tiempo, dado que son socios de la sociedad, su capacidad de influir en la gestión y dirección de la sociedad será mayor que la de los meros administradores de las sociedades anónimas y limitadas (*Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 263, DÍAZ RUIZ, E., «La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)», cit., p. 589). Lo expuesto sobre el conflicto que afecta al administrador —y socio colectivo— de una sociedad comanditaria por acciones nos sirve para entender las particularidades del caso que nos ocupa en este apartado cuando la sociedad competidora en la que el administrador participa es una sociedad personalista. A pesar del silencio que guarda la LSC sobre este extremo —a diferencia del artículo 88 *AktG*, el cual prohíbe a los miembros de la Dirección —*Vorstand*— ser socios personalmente responsables en otras sociedades, sean o no sociedades competidoras, sin el consentimiento del Consejo de Vigilancia —*Aufsichtsrat*—, la doctrina ha venido entendiendo que este supuesto quedaría igualmente incluido en la prohibición de competencia regulado hoy en la LSC (*Vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, cit., p. 179, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 217, RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.643). De acuerdo con lo dicho anteriormente, debe atenderse al carácter ilimitado de la responsabilidad que asume el administrador en su condición de socio de una sociedad personalista en comparación con el régimen limitado aplicable en el seno de las sociedades de capital. En este orden, no cabe duda de que el riesgo que asume el socio es mayor que en una sociedad de capital, por lo que será igualmente mayor el interés que este tenga en la sociedad competidora. Por consiguiente, el conflicto entre este fuerte interés del socio con el correspondiente a la sociedad que ha de administrar se encontrarían claramente en conflicto. Teniendo en consideración lo anterior, cabe afirmar que el conflicto de competencia indirecto que surge con ocasión de la participación que un administración ostenta en una sociedad competidora es, *prima facie*, mayor en el marco de las sociedades de estructura personalista con motivo en la ilimitada responsabilidad que asumen los socios en la misma.

de aquellas otras actividades que sitúan al administrador en conflicto permanente con los intereses de la sociedad. El hecho de ostentar una participación relevante en el capital social de una sociedad competidora podría colocar al administrador, de forma continua y estable en una posición comprometida con el interés social de aquella, de forma que podría peligrar el interés de la sociedad administrada.

Si atendemos a la *ratio* de este razonamiento, se trata en realidad de un supuesto que choca con la obligación básica consistente en adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses —en este caso, por cuenta propia—, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (art. 228 e) LSC). El deber general de lealtad y más concretamente, la regla *ningún conflicto* que se deriva del mismo, impiden al administrador participar en el capital social de sociedades competidoras a fin de evitar el riesgo de que se anteponga el interés de estas últimas al propio de la sociedad tutelada. Por tanto, nos hallamos ante una prohibición de naturaleza claramente preventiva.

(iii) *Especialidades relacionadas con el deber de información*

En el concreto supuesto conflictual que ahora nos concierne, resulta necesario aclarar las obligaciones de información que resultan de aplicación de acuerdo con el artículo 229.3 LSC. Para ello, además de la redacción vigente de este precepto, a fin de tratar de comprender el alcance real de las obligaciones de información que a día de hoy resultan aplicables, analizaré asimismo la derogada redacción del artículo 229 LSC.

a. *Régimen previgente y vigente*

En primer lugar, conviene atender a la dicción literal del

previgente artículo 229 LSC: «1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. 2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, 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 ellas ejerzan. 3. Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria».

En cumplimiento de esta derogada norma, los administradores venían obligados a comunicar a la sociedad la participación que ostentaban en sociedades competidoras y el órgano de administración, a su vez, a incluir esta información en la memoria de las cuentas anuales. Ante el conflicto potencial que surge con ocasión de dicha participación, el legislador impuso a los administradores dichas obligaciones de transparencia. Siguiendo la dicción del referido artículo, la doctrina vino considerando que estas obligaciones de información resultaban de aplicación con independencia del alcance de la participación que tuviera el administrador en la sociedad competidora³⁰⁰.

La referida redacción del artículo 229 LSC ha sido modificada por la Ley 31/2014. En concreto, se ha eliminado su mentado apartado segundo, por lo que únicamente se mantienen, con ciertos cambios en

³⁰⁰ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.643. Sin embargo, un sector doctrinal se ha opuesto a tal planteamiento alegando que dicho deber resultaba únicamente aplicable cuando existía una competencia real en el sentido recogido en el previgente artículo 230.1 LSC (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 150-151). Por ello, la obligación prevista en la derogada redacción del artículo 229.2 LSC no podía considerarse una obligación autónoma a la prohibición de competencia prevista en el previgente artículo 230.1 LSC, sino meramente instrumental a aquella.

su literalidad, los referidos apartados 1 y 3, los cuales se ubican hoy en el apartado 3 de este artículo con la siguiente redacción: *«En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259».*

b. *Alcance de la obligación de información*

Atendiendo a la modificación de la LSC indicada en el apartado anterior, es preciso analizar cómo afecta la misma —si es que afecta en algo— al alcance de las obligaciones de comunicación e información previstas en el vigente artículo 229.3 LSC.

Para comenzar, considero necesario apuntar que la obligación general de comunicar *«cualquier situación de conflicto»* se ha mantenido invariable. En el marco del carácter preventivo de la regulación prevista en la LSC y, siguiendo la literalidad de este precepto, deberán comunicarse todas las situaciones de conflicto directo o indirecto, tanto las reales como las que sean meramente imaginables³⁰¹. Si, conforme a

³⁰¹ Vid. BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., p. 265, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 64, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Practica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 76. No obstante, según han considerado los tribunales, este deber de comunicación carece de sentido cuando todos los administradores de la sociedad conocen el conflicto: *«Resulta evidente que a los demandados no se les puede imputar consecuencias de no haber comunicado al consejo de administración la realidad del conflicto, ya que el mismo era conocido por los miembros de dicho órgano, como resultado directo del acuerdo de participación accionarial de [...] y de su ejecución reiterada en el tiempo»* (STS de 17 de noviembre de 2012, caso *Mazda Motor España, S.A.*, F.D. Tercero, RJ 2012\1498). En este sentido se pronuncia asimismo el JM de Madrid en su sentencia de 30 de octubre de 2013 (F.D. Cuarto, AC 2013\2043). En esta misma línea, la Sección 182 (6) (b) *Companies Act 2006* exime a los administradores del

lo argumentado en los apartados anteriores, la participación del administrador en una sociedad competidora constituye una situación de conflicto permanente incardinable en el artículo 229.1 f) LSC, tratándose de una situación conflictiva, la misma deberá ser comunicada *ex* artículo 229.3 I LSC, sin ningún género de duda. No obstante, la eliminación del artículo 229 LSC de la concreta y literal obligación consistente en comunicar la participación que los administradores tengan en una sociedad competidora ha dado lugar a otras interpretaciones. En concreto, con base en la referida supresión efectuada por la Ley 31/2014, se ha concluido por cierto sector doctrinal que la misma ha eximido a los administradores sociales del deber consistente en comunicar esta especial clase de conflicto de interés. Sin embargo, se ha defendido que podrían seguir haciéndolo discrecionalmente, en atención a su deber de lealtad³⁰².

En mi opinión, si existe tal conflicto en el caso que nos ocupa, el mismo debe necesariamente ser comunicado. Recordemos que la LSC no excluye ningún tipo de conflicto del objeto de la comunicación a la que se hace alusión en el artículo 229.3 LSC. Considero que la redacción genérica que se contiene en la actualidad en este precepto incluye todos los conflictos de interés, ya sean puntuales o permanentes, actuales o potenciales y, en consecuencia, también el conflicto de competencia indirecto por cuenta propia que ahora nos atañe. El hecho de que la previgente LSC incluyera de forma expresa el deber de comunicar la participación en sociedades competidoras tenía un fin meramente aclaratorio, puesto que este concreto caso de conflicto estaba incluido

deber de comunicar su interés en una operación existente en los casos en los que los restantes administradores sean conocedores del mismo, o debieran conocerlo: *«A director need not declare an interest under this section—[...] if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware)».*

³⁰² A favor de esta interpretación, *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», *cit.*, p. 412.

en el supuesto general del conflicto de interés³⁰³. Desde mi punto de vista, la eliminación de este supuesto conflictual —junto con el correspondiente a la ostentación de cargos o funciones en sociedades competidoras al que me referiré en el siguiente apartado de este mismo capítulo³⁰⁴—, podría responder al deseo de impedir que la previsión de estos casos concretos de conflicto pudiese ser considerada como *numerus clausus*. Es decir, cabe pensar que, tras mejorar notablemente la descripción de los supuestos de deslealtad de la mano de la Ley 31/2014 en el artículo 229.1 LSC, el legislador ha preferido incluir una obligación general de comunicación con ánimo de evitar que un listado tasado —a la vez que incompleto— de supuestos de conflicto objeto de comunicación obligatoria induzca a error sobre la inclusión de otros igualmente reprochables sobre los cuales también debería informarse. En cualquier caso, entiendo que esta obligación de transparencia se deriva del propio deber general de lealtad (art. 227.1 LSC), puesto que la buena fe del administrador y la búsqueda del mejor interés de la sociedad le obligarían siempre a mantener informada a la sociedad sobre esta clase de conflicto.

En defensa de la interpretación anterior, debe tenerse en cuenta que es precisamente esta comunicación la que posibilita que la sociedad conozca el conflicto de primera mano y que, en consecuencia, se informe sobre él en la memoria, terminando así con eventuales sospechas que pudiesen existir acerca del mismo³⁰⁵. Además, es preciso añadir que esta comunicación podría evitar el nacimiento de nuevos conflictos. Supongamos que el administrador que compite con la

³⁰³ A favor de esta interpretación se pronunciaba, conforme a la previgente redacción del artículo 229.3 LSC, RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.643.

³⁰⁴ *Vid. infra* Cap. II, ap. 3.3.2.3.2.

³⁰⁵ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 64.

sociedad mediante la participación que ostenta en una compañía que trafica en el mismo mercado relevante no comunica esta situación conflictiva a la sociedad. Pensemos que, vigente este conflicto, en el seno del órgano de administración de esta sociedad ha de adoptarse un acuerdo encaminado a una nueva estrategia que persigue reducir la presencia de dicho competidor en el mercado. Ante esta tesitura, conforme a la literalidad del artículo 228 c) LSC, el administrador debería abstenerse de deliberar y votar en dicho acuerdo. Sin embargo, si sostenemos que el administrador no estaba obligado a comunicar dicho conflicto tras la eliminación de la dicción del previgente artículo 229.2 LSC en el vigente artículo 229.3 LSC, ¿cómo se podría lograr el conocimiento del conflicto por parte de la sociedad a los efectos de garantizar el cumplimiento del referido deber de abstención *ex* artículo 228 c) LSC? Es cierto que se podría interpretar que, aun no habiendo sido comunicado el conflicto, el órgano de administración, de oficio, podría tener conocimiento del mismo en caso de que este fuera notorio. No obstante, podría resultar conflictivo —incluso abusivo— que se reconociese a los restantes miembros del órgano de administración —o al presidente, en caso de que este órgano fuera colegiado— el derecho a denegar el voto al administrador incurso en un conflicto por ser administrador de una sociedad competidora³⁰⁶. No olvidemos que podrían tratar de argüir que existe conflicto aun cuando el mismo no fuera efectivo —por ejemplo, porque la participación en la sociedad competidora fuera irrelevante— con el solo propósito de impedir que el administrador *supuestamente* conflictuado ejerciese su derecho de voto. De igual forma, si el administrador no estuviera obligado a informar sobre esta clase de conflicto de competencia, la junta general no

³⁰⁶ En este sentido *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Art. 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 386-387.

dispondría de la información suficiente —salvo notoriedad— para valorar si se debe autorizar o no la actividad competitiva a través del instituto de la dispensa. Teniendo en consideración lo anterior, entiendo que la obligación de comunicar esta clase de conflicto de interés continúa necesariamente en vigor a pesar de la eliminación de la mentada referencia expresa en el artículo 229.3 LSC.

c. Alcance de la obligación de informar sobre los conflictos en la memoria

En estrecha relación con la obligación indicada en las líneas precedentes, resulta necesario examinar si sigue estando vigente la obligación consistente en informar sobre este particular supuesto de conflicto en la memoria de las cuentas anuales.

Dado que, conforme a lo expuesto anteriormente, el artículo 229.3 LSC ha eliminado el deber expreso de comunicar los conflictos basados en la participación del administrador en una sociedad competidora, se ha llegado a interpretar que ya no es necesario informar sobre ellos en la memoria³⁰⁷. No obstante, tratándose de un supuesto de

³⁰⁷ En este sentido, *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 412. En mi opinión, tal y como he expuesto anteriormente, en la actualidad está vigente la obligación de comunicar todos los conflictos de interés —conflictos relevantes, claro— y por tanto, todos ellos deben ser incluidos en la memoria, en virtud de la literalidad del artículo 229.3 LSC. No encuentro un fundamento que permita afirmar que el conflicto de competencia que surge con ocasión de la participación en una sociedad competidora quede excluido de los conflictos a los que se refiere el citado artículo 229.3 LSC. El ICAC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de la modificación del artículo 229.3 LSC en la obligación de informar en la memoria de las cuentas anuales sobre la participación en sociedades competidoras, así como sobre la ostentación de cargos en ellas (supuesto al que me referiré en el siguiente apartado 3.3.2.3.2 de este mismo capítulo), y lo hizo en los términos siguientes: *«la nueva redacción dada a los artículos de la LSC parece tener como objetivo un tratamiento más minucioso y riguroso sobre las situaciones de las que se puedan derivar conflictos de intereses, en las sociedades de capital (anónimas o limitadas). En consecuencia puede entenderse que el hecho de que la nueva redacción no recoja de forma explícita los casos que sí se contemplaban en la anterior, no es óbice para considerar que tales supuestos estén implícitamente recogidos en la nueva regulación»* (BOICAC núm. 102/2015). Es decir, en opinión del ICAC, los supuestos de conflicto recogidos en la previgente redacción del artículo 229.2 LSC siguen estándolos en la nueva redacción del artículo 229.3 LSC y, por tanto, deben seguir siendo objeto de información en la

conflicto de competencia por cuenta propia con base en el artículo 229.1 f) LSC, considero que no existen motivos para entender que el órgano de administración no deba informar sobre esta clase de conflicto en la memoria y sí, en cambio, sobre los restantes casos de conflicto de interés.

A este respecto, me parece importante tener en cuenta que son precisamente los conflictos de competencia los que reciben un tratamiento más severo en la LSC, por lo que no comprendo el motivo por el cual, en el marco de la obligación prevista en el artículo 229.3 LSC, este tratamiento debiera ser más leve. Adicionalmente, debe advertirse que la información que se contiene en la memoria permite que los socios puedan tener conocimiento de los conflictos que afectan a sus propios administradores, lo cual incrementa la transparencia en la sociedad, además de posibilitar que los terceros interesados en la sociedad dispongan de esta información cuando accedan a la información pública registral.

memoria. Ahora bien, debe quedar claro que no debe informarse sobre cualquier participación o cargo que el administrador ostente en una sociedad competidora —conflictos formales—, sino solo sobre aquellos que entrañen un conflicto de interés real —conflictos materiales—. Procede añadir que, al menos de momento, no han sido modificados el modelo de memoria de cuentas anuales recogido en el PGC y el modelo de memoria de cuentas consolidadas previsto en las *Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas* (RD 1159/2010, de 17 de septiembre), los cuales siguen recogiendo expresamente la obligación de informar acerca de: «*la participación de los administradores en el capital de otra sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social de la empresa*» (ap. 23.7), así como sobre: «*la participación de los administradores de la sociedad dominante en el capital de otra sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social de la sociedad dominante*» (ap. 28.7), respectivamente.

3.3.2.3.2 *El administrador que lo es, a su vez, de una sociedad competidora*

(i) *Supuesto de hecho*

El supuesto de hecho consiste en el desempeño simultáneo del cargo de administrador en la sociedad tutelada y en otra sociedad que compite con aquella. En otras palabras, se trata del caso del denominado *administrador múltiple* o del *agente doble*³⁰⁸, quien se ve obligado a cumplir el deber de lealtad frente a dos sociedades que compiten en el mismo mercado relevante.

Para poder afirmar la existencia de este supuesto de conflicto resulta imprescindible analizar si las dos sociedades son, en efecto, competidoras. Es decir, es necesario saber si existe competencia efectiva de conformidad con los criterios indicados anteriormente en este trabajo y a los que me remito para evitar repeticiones³⁰⁹. A estos efectos, al igual que en el marco del conflicto de interés que surge con ocasión de la participación del administrador en el capital de una sociedad competidora, el supuesto de hecho puede apreciarse tanto cuando la sociedad competidora es una sociedad capitalista, como cuando se trata de una sociedad personalista. En este último caso, es preciso tener en cuenta que en estas sociedades de personas la administración corresponde a los propios socios (art. 1695.1ª CCiv y arts. 129 y 130 CCom). En consecuencia, el administrador se podría encontrar en un doble supuesto de conflicto de competencia indirecto: de una parte, por ser administrador de una sociedad competidora personalista —competencia por cuenta ajena— y, de otra parte, por participar en su capital social —competencia por cuenta propia—.

Para estudiar el supuesto de hecho de este concreto caso de conflicto y, en particular, a fin de poder constatar la propia existencia de este conflicto,

³⁰⁸ PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 54.

³⁰⁹ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.4.

considero importante también valorar la relevancia de la naturaleza ejecutiva o no de las funciones que desempeña el administrador. En otras palabras, ¿cabe apreciar un conflicto de interés cuando el administrador ocupa una vocalía en el consejo de administración de una sociedad competidora?, ¿es necesario que el administrador tenga poder para influir en las condiciones en las que se produce la competencia entre las dos sociedades para poder afirmar que existe un conflicto?

Desde mi punto de vista, en primer lugar, debemos tener en cuenta que en el marco de la regulación del deber de lealtad prevista en la LSC no existe ninguna distinción dirigida a la naturaleza ejecutiva o no de las funciones desempeñadas por los administradores³¹⁰. Es decir, siguiendo una interpretación literal de esta norma, este deber afecta por igual a los administradores ejecutivos y a los que no lo son. Ahora bien, conforme a lo que se viene indicando en este trabajo, la LSC exige que la competencia sea efectiva, efectividad que podría quedar en entredicho cuando el administrador *supuestamente* en conflicto carece de poder ejecutivo alguno. A este respecto, hemos de considerar que, de acuerdo con la propia dicción literal del artículo 229.1 f) LSC —aunque algo confusa—, la referida competencia efectiva puede ser tanto *actual* como *potencial*. En este orden, si la LSC prohíbe los conflictos potenciales de competencia, entonces, no cabe entender que sea necesario que el administrador de la sociedad competidora disponga de facultades ejecutivas en ella para poder afirmar la existencia de conflicto. Aunque no disponga de ellas en un determinado momento, debemos tener presente que la mera pertenencia al órgano de administración posibilita a sus miembros tener acceso a información relevante que les permitiría incidir en la posición concurrencial

³¹⁰ Aunque en relación con el concreto supuesto de cese establecido en el artículo 224.2 LSC, la jurisprudencia rechazó la posibilidad de realizar una distinción según la naturaleza de las funciones desempeñadas por los administradores declarando que: «*La norma que contiene el art. 224.2 LSC (art. 132.2 LSA) es de carácter general, referida a cualquier Consejero, sea consejero delegado, o desarrolle tareas de mero control, cualquiera que sea su colaboración en las tareas de administración*» (STS de 11 de noviembre de 2014, caso Iberdrola, F.D. Quinto, 3, RJ 2014\6459).

que existe entre las dos sociedades. A mayor abundamiento, es preciso recordar que existen funciones de carácter indelegable en el seno del consejo de administración (art. 249 *bis* LSC)³¹¹ cuyo ejercicio, en uno u otro sentido, podría influir en la relación de competencia que existe entre la sociedad tutelada y la sociedad competidora³¹². Incluso sobre las funciones que hubieran sido delegadas mantendría el administrador una facultad concurrente o paralela a la del órgano delegado³¹³ sobre el que ostentaría además, y en todo caso, la facultad de control y supervisión (art. 249 *bis* a) LSC).

De lo expuesto anteriormente se desprende que, potencialmente, todo administrador puede ejercitar poderes ejecutivos, por lo que todo administrador que lo sea al mismo tiempo de una sociedad efectivamente competidora debe ser considerado en conflicto, aunque sea solamente a efectos preventivos. En suma, el carácter no ejecutivo del cargo no implica la exención de la aplicación de la prohibición de competencia por cuenta ajena a la que me he referido en estas líneas³¹⁴. No obstante, en estos casos, lo habitual será que la junta general resuelva a favor de su dispensa (art. 230.3 I LSC).

³¹¹Conforme a la redacción dada por la Ley 31/2014 al vigente artículo 249 *bis* LSC, se amplía el elenco de facultades de carácter indelegable previstas anteriormente en el art. 249.1 LSC: «*la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo*».

³¹² *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 278.

³¹³ *Íbid.*, p. 278, LEÓN SANZ, F. J., «Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 501.

³¹⁴ A favor de esta interpretación, entre otros, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 36, nota núm. 48, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 122, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 278.

(ii) Previsión en la LSC

El desempeño del cargo de administrador en una sociedad competidora no está expresamente previsto como un concreto caso de conflicto de interés en la vigente LSC. No obstante, en sede de las sociedades anónimas, el mismo fue recogido como causa especial de cese en el derogado artículo 136.2 LSA 1989 (actual art. 224.2 LSC)³¹⁵. Siguiendo la interpretación del mentado precepto de la LSA 1989, la doctrina vino entendiendo que el supuesto objeto de estudio era encuadrable en la tenencia de intereses opuestos a los de la sociedad al que se hace alusión en el vigente artículo 224.2 LSC³¹⁶. A pesar de que este precepto se refiera únicamente a las sociedades anónimas, el mismo podría resultar aplicable, analógicamente, a las sociedades de responsabilidad limitada³¹⁷.

Sin perjuicio de que este caso de conflicto pueda incardinarse en el artículo 224.2 LSC, considero necesario analizar si el mismo tiene cabida en

³¹⁵ La redacción del artículo 224.2 LSC no se corresponde en su integridad con la literalidad del derogado artículo 136.2 LSC. En concreto, el artículo 224.2 LSC no prevé la referencia a los administradores «que lo fueren de otra sociedad competidora» y solo recoge el segundo supuesto contemplado en el mentado artículo 136.2 LSA 1989 en los términos siguientes: «Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general».

³¹⁶ Conforme a lo indicado en la nota anterior, el previgente artículo 136.2 LSA 1989 sí recogía este supuesto concreto como motivo de cese del administrador: «Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general». Bajo esta regulación, la doctrina ya vino entendiendo que el primer inciso era perfectamente subsumible en el segundo, por lo que no era necesaria una mención separada (en este sentido, entre otros, *Vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 247 y POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, (Dirs. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M.), Tomo IV, Civitas, Madrid, 1992, p. 262). Conforme a esta interpretación, en la actualidad el caso del administrador que también lo es de una sociedad competidora podría incardinarse en el artículo 224.2 LSC. No obstante lo anterior, defiendiendo que este concreto caso sería incardinable, asimismo, en los conflictos permanentes de interés a los que se refiere el artículo 229.1 f) LSC.

³¹⁷ *Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2.2.

alguno de los tipos especiales de deslealtad recogidos hoy en el artículo 229.1 LSC. Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, en tanto que el apartado f) del referido precepto prevé expresamente la prohibición del desarrollo de actividades competitivas por cuenta ajena. Con respecto de su inclusión en este supuesto concreto de conflicto, bajo la regulación previgente la doctrina sostuvo que el desempeño del cargo de administrador en una sociedad competidora podía entenderse como el ejercicio por cuenta ajena de una actividad competitiva³¹⁸. Es decir, el administrador competiría con la sociedad tutelada en nombre y por cuenta de la segunda sociedad en la que desempeña las labores de representación y gestión. Esta actividad competitiva se llevaría a cabo, por tanto, en interés de esta segunda sociedad.

Dado que el propio precepto legal se refiere a la posibilidad de que la actividad competitiva se lleve a cabo por cuenta de un tercero, es indiscutible su posible inclusión en el tipo relativo al conflicto de competencia. Sin embargo, como decía, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 el apartado f) del artículo 229.1 LSC se refiere ampliamente junto al desarrollo de actividades competitivas, a cualesquiera otras que sitúan al administrador en conflicto permanente con los intereses de la sociedad. En este orden, definiendo que se puede interpretar, asimismo, que el desempeño del cargo de administrador en una sociedad competidora sitúa al administrador en una posición de constante conflicto. Y ello porque el administrador se verá obligado a atender a dos lealtades que, *prima facie*, están en conflicto de forma permanente.

Con carácter adicional, el conflicto de competencia por cuenta ajena

³¹⁸ A favor de esta interpretación, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», cit., p. 260, EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 65. Prohibición de competencia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 803, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 37, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (Presupuestos y ámbito de aplicación)*, cit., p. 272.

podría subsumirse también en la amplia dicción del vigente artículo 228 e) LSC. Qué duda cabe de que la aceptación por parte de un administrador de su nombramiento como miembro del órgano de administración de una sociedad competidora le sitúa en una posición en la que sus intereses, por cuenta ajena, «*pueden entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*». Es decir, la regla *ningún conflicto* contemplada en este precepto serviría de fundamento legal, asimismo, para prohibir el conflicto de interés que se produce cuando un administrador es, a su vez, administrador de una sociedad competidora.

(iii) *Especialidades relacionadas con el deber de información*

En líneas anteriores he dicho que la referida dualidad de cargos sitúa al administrador en conflicto permanente de interés. Siendo ello así, hemos de analizar ahora si este concreto conflicto debe ser objeto de la comunicación a la que se refiere el artículo 229.3 LSC.

A tal fin, me remito a lo expuesto anteriormente en este capítulo, *mutatis mutandis*, con respecto de los deberes de información ligados al conflicto de interés que surge con ocasión de la participación del administrador en una sociedad competidora³¹⁹.

3.3.2.4 La relevancia de los sujetos beneficiarios de la deslealtad

Sin perjuicio de lo expuesto en líneas anteriores en relación con los sujetos que se ven involucrados en la prohibición de competencia, tanto activa como pasivamente, se debe atender también a los sujetos beneficiarios del incumplimiento de esta prohibición. De conformidad con lo previsto en el artículo 229.2 LSC, las

³¹⁹ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.3.2.3.1 (iii).

conductas desleales listadas en el apartado primero de este artículo —entre ellas, la prohibición de competencia— resultan también de aplicación *«en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador»*³²⁰.

A este respecto, con carácter preliminar, considero necesario aclarar que estas personas vinculadas a las que se refiere el mentado artículo no se ven directamente afectadas por la prohibición que ahora nos ocupa. Es decir, la prohibición de competencia —y las restantes obligaciones derivadas del deber de lealtad—, están dirigidas a los administradores de las sociedades de capital, a las personas a las que legalmente se les extienden tales obligaciones en virtud del artículo 236.3, 4 y 5 LSC y a los liquidadores, pero no a las personas vinculadas a los administradores a las que se refiere el artículo 231 LSC.

En este orden, lo que pretende el apartado segundo del artículo 229 LSC es establecer de forma expresa en sede societaria lo que las normas generales de Derecho privado, en concreto, el artículo 7.2 CCiv —prohibición de abuso del Derecho— establece con carácter general. En otras palabras, se trata de evitar que el administrador se sirva de personas cercanas —personas interpuestas— para llevar a cabo las conductas que le son prohibidas por aplicación de la LSC. En suma, las personas vinculadas podrán competir libremente con la sociedad en el mercado salvo que actúen como testaferros del administrador.

Aun cuando el beneficiario de tales conductas no sea el propio administrador,

³²⁰ La regulación de las personas vinculadas en el artículo 231 LSC no es la única que trata de evitar la interposición de terceras personas a fin de llevar a cabo conductas prohibidas en sede societaria. Así, aunque en un ámbito diferente, el artículo 156.1 LSC prevé e incluso define la figura de la persona interpuesta en el marco de los negocios sobre acciones y participaciones propias como aquella *«en virtud del cual ésta [la sociedad] se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquella»*. Asimismo, la LC establece en su artículo 93 el elenco de las *«personas especialmente relacionadas con el concursado»*, en el que se distinguen, al igual que en el artículo 231 LSC, los sujetos con vínculo especial con el concursado persona natural o jurídica.

su cercanía con este —y la dudosa objetividad y ajenidad respecto de él³²¹— hacen sospechar al legislador sobre su influencia en la conducta del primero. De hecho, el artículo 229.2 LSC establece una presunción *iuris tantum* conforme a la cual se entiende que cuando un sujeto vinculado al administrador es quien saca provecho de la actividad competitiva, resultado que no podría ser directamente obtenido por el administrador, lo hace como consecuencia de la actuación del administrador desleal. Ahora bien, defiendo que nos hallamos ante una presunción que admite prueba en contrario —aunque esta interpretación no sea pacífica en el seno de la doctrina científica que se ha ocupado del estudio de este extremo³²²—. Pensemos que el artículo 231 LSC establece de forma muy amplia el círculo de personas que son consideradas vinculadas al administrador, por lo que una presunción *iuris et de iure* podría llegar a castigar muchas conductas en las que estas personas *en abstracto* cercanas al administrador —quienes podrían no serlo en la realidad— hubieran actuado incluso sin que el administrador tuviera conocimiento de dicha actuación. Pero, sin perjuicio de tal amplitud, al mismo tiempo, existen sujetos que no han sido incluidos por el legislador en el artículo 231 LSC³²³, entre los que cabe destacar: (i) las entidades en las que el administrador desempeña funciones ejecutivas o posee una participación significativa, (ii) las entidades en las que los allegados al administrador desempeñan funciones ejecutivas o poseen una participación significativa, y (iii) los socios que hayan designado o promovido la designación del administrador³²⁴. De lo

³²¹ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 36.

³²² A favor de que el elenco de personas vinculadas del artículo 231 LSC constituye una presunción *iuris et de iure* se pronuncian PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 56 y GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses», cit., p. 556. Opinan en sentido contrario EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 36 y JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 410. Esta última interpretación encuentra respaldo en la SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (F.D. Tercero 6, LA LEY 246567/2010). En este sentido también, *obiter dicta*, *Vid.* la RDGRN de 3 de agosto de 2016, RJ 2016\4270.

³²³ Sobre la insuficiencia del artículo 231 LSC, *Vid.* la SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (F.D. III. B, b, AC 2013\2043).

³²⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 56. La consideración de *personas vinculadas* a los socios que hayan designado o promovido la designación del administrador puede fundamentarse en la dicción del artículo 529 *ter* 1 h) LSC. Así lo señala expresamente PAZ-ARES

anterior se desprende necesariamente que el listado de personas vinculadas que se recoge en el artículo 231 LSC no puede tener carácter de *numerus clausus*³²⁵. El reconocimiento de tal naturaleza tasada supondría negar la palmaria vinculación — no olvidemos, salvo prueba en contrario— entre el administrador y estos últimos sujetos, la cual podría llegar a dañar el interés social.

A modo de conclusión, considero importante añadir que, para poder aplicar la prohibición de competencia con base en el referido artículo 229.2 LSC, es necesario acreditar que los sujetos beneficiarios incardinables en el elenco de personas consideradas vinculadas *ex* artículo 231 LSC han actuado con ánimo de sustituir a la persona del administrador o, en otras palabras, como si fueran sus testaferros³²⁶. De

(*Ibid.*), quien afirma que: «El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes: [...] b) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión [...]».

³²⁵ Existen referencias en la propia LSC para sostener el carácter abierto del elenco previsto en el artículo 231 LSC. Por un lado, la referencia «*por cuenta propia o ajena*» contenida en el artículo 228 e) LSC, dado que no se establece expresamente que se trate de conflictos por cuenta propia de los administradores o por cuenta de personas vinculadas. Por otro lado, la literalidad del artículo 229.3 LSC, el cual alude al conflicto «*directo o indirecto*». Por último, en este mismo precepto, se encuentra otra referencia a favor de la naturaleza abierta del listado de las personas vinculadas en la referencia a los conflictos «*que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad*» (*Vid. in extenso*, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 57-58). Esta defensa de la naturaleza abierta de la relación de las personas vinculadas es compartida por parte de la doctrina autorizada que se ha encargado de su estudio (*Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A.*, «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 36, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M. y GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter. Deberes de lealtad», cit., pp. 1.443-1.444, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 56, SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., p. 547, GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses», cit., p. 556). No obstante lo anterior, existen voces discrepantes (*Vid. VICENT CHULIÁ, F.*, «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», *RDM*, núm. 280, 2011, p. 33). El carácter tasado de este elenco de personas vinculadas ha sido asimismo defendido por el JM de Oviedo en su sentencia de 9 de enero de 2014 (F.D. Tercero, JUR 2015\102597).

³²⁶ Sobre la necesidad de acreditar que el beneficiario ha actuado como sustituto o testaferro del administrador y no de forma autónoma e independiente se pronunció la AP de Madrid en su sentencia de 9 de noviembre de 2010: «*Como ya hemos indicado la sentencia apelada asume, desde el punto de vista dogmático, como no podía ser de otra forma, que la violación de la prohibición de competencia es imputable*

no hacerlo así, podríamos vulnerar injustificadamente la libertad de empresa que constitucionalmente les es reconocida a todos estos sujetos que de manera formal mantienen un vínculo con el administrador (art. 38 CE).

3.4 ESPECIALIDADES DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA EN EL MARCO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

A pesar de que el estudio de los conflictos de interés que afectan a los grupos de sociedades³²⁷ exceda del objeto de este trabajo, me parece necesario exponer

*al administrador cuando la conducta infractora se realice por persona interpuesta, generalmente unida por vínculos familiares con la finalidad de evitar la prohibición, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1998 y de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de mayo de 2003, pero concluye que tal situación no se da en el supuesto enjuiciado porque, a diferencia de los supuestos analizados en las referidas resoluciones, el administrador no ha realizado gestión alguna a favor de la nueva sociedad y su pareja -socia mayoritaria de la nueva sociedad y administradora única de la misma- goza de independencia económica y de experiencia en el sector, experiencia y capacidad económica que también se reconoce a los demás socios de la nueva entidad. Dicho razonamiento, desde luego, no atenta a las reglas de la lógica y de la razón y, además, la Sala considera que los hechos en que se sustenta -capacidad económica y experiencia en el sector de los socios de la nueva sociedad y ausencia de acto alguno de gestión realizado a favor de aquella por el administrador demandado- se deducen de las pruebas practicadas en autos» (F.D. III, B, b, LA LEY 246567/2010). No obstante, como ha sido indicado previamente, cierto sector doctrinal considera que el elenco de personas vinculadas conforme al artículo 231 LSC determina una presunción *iuris et de iure*, de lo que se desprendería, erróneamente a mi juicio, que el artículo 229.2 LSC sería automáticamente aplicable cuando el beneficiario de la prohibición de competencia fuera una de tales personas.*

³²⁷ Sobre el concepto de *grupo*, considero importante apuntar que la LSC no recoge una definición propia del mismo —el artículo 18 LSC se limita a remitirse al artículo 42 CCom, como también lo hace el artículo 5 LMV— ni contiene una regulación sustantiva dirigida a los mismos. Tal y como se recoge en la propia exposición de motivos de la LSC (ap. V): *«El texto refundido nace —y es importante destacarlo— con decidida voluntad de provisionalidad; nace con el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho. De un lado, porque no es aventurado afirmar que, en el inmediato futuro, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, con la revisión de algunas de soluciones legales tradicionales, con la ampliación de la dinámica de los deberes fiduciarios de los administradores, con la más detallada regulación de las sociedades cotizadas y con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado»*. En el ordenamiento español la única norma que define el grupo al margen de la situación de control en la que se fundamenta el artículo 42 CCom es la LCoop. En concreto, el artículo 78 LCoop define el grupo —en este caso, cooperativo— en los siguientes términos: *«Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades»*. Conforme a la opinión de la doctrina autorizada, es esta la definición que mejor plasma la concepción del grupo defendida y definida doctrinalmente como: *«la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria»* (Vid. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 198). En definitiva, es la dirección unitaria

brevemente las particularidades que muestra el conflicto que nace de la infracción de la prohibición de competencia cuando nos hallamos ante una estructura societaria grupal.

3.4.1 Especialidades en el ámbito objetivo de la prohibición de competencia

Anteriormente en este mismo capítulo se ha analizado el ámbito objetivo de la prohibición de competencia³²⁸. Conforme a lo allí expuesto, para poder afirmar la existencia de un conflicto que nace como consecuencia de la infracción de tal prohibición, es necesario que el mismo sea real y efectivo, lo cual nos obliga a atender al mercado relevante en el que se produce la competencia³²⁹.

No obstante, cuando nos enfrentamos a un grupo de sociedades el examen de la efectividad del conflicto varía. Y es que, no toda actividad competitiva efectiva con respecto de una sociedad individualmente considerada es real cuando esta sociedad pertenece a un grupo³³⁰. Ello es así porque la propia existencia de esta realidad grupal provoca el nacimiento de un interés susceptible de protección distinto del interés

la que posibilita la formación del grupo como tal, se trata pues de su elemento constitutivo y esencial —entendido como forma singular de organización de la empresa—, que implica la subordinación —no absoluta— de las sociedades dependientes a las directrices de la matriz (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», *RDM*, núm. 284, 2012, p. 6, versión electrónica, MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Studia Albortiana, Bolonia, 1999, pp. 46-52). Añadiré que la definición del grupo recogida en el ACM contiene criterios tanto de situación de control como de dirección unitaria: «1. Existe grupo: a) Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control. b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas» (art. 291-1.1).

³²⁸ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.

³²⁹ Sobre el mercado relevante a los efectos de constatar un conflicto de competencia, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.2.

³³⁰ Se trata de una cuestión que ha sido cuestionada con base en las primeras normas reguladoras de las sociedades de capital (*Vid.* GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 219-220). En tiempos más recientes, asimismo, *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 1.513, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 204-205.

social de los entes agrupados. En otras palabras, junto con el interés social de las sociedades que componen el grupo sale a escena el interés del conjunto o grupal.

Sobre este último interés diré que, al igual que el concepto de *interés social*, el *interés del grupo* es un concepto jurídico indeterminado³³¹ que ha dado lugar a múltiples reflexiones, interpretaciones y debates. A pesar de que no haya recibido aún un reconocimiento legal expreso³³², el mismo existe, puesto que nace de la propia constitución de una empresa de grupo —empresa policorporativa—, encontrando su realización en la defensa y promoción del interés de dicha organización empresarial³³³. De la misma forma que el interés social constituye el fin que han de perseguir los administradores en su actuación en las sociedades individualmente consideradas (art. 227.1 LSC), el interés del grupo es el parámetro que ha de guiar a la sociedad matriz en la dirección del grupo³³⁴. Se trata de un interés colectivo y

³³¹ *Vid.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 219.

³³² Esta ausencia de reconocimiento legal ha provocado que se cuestione su existencia (*Vid.* VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», cit., p. 25), así como su real alcance (*Vid.* FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2007, pp. 146-151). El ACM sí se refiere de forma expresa al interés del grupo como sigue: «*Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad*» (art. 291-9.1). A día de hoy encontramos un reconocimiento implícito extralegal en el Principio 2 CUBG, el cual reza como sigue: «*Cuando coticen varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo deben establecerse las medidas adecuadas para proteger los legítimos intereses de todas las partes involucradas y solventar los eventuales conflictos de intereses*». Considero que la referencia que recoge el CUBG a los intereses de todas las partes involucradas debe incluir el interés del grupo al que pertenecen las sociedades cotizadas integrantes del mismo. Con respecto de la función que desempeñan los *Principios* en el CUBG junto a las tradicionales *Recomendaciones*, considero oportuno traer a colación las reflexiones de EMBID sobre este particular: «*[...] puede señalarse, como punto de partida para su tratamiento, que la formulación de los principios quizá sea la respuesta al notable crecimiento de las recomendaciones en el CBGSC y al consiguiente propósito de reducir su variedad a términos y conceptos fácilmente asumibles. Cabría decir, entonces, a modo de síntesis o resumen, que los principios tienen la función de condensar y estabilizar el Derecho blando del gobierno corporativo entre nosotros, como si fueran una suerte de «núcleo duro» de la disciplina*» (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «La codificación del Gobierno Corporativo», RDBB, núm.140, 2015, p. 14, versión electrónica). Acerca de las particularidades del interés social en las sociedades cotizadas, *Vid. infra* Cap. VI, ap. 2.

³³³ *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», *RdS*, núm 15, 2000, p. 72. En palabras de GIRÓN TENA, J. (*Vid. Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986, p. 203): «*el grupo propiamente como tal, aparece cuando frente al aislamiento del interés de cada sociedad aparece un interés colectivo del grupo*».

³³⁴ *Vid.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 221.

suprasocial —el interés común de las sociedades que integran el grupo— que trasciende del de la sociedad matriz o dominante y que se deriva, precisamente, de la constitución de la propia empresa de grupo³³⁵.

A pesar de que no se prevea de forma expresa en la LSC, esta coexistencia de intereses modifica el esquema de los conflictos de competencia analizados en este capítulo, toda vez que el interés del grupo elimina la efectividad del conflicto de interés como tal y, por ende, el propio conflicto³³⁶. Esta eliminación trae causa de la dirección unitaria que da origen y caracteriza a los grupos de sociedades³³⁷ y, en

³³⁵ *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», cit., p. 72. Tal y como señala este autor, se trata de una visión institucionalista del interés del grupo: «por entender que el grupo, articulado sobre la base de un contrato, es algo más que un acuerdo de voluntades, pues no en balde se orienta este negocio jurídico a hacer posible el funcionamiento específico de una organización empresarial».

³³⁶ Como adelantaba, la carencia de una regulación dirigida a los grupos de sociedades y, en especial, del reconocimiento expreso del *interés del grupo*, provoca que la ausencia de efectividad de los conflictos de competencia que nacen en su seno no esté prevista en la LSC. Por el contrario, tal inefectividad sí se recoge de forma expresa en el novedoso supuesto de conflicto relativo a la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros (art. 229.1 e) LSC). Y es que, conforme a la literalidad de este precepto, no se consideran *terceros* las sociedades del grupo, siendo por tanto admisibles las ventajas y remuneraciones provenientes de estas. Dicho lo anterior, aunque me aleje del ámbito de los grupos de sociedades, me parece oportuno hacer una breve mención a la ausencia de efectividad del conflicto que se aprecia asimismo en el ámbito de las AIE. Dado que el objeto social de estas agrupaciones consiste precisamente en desarrollar actividades auxiliares a las propias de los socios que la integran (art. 3.1 LAIE), las cuales podrían ser competitivas con aquellas, no cabría apreciar un conflicto real en el caso de que el administrador de la sociedad tutelada que participa en la AIE fuera a su vez administrador de la AIE (*Vid.* CARLOS BELTRÁN, L., «Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico», *RDM*, núm. 201, 1991, p. 7, versión electrónica).

³³⁷ La dirección unitaria es un elemento constitutivo y esencial del grupo, entendido como forma singular de organización de la empresa (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», *RDM*, núm. 284, 2012, p. 6, versión electrónica, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., p. 134, MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, cit., p. 232). No obstante, esta dirección unitaria no es absoluta. Ha de tenerse presente que la misma no puede sobrepasar los intereses sociales de las sociedades que lo integran, así como el propio interés del grupo. Recordemos que la referida pérdida de la independencia económica no implica, en ningún caso, la pérdida de la independencia jurídica de cada una de las sociedades que se agrupan, las cuales mantienen por tanto su propio interés. Este último es guía, no olvidemos, de la actuación de los miembros de su órgano de administración (art. 227.1 LSC). La aludida dirección unitaria ha sido el criterio escogido por el legislador alemán para definir el grupo de empresas en el artículo 18.1 *AktG*: «Si una empresa dominante y una o varias empresas dependientes se reúnen bajo la dirección unitaria de la empresa dominante, todas ellas forman un grupo. Aquellas empresas entre las que exista un contrato de dominación (art. 291) o de las cuales una se haya incorporado a la otra (art. 319) se considerarán reunidas bajo

especial, de la privación de la independencia económica de las sociedades agrupadas que se deriva de la misma³³⁸. Es precisamente esta expropiación la que impide reconocer la necesaria efectividad del conflicto de competencia —aunque ocurra en el mismo mercado relevante— cuando un mismo sujeto es administrador de varias sociedades integrantes del mismo³³⁹. Entre otros, no cabe apreciar un conflicto de competencia cuando un administrador es designado para un puesto homólogo o para desempeñar funciones de alta dirección en una sociedad competidora integrante de su propio grupo, dado que tal conflicto de interés no es verdadero³⁴⁰. Se trataría de un conflicto formal o teórico que en modo alguno afectaría, actual o potencialmente, al interés social de la sociedad tutelada agrupada. Téngase en cuenta que, en muchas ocasiones, existe una estudiada distribución del mercado entre las sociedades que

una dirección única. De una empresa dependiente se presume que forma grupo con la empresa dominante» (Vid. EMBID IRUJO, J. M., *Ley alemana de sociedades anónimas*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 36). Este criterio también se tiene en cuenta en el ACM: «1. Existe grupo: [...] b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas» (art. 291-1.1).

³³⁸ Vid. FUENTES NAHARRO, M., «El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores (Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005)», *RdS*, núm. 28, 2007, p. 361, quien entiende textualmente que: «[...] el ejercicio de una dirección unitaria se traduce en la aplicación de una política financiera común para todo el grupo, de tal forma que el patrimonio de cada una de las empresas societarias que lo forman se gestiona como si de una parte del patrimonio de global de la empresa de grupo se tratase. De esta forma, la incorporación de una sociedad a un grupo se traduce siempre, cuando menos, en una “atenuación” de su autonomía patrimonial como consecuencia directa de la aplicación de una política financiera unificada del conjunto». En este sentido se pronuncian también COSTAS COMESAÑA, J., (Vid. *El deber de abstención del socio en las votaciones* (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 L.SRL), cit., p. 203) quien sostiene que: «Es pacífico en el Derecho de Defensa de la Competencia, nacional y comunitario, que las sociedades integradas en un grupo, por lo general, aun teniendo independencia jurídica o formal están privadas de autonomía económica, es decir, de libertad para determinar su actuación en el mercado, por lo que no puede decirse que exista competencia económica entre ellas». Asimismo, Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 235.

³³⁹ Vid. FERRERO MUÑOZ, J., *La prohibición de competencia de los administradores societarios en el supuesto de grupos de sociedades. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 11 de abril de 2008* “2010. Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos, LA LEY, Madrid, 2010, versión electrónica disponible en laleydigital (12176/2011). En este sentido se pronunció el JM de Málaga en su sentencia de 11 de abril de 2008: «no es aplicable el concepto de prohibición de competencia al administrador que se viene aceptando en la fundación de otras sociedades o que participa en otras sociedades en el mismo porcentaje» (F.D. Quinto, JUR 2008\171229).

³⁴⁰ En este sentido, Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *La competencia entre la sociedad y sus directivos*, cit., p. 29, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., pp. 124-125.

componen el grupo³⁴¹. En consecuencia, en ausencia de tal conflicto, no es necesaria su dispensa y no cabe solicitar el cese del administrador *competidor intragrupo* con base en el artículo 230.3 II LSC.

3.4.2 Especialidades en el ámbito subjetivo de la prohibición de competencia

La existencia de un grupo de sociedades tiene también una incidencia directa en el reconocimiento del sujeto titular del interés protegido en virtud de la prohibición contenida en el artículo 229.1 f) LSC.

Según lo expuesto previamente en este trabajo con respecto de la sociedad-isla, dicho sujeto titular del interés protegido no es otro que la propia sociedad gestionada y representada por el administrador afectado por la prohibición³⁴². No obstante, tal identificación resulta a todas luces más problemática cuando la sociedad tutelada pertenece a un grupo de sociedades. Conforme a lo dicho anteriormente al estudiar la forma en la que afecta la existencia de una realidad grupal a la constatación de la efectividad del conflicto, en el seno de estos grupos coexiste su propio interés con el interés de cada una de las sociedades que lo integran, lo cual es generador de conflictos entre ambos.

Dicho lo anterior, ¿cabría afirmar que la pertenencia de una sociedad a un grupo implica que el interés objeto de protección es el grupal y no —no al menos, exclusivamente— el propio?, ¿deben los administradores lealtad al grupo al que pertenece la sociedad que administran?, ¿están por tanto los administradores obligados a una suerte de *doble deber de lealtad*? En definitiva, lo que aquí se cuestiona es la problemática que surge como consecuencia de la coexistencia de dos intereses, el individual y el grupal. En el marco de esta irremediable convivencia de intereses, la

³⁴¹ Vid. MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, cit., pp. 53 y 253.

³⁴² Vid. *supra* Cap. II, ap. 3.3.2.1.

búsqueda del referido interés grupal o, dicho de otro modo, del máximo beneficio del conjunto, no se corresponde, en general, con la búsqueda del máximo beneficio de todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo. Es evidente que la obtención del máximo beneficio grupal podría no ser ventajosa o, incluso, llegar a ser perjudicial para los intereses de alguno o algunos de sus miembros³⁴³.

Siendo ello así, resulta preciso congeniar el interés particular de cada sociedad integrante con el interés *superior* del propio grupo, lo cual no resulta siempre sencillo. Esta coexistencia provoca que el interés social individual de cada sociedad —sin perjuicio de ser necesariamente el criterio que ha de guiar la actuación del administrador (art. 227.2 LSC)—, deje de ser el único criterio rector y, en ocasiones, deba ceder ante el *mayor* interés del grupo³⁴⁴.

³⁴³ *Vid.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 221, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., p. 135.

³⁴⁴ Ante esta dualidad de intereses los administradores de las sociedades dependientes —ya sean nombrados a instancia de la matriz, ya sean sus personas físicas representante o meros administradores de las filiales—, se encuentran ante el dilema de acatar las instrucciones que reciben desde la sociedad matriz o velar por el interés social de la sociedad que administran (art. 227.1 LSC). He de añadir, siquiera brevemente, que no se trata este último del tradicional y eterno conflicto entre mayorías y minorías, sino de un conflicto estructural entre un interés interno —el interés social— y un interés externo —el interés del grupo— que es el que define el nacimiento de la empresa policorporativa (*Vid.* FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., pp. 137-138). La dificultad estriba en encontrar una solución a los conflictos que surgen entre estos dos intereses en los grupos. Conforme a la opinión de la doctrina que se ha ocupado del estudio de esta cuestión, cabe señalar que: *«La solución al problema del conflicto de intereses en los grupos de sociedades no pasa únicamente por encontrar mecanismos que permitan proteger y restaurar el interés de la sociedad filial y de sus accionistas [...] sino que, sin obviar esa tarea, requiere también conjugar esta labor con otra de igual trascendencia: otorgar un marco de legitimidad a la consecución de ese interés global y autónomo de la empresa de grupo y valorar ese conflicto de intereses en función de ese marco de legitimidad, lo que permitiría, en definitiva que el grupo pueda conducirse de un modo especial y distinto frente a las reglas comunes del derecho societario»* (*Vid.* FUENTES NAHARRO, M., «Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007», *RdS*, núm. 30, 2008, pp. 411-412). En la STS de 11 de diciembre de 2015, en atención a la carencia de una regulación de los grupos en la vigente LSC, se alude a la necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés del grupo y el de las filiales: *«El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial. El administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de "obediencia debida" a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.*

[...]. *Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales. Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad»* (F.D. Tercero, RJ 2015\5440). Así, se subraya la necesidad de atender al interés de las sociedades dependientes a la hora de gobernar la estructura grupal (para un análisis de esta sentencia *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015», *RDM*, núm. 300, 2016). La opinión del TS ha sido previamente defendida por un sector de la doctrina que se ha ocupado del estudio de este conflicto y que ha venido sosteniendo que los administradores deben lealtad a la sociedad que administran —aunque sea integrante de un grupo— (entre otros, *Vid.* GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 203, MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, cit., p. 293). En su opinión, el interés del grupo y las directrices emanadas de la sociedad dominante del mismo no pueden prevalecer cuando de dicha prevalencia se deriva un perjuicio para el interés social de las sociedades dependientes. Sin embargo, como decía, existen voces críticas en la doctrina que exigen una respuesta real y legal a este verdadero problema de los grupos, puesto que: «el ineludible sometimiento del órgano de administración al interés social [...] no solo se complace mal con el propio funcionamiento de los grupos de sociedades, sino que es absolutamente incompatible con lo que constituye el elemento conceptual básico del grupo: el ejercicio de una dirección unitaria orientada a la consecución de un interés global de la empresa grupal» (*Vid.* FUENTES NAHARRO, M., «El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores (Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005)», cit., p. 414). A mi juicio, ha de establecerse un marco regulatorio *mínimo* en el que los operadores del Derecho puedan encontrar una respuesta efectiva a las constantes cuestiones que surgen en el seno de las complejas realidades grupales en España. El ACM, cuya tramitación se encuentra paralizada en la actualidad, se ocupó de regular estas complejas cuestiones. En concreto, previó por vez primera la legitimación de los administradores de la sociedad dominante para impartir instrucciones a las dependientes con el fin de defender el interés del grupo, en los términos siguientes: «1. Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad. 2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad» (art. 291-9 ACM). Resulta obligado destacar que la referida facultad de impartir instrucciones otorgada al órgano de administración de la dominante trae causa del reconocimiento del poder de dirección —y, consiguientemente, de la primacía del interés del grupo— que corresponde a esta última. Antes bien, el ejercicio de tal relevante facultad está sujeto a ciertos condicionantes. Así, los administradores de la sociedad que encabeza el grupo solamente podrán impartirlas tras constatar la existencia del poder de dirección que da lugar al nacimiento del grupo, diligentemente y, en todo caso, dentro de su propio giro o tráfico (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 59-63). Así mismo, en relación con el perjuicio que dichas instrucciones podrían ocasionar a las sociedades dependientes, el ACM estableció la obligación de compensar a estas últimas: «En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción» (art. 291-11.1 ACM). «1. La sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado

En consecuencia, me atrevo a afirmar que sí existen dos entes titulares de intereses susceptibles de protección, por lo que los administradores deberán tratar de encontrar la complicada e *ideal* protección equilibrada de ambos.

*a la sociedad dependiente por las instrucciones impartidas a los administradores de ésta sin compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dependiente responderán solidariamente también con los administradores de la sociedad dominante, a menos que prueben que han cumplido con el deber de información, así como que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad» (art. 291-12 ACM). Tal y como se deduce de la lectura de estos preceptos, incluso cuando las instrucciones impartidas cumplan con los requisitos anteriormente expuestos, podría resultar necesario compensar los daños ocasionados a las sociedades dependientes como consecuencia de su seguimiento. El ACM prevé la responsabilidad solidaria de los administradores de la dominante y de las dependientes en caso de que esta compensación no sea adecuada, si bien la de estos últimos queda excluida en el supuesto de que la observancia de las instrucciones no ponga en riesgo la solvencia de la sociedad. Resulta incoherente este distinto tratamiento, puesto que son precisamente los administradores de la sociedad cabecera los que imparten estas instrucciones inocuas para la solvencia de las filiales (en este sentido, *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», cit., pp. 64-65).*

CAPÍTULO III.- LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

1. PRELIMINAR

Los conflictos de interés que afectan a los administradores de las sociedades de capital —así como los que afectan a sus socios— se clasifican en dos grandes categorías: por un lado, los conflictos ocasionales o coyunturales y, por otro lado, los permanentes o estructurales.

Esta genérica distinción ha sido asimismo empleada por los tribunales que han conocido de los conflictos intrasocietarios³⁴⁵ y se contempla también, tal y como se ha indicado previamente en este trabajo, en el actual sistema legal de deberes previsto en los artículos 227 a 230 LSC. Bajo esta reciente regulación existen tipos concretos de deslealtad puntual y de deslealtad permanente a los que el legislador ha asignado regímenes diferentes³⁴⁶, como se expone más adelante, de carácter imperativo³⁴⁷.

³⁴⁵ *Vid.* la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (*caso Acciona v. Fomento de Construcciones y Contratas*, JUR 2006\85907), la SJM de Bilbao de 26 de enero de 2011 (*caso Iberdrola*, JUR 2011\47776), junto con las sentencias dictadas en instancias superiores en este último sonado caso (la SAP de Bizkaia de 20 de enero de 2012, AC 2012\288, y la STS de 11 de noviembre de 2014, RJ 2014\6459).

³⁴⁶ La distinción entre los conflictos ocasionales y permanentes fue subrayada en la antes citada STS de 11 de noviembre de 2014 (*caso Iberdrola*, F.D. Quinto, RJ 2014\6459).

³⁴⁷ Sobre el carácter imperativo del régimen relativo al deber de lealtad, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 1.

En el capítulo anterior de este trabajo me he dedicado al análisis del prototipo de conflicto permanente de interés, esto es, al conflicto que tiene origen en la infracción de la obligación de no competencia. No obstante, este conflicto no es el único que reviste dicha naturaleza permanente o estructural —en contraposición con el carácter ocasional o coyuntural de otras situaciones conflictivas—. De hecho, en la actualidad es la propia LSC la que hace alusión expresa a la existencia de otros tipos de conflicto permanente en el artículo 229.1 f). En concreto, este precepto obliga al administrador a abstenerse de: *«Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad»*.

Esta referencia expresa al *«conflicto permanente»* supone una novedad en la regulación positiva societaria española. Sin embargo, no cabe duda de que con anterioridad a esta patente consideración de carácter legal ya existían tales conflictos permanentes distintos al derivado del desarrollo de actividades competitivas. Ante esta realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas, preocupadas por las consecuencias que se derivan de esta clase de conflicto de interés, vinieron ocupándose de su estudio. No obstante ello, en atención a la regulación previgente y, ante la necesidad de solventar conflictos jurídicos que no encontraban una clara y directa respuesta en la literalidad de las normas societarias, dicho estudio se centró en los remedios *ex post* previstos para hacer frente al administrador que se hallaba en permanente conflicto con la sociedad.

Concretamente, el remedio empleado no fue otro que el cese del administrador de la sociedad anónima que ostentase intereses opuestos a los de la sociedad contemplado hoy en el artículo 224.2 LSC —y, anteriormente, en el previgente artículo 136.2 LSA 1989—. Posteriormente, con ocasión de la entrada en vigor del texto original de la LSC en el año 2011, este especial supuesto de cese fue complementado mediante la previsión del cese de los infractores de la prohibición de competencia en los apartados 2 y 3 del previgente artículo 230 LSC. En suma, la

escasa atención dedicada a la regulación de los conflictos permanentes estuvo focalizada, exclusivamente, en poner fin a la relación fiduciaria que unía a la sociedad con el administrador infiel. En este contexto, no se abordó el importante y necesario estudio sustantivo de esta tipología de conflicto de interés ni el de los mecanismos dirigidos a la prevención de su aparición y a su posterior control.

Teniendo en consideración estos antecedentes, estimo necesario detenerme, en primer lugar, en analizar las notas características de esta clase de conflicto de interés. Solo de esta manera podremos después tratar de adivinar qué clase de conflictos revisten tal naturaleza permanente a los efectos de su inclusión en el artículo 229.1 f) LSC. En los próximos capítulos de este trabajo abordaré la investigación del régimen legal aplicable a la dispensa de estos conflictos³⁴⁸, así como de los remedios aplicables a los mismos³⁴⁹.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

A continuación se analizarán las características de los conflictos permanentes de interés, tanto las comunes o generales de esta tipología de conflicto, como aquellas particulares correspondientes a los conflictos que traen causa de situaciones diferentes a la infracción de la obligación de no competencia.

2.1 CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

Las notas características de los conflictos permanentes de interés son fundamentalmente tres: su especial gravedad, su carácter permanente o estructural y su grado de incidencia en el normal funcionamiento de la estructura orgánica de la

³⁴⁸ *Vid. infra* Cap. IV.

³⁴⁹ *Vid. infra* Cap. V.

sociedad en la que tienen lugar y, en definitiva, en la estabilidad en el desarrollo diario de las actividades sociales³⁵⁰.

Con respecto de la primera nota, su gravedad, la misma debe ser analizada de forma conjunta con la segunda, la permanencia del conflicto en el tiempo o su estabilidad. Una situación de enfrentamiento estructural con el interés social cuyas consecuencias perduran será, con carácter general, más grave que un conflicto ocasional que no trasciende de un momento determinado de la vida social. Si bien es cierto que la realidad societaria es muy compleja y que un conflicto puntual podría resultar tan perjudicial para el interés social como un conflicto permanente³⁵¹, lo común o habitual será que el conflicto afecte de forma más perjudicial al interés social cuando el mismo sea constante y duradero.

En relación con la tercera y última de las notas, la incidencia del conflicto en la normal y estable continuidad de las bases societarias, debe advertirse que los conflictos permanentes no son conflictos que surgen en relación con el propio funcionamiento de los órganos sociales y que se desenvuelven en el seno de aquellos. Por el contrario, se trata de realidades conflictuales que impiden un desarrollo cotidiano de las relaciones internas de la sociedad y que traspasan el contexto comunitario, afectando al propio fundamento de la búsqueda del fin común³⁵². En

³⁵⁰ *Id.* IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., pp. 143-144, SÁNCHEZ RUIZ, M., «Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo», *RdS*, Monografías, núm. 15, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 147-149, ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», cit., p. 454, GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», cit., p. 4.

³⁵¹ En este sentido, *Id.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.595.

³⁵² Un conflicto es coyuntural cuando: *«se suscita con ocasión del funcionamiento ordinario de la junta general (en las relaciones socio-sociedad) o con ocasión del cumplimiento del administrador de informar a la sociedad sobre su posición de conflicto para que aquélla autorice la operación interesada (en las relaciones administrador-sociedad) [...]». Por el contrario, si el conflicto produce una alteración en el desarrollo de las relaciones internas, más allá de los órganos sociales en cuyo seno se desenvuelven, afectando a las bases en las que se asienta la relación societaria y comprometiendo definitivamente al futuro de la misma, cabe decir que traspasa el contexto "comunitario" y que, por ello, cabe calificarlo como estructural»* (*Id.*, literalmente, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de*

esencia, los conflictos permanentes de interés son derivados de cualquier circunstancia que objetivamente genera una predisposición contraria a los intereses de la sociedad, una oposición estable al interés social³⁵³. Son pues situaciones en las que el administrador social se encuentra en una posición en la que, de forma constante, existe un enfrentamiento entre los intereses de la sociedad tutelada y los suyos propios, o los de un tercero.

Expuestas las notas anteriores, para un mejor entendimiento de la tipología de los conflictos permanentes, estimo conveniente visualizar estos últimos, aunque sea por un instante, frente a frente con los coyunturales. A diferencia de los primeros, estos segundos se presentan de forma esporádica en la realidad de la sociedad y no desestabilizan sus bases estructurales, por lo que, en términos generales, son menos graves que aquellos. En definitiva, son enfrentamientos puntuales que no llegan a interferir en la normal rutina de sus órganos sociales, lo cual permite que los

interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor, cit., pp. 143-144)³⁵². A modo de ejemplo, pensemos que el administrador es titular de una participación relevante en el capital social de una sociedad con la que la sociedad tutelada tiene previsto cerrar una determinada transacción de carácter puntual (v. gr. la ejecución conjunta de un proyecto concreto para la Administración Pública). El conflicto de intereses que afecta al administrador en este caso no le permitiría ejercer su derecho de voto en la adopción del acuerdo del consejo de administración que versase sobre la conveniencia de participar en dicha transacción, así como en los términos y condiciones con arreglo a los cuales la sociedad estaría dispuesta a hacerlo. Pero, terminada la votación y ejecutada la transacción, este administrador no se vería en adelante afectado por tal conflicto. Ahora bien, ¿qué ocurriría si tal transacción vinculase con carácter continuo a la sociedad —pensemos por ejemplo en un contrato de distribución y prestación de servicio técnico de larga duración— de forma que los intereses de la sociedad administrada y los de la sociedad beneficiaria de la distribución y del servicio técnico —en la que, recordemos, el administrador ostenta una participación relevante— se encontrasen de forma permanente en conflicto? En este último supuesto, se aprecia fácilmente que el conflicto no terminaría mediante la abstención del administrador en la votación de un acuerdo puntual que tuviese por objeto la fijación de las condiciones de dicha relación de distribución y asistencia técnica. Esta relación comercial vinculada propiciaría que el administrador se hallase de forma constante en una situación en la que se vería obligado a preferir —y preferir— uno de los dos intereses en juego. Con todo, en caso de que se considerase que dicho riesgo no generaría daño alguno o, en su caso, que tal daño se vería compensado con los beneficios que dicha relación de distribución aportaría a la sociedad, se podría autorizar dicha situación conflictual de conformidad con las reglas que regulan la dispensa en la LSC (art. 230.2 LSC).

³⁵³ *Vid.* la SAP Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (*caso Acciona v. Fomento de Construcciones y Contratas*, F.D. Octavo, JUR 2006\85907).

instrumentos para hacerles frente sean más sencillos y menos contundentes que los dirigidos a eliminar los conflictos de naturaleza estructural.

Si miramos a la regulación que contiene la LSC de unos y otros conflictos, podemos apreciar sin dificultad que, en contraposición a la forma genérica en la que el apartado f) del artículo 229.1 LSC hace alusión a los conflictos permanentes — salvo al conflicto que nace como resultado del desarrollo de actividades competitivas—, este mismo precepto nos ofrece tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 un elenco de concretas situaciones conflictuales puntuales, a saber³⁵⁴: (i) la realización de operaciones vinculadas sin respetar las condiciones que impone el mercado (ap. a), (ii) la utilización del nombre de la sociedad o la invocación de su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas (ap. b), (iii) la utilización de activos sociales, incluida la información confidencial, con fines privados (ap. c), (iv) el aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad (ap. d)³⁵⁵, y (v) la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía (ap. e).

En conclusión, el legislador se ha limitado a positivizar los conflictos permanentes de interés distintos a los conflictos que provienen del incumplimiento de la obligación de no competencia, dejando en manos de los operadores del Derecho la ardua tarea de delimitar su real alcance. Resulta por tanto obligado en este momento indagar en las particularidades de esta tipología de conflicto para, más tarde, tratar de acertar los casos que podrían ser incluidos en el referido apartado f) del artículo 229.1 LSC.

³⁵⁴ *Vid. supra* Cap. II, ap. 1.2.

³⁵⁵ A pesar de que el aprovechamiento de oportunidades de negocio revista, generalmente, carácter ocasional o puntual, nada obsta a que pueda revestir naturaleza permanente, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.3.

2.2 CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

2.2.1 Preliminar

En las líneas anteriores se han expuesto los elementos esenciales de los conflictos de interés permanentes o estructurales. Si atendemos a dichos elementos —la gravedad, la permanencia y su incidencia en el normal funcionamiento de la estructura orgánica de la sociedad en la que tienen lugar los conflictos—, podemos apreciar que estos conflictos que afectan estructuralmente a las bases de la sociedad pueden estar motivados en circunstancias o en hechos diferentes al desarrollo por parte del administrador de una actividad competitiva. Así se desprende hoy de la propia dicción literal del artículo 229.1 f) LSC.

A fin de encontrar y comprender las notas identificativas especiales de estos *otros* conflictos permanentes, debemos centrar la atención sobre su origen. En particular, la raíz de los conflictos permanentes que no derivan de actividades competitivas a los que hace expresa alusión el artículo 229.1 f) LSC se encuentra en las especiales circunstancias del socio o accionista que propicia el nombramiento del administrador afectado por tal conflicto. En ocasiones, dichas circunstancias especiales del accionista o socio promotor —entre otros, el lugar que ocupa en el mercado relevante, su posición de control en la sociedad tutelada, su condición de cliente o proveedor de la misma o la tenencia por su parte de información sensible— colocan al administrador por él designado en una situación de conflicto estable con la sociedad administrada. En definitiva, tales circunstancias especiales salpican al administrador nombrado a su instancia de forma que ponen en riesgo su lealtad hacia la sociedad.

A pesar de que tales circunstancias predicables del accionista o socio no sean directamente atribuibles al administrador por él designado, atendiendo al riesgo de que las mismas afecten al interés social de la sociedad tutelada, el legislador ha preferido cortar por lo sano e imponer, directamente, el deber de evitar que tal situación de alarma nazca (art. 229.1 f) LSC). Aunque *prima facie* no exista un conflicto, se considera que el desempeño de las funciones de representación y gestión por un sujeto de origen sospechoso puede llegar a ocasionar un conflicto estructural con el interés social. Conforme a lo señalado en líneas anteriores, se castiga el mero riesgo del nacimiento de las situaciones conflictivas con base en la regla *no conflict* (art. 228 e) LSC)³⁵⁶.

2.2.2 El origen de la permanencia del conflicto: la relación entre el administrador y el socio que promueve su nombramiento

Una vez expuesto el motivo del nacimiento de estos *otros* conflictos permanentes, resulta necesario analizar qué clase de administradores pueden verse afectados por los mismos. Si, conforme a lo señalado en las líneas anteriores, su origen lo encontramos en el socio o accionista que propicia su nombramiento, es evidente que un administrador independiente³⁵⁷ no es el tipo de administrador al que

³⁵⁶ En contra de esta interpretación, *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», *InDret*, Barcelona, núm. 3, 2012, pp. 24-25. En opinión de esta autora, el cese motivado en la existencia de un conflicto permanente potencial *ex* artículo 224.2 LSC es una solución nítida y de fácil aplicación, disociada de la compleja realidad. Critica asimismo esta autora, acertadamente en mi opinión, que este mecanismo solamente se emplee para cesar a los administradores que han sido designados a instancia de la minoría cuando, en realidad, el riesgo de conflicto existe también cuando los administradores son designados por la mayoría.

³⁵⁷ El adjetivo independiente se emplea en este apartado del trabajo con carácter general para todo tipo de administradores —con independencia del origen de su nombramiento y de la estructura del órgano de administración al que pertenezcan— y no en relación con la definición de «*consejeros independientes*» de las sociedades anónimas cotizadas contenida en el artículo 529 *duodécies* 4 LSC: «*Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos*». No obstante, es cierto que esta definición, junto con las situaciones que impiden afirmar la independencia de los consejeros que se recogen en este mismo precepto —entre otras, la percepción de beneficios distintos a la retribución por parte de la sociedad o de su mismo grupo, el mantenimiento de relaciones de negocio significativas con la sociedad o la permanencia en el cargo de consejero durante más de doce años— pueden servirnos

habitualmente le afecta esta clase de conflicto. No cabe duda de que si el administrador es una persona totalmente desvinculada a los accionistas o socios de la sociedad, será más complicado que persiga intereses de alguno o algunos de ellos en detrimento de los restantes³⁵⁸. En su caso, si llegase a actuar de tal forma, su conducta *ocasional* sería considerada desleal con base en alguno de los tipos previstos en el artículo 229.1 LSC o, en el supuesto de que no encajase en ninguno de ellos, con base en la cláusula general y universal del deber de lealtad (art. 227.1 LSC).

Por el contrario, cuando el administrador tiene algún tipo de vínculo con los socios, el panorama varía *ab initio*. Es incuestionable que en los casos en los que el administrador es designado a instancia de alguno de ellos, tanto en las sociedades cerradas, como en las cotizadas —llámense, en este último caso, consejeros dominicales (art. 529 *duodecies* 3 LSC)³⁵⁹—, existe el riesgo de que trate de favorecerlo

como guía para conocer las circunstancias que permiten negar o, cuanto menos, cuestionar la independencia de los administradores de las sociedades no cotizadas. En cuanto a la presencia de consejeros independientes en los consejos de las sociedades cotizadas, considero oportuno recordar lo previsto en la Recomendación 17 CUBG, en la que se señala expresamente: «*Que el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros. Que, sin embargo, cuando la sociedad no sea de elevada capitalización o cuando, aun siéndolo, cuente con un accionista, o varios actuando concertadamente, que controlen más del 30% del capital social, el número de consejeros independientes represente, al menos, un tercio del total de consejeros*». (Sobre las debilidades de la definición del consejero independiente ante la amplitud de influencias que pueden afectar a los administradores sociales, *Vid.* GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Deconstructing independent directors», *ECGI - Law Working Paper*, núm. 186, 2012, p. 120).

³⁵⁸ Sobre la posibilidad de que un conflicto afecte asimismo a los consejeros independientes, *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Los consejeros independientes (análisis de su presencia en el Ibex-35)*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, marzo 2006, pp. 96-97, disponible en http://eprints.ucm.es/5495/1/Consejeros_independientes|SC-E-prints1.pdf. Precisamente, una de las principales funciones de los consejeros independientes en el seno de los consejos de administración consiste en supervisar la conducta de los consejeros ejecutivos y controlar los conflictos de interés (*Vid.* MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, LA LEY, Madrid, 2012, p. 187). No obstante, es cierto que en las sociedades en las que exista un socio de control esta tarea correspondiente a los consejeros independientes podría resultar complicada, puesto que serán ellos quienes, en realidad, supervisen e incluso desempeñen, aunque sea en la sombra, las labores de gestión (acerca de la administración fáctica que se lleva a cabo por parte de los socios de control, *Vid. infra* Cap. III, ap. 3.5). (Sobre la necesidad de redefinir las funciones de los consejeros independientes, *in extenso*, *Vid.* GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.ª I., «El mito de los consejeros independientes», *InDret*, Barcelona, núm. 2, 2012).

³⁵⁹ Sobre los conflictos permanentes que afectan a los consejeros dominicales, *Vid. infra* Cap. III, ap. 3.4.

en perjuicio del interés de la sociedad que está obligado a promover. Igualmente, cuando es el socio mayoritario o de control quien ocupa, a su vez, la posición de administrador —ya sea de forma directa o mediante su persona física representante, en caso de tratarse de una persona jurídica—, tal riesgo es más que evidente.

En estos casos, aunque en el momento de su nombramiento no existan indicios de que vaya a actuar con deslealtad hacia la sociedad, dicho nombramiento le coloca, objetivamente, en una situación propicia para actuar en beneficio de intereses propios o de terceros que podrían ser distintos al de la sociedad —v. gr. dando traslado al socio que promovió su nombramiento de una oportunidad de negocio de la sociedad administrada sobre la que haya tenido conocimiento durante una reunión del consejo de administración—³⁶⁰. En estos casos, aunque no exista un conflicto de interés real, podría resultar complicado para los administradores ejercer un buen gobierno de la sociedad³⁶¹. A este respecto, no podemos olvidar que estos administradores podrían encontrar serias dificultades para actuar independientemente y con libertad de criterio con respecto de las instrucciones del socio que los designó (art. 228 d) LSC).

De todo lo anterior se colige que los lazos que unen a los administradores con los socios de la sociedad tutelada que ostentan intereses en conflicto real o potencial con el interés social —en suma, la relación entre la propiedad *interesada* y el control—, son determinantes para poder constatar la existencia de un conflicto permanente de interés.

³⁶⁰ En estos casos, el propio conflicto surge en el momento en el que el administrador que debe actuar de forma desinteresada se ve afectado por circunstancias que afectan negativamente a que dicho desinterés prime en la toma de sus decisiones. Sobre la obligación básica consistente en adoptar medidas para evitar situaciones de conflicto (la regla *no conflict* prevista en el artículo 228 e) LSC), *Vid. supra* Cap. I, ap. 3.2.

³⁶¹ *Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 75, quien se basa, muy oportunamente a este respecto, en el artículo 24.3 c) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en virtud del cual: «Para valorar la capacidad de los miembros del consejo de administración de ejercer un buen gobierno de la entidad se tendrán en cuenta la existencia de potenciales conflictos de interés y la capacidad de dedicar el tiempo suficiente para llevar a cabo las correspondientes funciones».

2.3 ESPECIAL ATENCIÓN AL CARÁCTER POTENCIAL DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

En este trabajo se ha indicado en varias ocasiones que al legislador le preocupan no solo los conflictos actuales de interés, sino también los potenciales. Es decir, basta que exista un riesgo latente de conflicto para que se active el régimen preventivo del deber de lealtad previsto en la LSC.

El reconocimiento legal de la potencialidad de las situaciones de conflicto de interés nos conduce de nuevo hacia el fundamento precautorio que subyace en la regulación del deber de lealtad de los administradores. En otras palabras, la prohibición consistente en que el administrador se halle, en potencia, en una situación de conflicto permanente se fundamenta en la regla ningún conflicto —*no conflict rule* (art. 228 e) LSC)—³⁶². Si bien es cierto que este fin preventivo no se aplica solamente con respecto de los conflictos permanentes, ha sido el temor hacia su especial gravedad el que, principalmente, ha coadyuvado a que el legislador haya implantado un régimen de tal naturaleza.

Siendo ello así, la regla que proclama la ansiada inexistencia de conflicto que nos presenta el artículo 228 e) LSC y que desarrolla y concreta el artículo 229.1 LSC, impide al administrador situarse en una posición en la que pueda dar preferencia a un interés ajeno al social —entre otros, a modo de ejemplo, desarrollando una actividad en competencia con ella (art. 229.1 f) LSC) o desviando información sensible de forma continua hacia el socio que ha propiciado su nombramiento en la sociedad tutelada (arts. 228 b) y 229.1 c) LSC)—. Se considera que, en tales circunstancias, el administrador se encuentra obligado a optar entre dos lealtades y que no debe dejarse en sus manos la decisión de optar por una u otra. Simplemente, se trata de evitar que el administrador se encuentre en la tesitura de tener que tomar tal comprometida

³⁶² *Vid. supra* Cap. I, ap. 3.2.

decisión puesto que, en tal situación, difícilmente podrá actuar con libertad de juicio e independencia³⁶³. Recordemos que, bajo la regulación vigente, los administradores deben cumplir la obligación *básica* consistente en actuar de forma autónoma, libres de instrucciones y vinculaciones de terceros que manipulen su propio criterio (art. 228 d) LSC).

No cabe duda de que el peligro de la existencia de un constante enfrentamiento entre el interés social y otro interés ajeno a este dificulta que el administrador actúe conforme a su propio juicio. Conocedor de ello, el regulador ha preferido poner medios para impedir que surjan este tipo de riesgos mediante la previsión expresa de la prohibición de las conductas potencial y permanentemente conflictivas (art. 229.1 f) LSC). Ahora bien, claro está, la sociedad siempre podrá acudir a la vía de la autorización singular para levantar estos impedimentos ante situaciones concretas (art. 230.3 II LSC).

3. GRUPOS DE CASOS

3.1 PRELIMINAR

En las líneas anteriores se han expuesto las notas características de los conflictos permanentes de interés. Asimismo, se ha indicado que actualmente es el propio artículo 229.1 f) LSC el que prevé de forma expresa la existencia de conflictos de naturaleza permanente o estructural distintos a los derivados del incumplimiento de la obligación de no competencia.

No obstante ello, la dicción de este precepto es muy amplia y en modo alguno específica los supuestos cuyo nacimiento pretende prevenir. La genérica referencia a

³⁶³ En este sentido, *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Juega por mí: los deberes de lealtad de los administradores», entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 10 de marzo de 2016, disponible en: <http://almacendederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores>.

las actividades que «*de cualquier otro modo*» sitúen al administrador en un conflicto constate con los intereses de la sociedad no concede tan siquiera un esbozo de las situaciones de conflicto que se quieren recoger en el referido precepto de la LSC, lo cual genera inseguridad jurídica³⁶⁴. Como consecuencia de lo anterior, nos vemos obligados a intentar adivinar los casos concretos de deslealtad que motivaron al legislador a incluir esta amplia y general mención en el repetido artículo 229.1 f) LSC.

A tal fin, nos resultarán de gran ayuda las tan escasas como relevantes sentencias que en este ámbito han sido dictadas por los tribunales españoles, junto con las interpretaciones y consideraciones expuestas por la doctrina científica que se ha ocupado del estudio de este particular. No podemos olvidar que la inclusión por el legislador de estos nuevos conflictos de naturaleza permanente en el artículo 229.1 f) LSC trata de dar respuesta a una serie de conflictos que han acontecido y acontecen habitualmente en la realidad societaria española y que han sido estudiados por los referidos operadores del Derecho.

A efectos aclaratorios, adelantaré que, si bien algunos de los casos que se exponen a continuación son propios de las sociedades anónimas cotizadas, el análisis no aspira a limitarse a tal específico ámbito. Muy al contrario, se pretende partir de tal concreto campo con ánimo de encontrar pistas que nos ayuden a construir soluciones a los tan temidos conflictos permanentes de interés que afectan a las sociedades de capital, de toda clase y condición.

3.2 LOS ADMINISTRADORES DESIGNADOS EN VIRTUD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

El derecho de representación proporcional que se concede a los accionistas de las sociedades anónimas (art. 243.1 LSC) ha sido considerado fuente de conflictos

³⁶⁴ *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 409.

permanentes de interés —distintos a los originados como consecuencia del desarrollo de actividades competitivas— por la jurisprudencia y la doctrina españolas que han abordado su estudio.

A continuación expondré las razones que han llevado a estos operadores del Derecho a defender semejante afirmación. Concretamente, se debe analizar por qué y con qué alcance afecta —si es que afecta— este excepcional sistema de nombramiento de consejeros al surgimiento de tales conflictos.

3.2.1 Régimen aplicable

El vigente artículo 243.1 LSC consagra el derecho de representación proporcional en los términos que se indican a continuación³⁶⁵: *«En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción»*.

Conforme al derecho reconocido en el transcrito artículo, los accionistas³⁶⁶ que agrupados alcancen o superen la cuota resultante de la división del importe del capital

³⁶⁵ La letra de este artículo tiene origen en el artículo 137 LSA 1989 y en el RD 821/1991, de 17 de mayo, por el que se desarrolla dicho artículo en materia de nombramiento de miembros del consejo de administración por el sistema proporcional.

³⁶⁶ Conforme a la literalidad del artículo 243.1 LSC el derecho de representación proporcional únicamente se prevé en el seno de las sociedades anónimas. Tal derecho no se reconoce a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, es más, se encuentra expresamente prohibido en virtud del artículo 191 RRM: *«Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la Junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional»*. A este respecto, considero interesante traer a colación lo recogido en la exposición de motivos de la derogada LSRL 1995 con respecto de los motivos por los que no procede contemplar este derecho en sede de las sociedades limitadas: *«[...] no se ha considerado conveniente reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración colegiado, evitando así que el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad»* (ap. III). No obstante lo anterior, el TS ha aceptado la validez de las cláusulas estatutarias que reconocen el derecho de representación proporcional a los socios de las sociedades de

social entre el número de consejeros, podrán designar a uno o varios miembros del consejo de administración. En atención a lo anterior, nos encontramos ante un derecho que se concede a los accionistas minoritarios —o accionistas de paquetes importantes de acciones que no cuentan con la mayoría suficiente en sede de la junta general³⁶⁷— a fin de que sus intereses puedan ser *representados*³⁶⁸ en el consejo de administración. Huelga decir que los accionistas mayoritarios, dado que cuentan con la mayoría —valga la redundancia— de los votos en la junta general, no requieren de tal tutela.

Este precepto regula un sistema de nombramiento de administradores que difiere del general (art. 214.1 LSC) primordialmente, porque deja de lado el necesario principio mayoritario que rige en la junta general³⁶⁹ —los restantes requisitos relativos

responsabilidad limitada (*Vid.* la STS de 6 de marzo de 2009, F.D. Cuarto, RJ 2009\2794). En mi opinión, tendría más sentido que tal tratamiento distinto se reservase únicamente, en su caso, para las sociedades anónimas cotizadas. A este respecto, es importante tener en cuenta que en las sociedades no cotizadas es habitual que el reparto de los asientos en el consejo de administración se realice en un pacto parasocial, instrumento que los socios minoritarios —tanto de una sociedad anónima como de una limitada— podrían utilizar para articular una suerte de derecho de representación proporcional, aunque fuera con efectos *inter partes* (sobre la efectividad de los pactos parasociales omnilaterales, *Vid. infra* Cap III, ap. 3.6.4.2.). Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito de las sociedades cotizadas los accionistas representantes de un paquete significativo de acciones carecen de capacidad de negociación para exigir su representación en el consejo de administración. Por ello, este derecho respondería a necesidades más imperiosas en el marco de las sociedades cotizadas (*Vid.* SÁEZ LACAWE, M.^a I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., p. 9).

³⁶⁷ *Vid.* GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 42.

³⁶⁸ A pesar de que el propio artículo 243.1 LSC haga uso del término *representación*, este no debe entenderse en el sentido estricto de una relación representativa, ni voluntaria ni legal. En realidad, los administradores mantienen una relación de carácter orgánico con la sociedad, por lo que no representan *strictu sensu* a un grupo determinado de socios, sino a la sociedad en su conjunto. No olvidemos que los efectos de la actuación del administrador —representante— producen sus efectos en la sociedad y no en los socios que hayan promovido su nombramiento —los que podrían ser considerados sus *representados*—. Sobre la representación que incumbe a los administradores sociales, *Vid. supra* Cap. I, ap. 2.3.3.1.

³⁶⁹ Este motivo conduce a un sector de la doctrina científica a criticar este sistema de nombramiento (entre otros, *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 495, PETIT LAVALL, M.^a V., «Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012 (Residencial Monte Carmelo, S.A., c. IBERDROLA, S.A.)», *Diario La Ley*, núm. 7882, 2012, pp. 8 y ss., 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

al nombramiento, entre otros, el régimen de prohibiciones, de aceptación y su inscripción en el RM, resultan igualmente aplicables—. Asimismo, a los administradores designados conforme a este particular sistema les resulta de aplicación el estatuto de deberes general recogido en los artículos 227 y siguientes de la LSC³⁷⁰, así como la prohibición de ostentar intereses opuestos a los de la sociedad, so pena de ser cesados por este motivo (art. 224.2 LSC).

En conclusión, sin perjuicio del singular método de nombramiento que nos atañe, el régimen dirigido a la actuación y al cese de los administradores designados conforme al mismo es idéntico al aplicable a cualquier otro administrador designado en virtud del principio mayoritario³⁷¹.

3.2.2 Limitaciones al ejercicio del derecho de representación proporcional: la ausencia de conflicto en el accionista promotor

La tutela que brinda el derecho de representación proporcional a los accionistas minoritarios no tiene carácter absoluto y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia española.

Como se advertía anteriormente en este capítulo, las condiciones o cualidades del socio o accionista que promueve el nombramiento de un administrador pueden dar origen a un conflicto de interés de carácter permanente³⁷². Del traslado de este concreto riesgo al supuesto que ahora nos ocupa se infiere que, cuando un grupo de accionistas que ostenta un interés en conflicto con el interés social —v. gr. un competidor de la sociedad— designa a un administrador gracias al derecho de

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011)», *Diario La Ley*, núm. 7.605, de 6 de abril de 2011, pp. 2-3).

³⁷⁰ En este sentido, el CUBG indica asimismo que: «*Todos los consejeros, con independencia del origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del interés social*» (ap. III. 3. 1).

³⁷¹ Sobre el régimen relativo al cese del administrador infiel nombrado en virtud del derecho de representación proporcional, *Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2.3.2.

³⁷² *Vid. supra* Cap. III, ap. 2.2.2.

representación proporcional, dicho conflicto se extiende al administrador por él designado. En otras palabras, se considera que el administrador que posee intereses opuestos a los de la sociedad por haber sido contagiado por el conflicto que le afecta a su accionista promotor, se encuentra impedido *ex ante* para desempeñar tal cargo, puesto que la naturaleza preventiva patente en el actual régimen de deberes de los administradores obliga a evitar que surja el propio conflicto³⁷³.

En atención a esta extensión de la situación conflictual, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias han considerado que de dicha designación surge un conflicto de interés de carácter permanente, una oposición estable con el interés de la sociedad³⁷⁴. Esta consideración mayoritaria ha propiciado la redacción dada al vigente

³⁷³ El accionista afectado por un conflicto que pretenda ejercitar el derecho de representación proporcional debe poner en conocimiento de la sociedad tal conflicto *ex* artículo 229.3 LSC (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 156), siempre y cuando el accionista pueda considerarse un administrador *de hecho* (art. 236.3 LSC), puesto que, en caso contrario, tal exigencia carecería de fundamento alguno en la LSC.

³⁷⁴ Resulta obligado destacar en este sentido la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (*caso Acciona v. Fomento de Construcciones y Contratas*, JUR 2006\85907), y la SJM de Bilbao, de 26 de enero de 2011 (*caso Iberdrola*, JUR 2011\47776), junto con las sentencias dictadas en instancias superiores en este último caso (la SAP de Bizkaia de 20 de enero de 2012, AC 2012\288, y la STS de 11 de noviembre de 2014, RJ 2014\6459). En particular, se pronunció en estos tajantes términos la AP de Bizkaia en la antedicha sentencia al señalar que: «*Lo importante es que se produzcan las circunstancias que acompañan a las personas nombradas por el accionista minoritario y significativo, al amparo del art. 137 de la LSA, que sean objetivamente idóneas para provocar o facilitar comportamientos de competencia desleal. No cabe duda que el art. 132 faculta y obliga a la junta general a impedir situaciones estructurales en el órgano de administración que propicien prácticas de competencia desleal, o establezcan las condiciones idóneas para desarrollarlas, actuando el ordenamiento societario como sistema preventivo de la concurrencia ilícita, defendiendo el interés de la sociedad frente a inmisiones de competidores. Además, la situación creada es susceptible de perjudicar la transparencia que se impone en el sistema de libre mercado, contribuyendo a un sospecha de falseamiento de la competencia desde el momento en que, en el exterior, podría contemplar la oferta y actuación de un sociedad, Iberdrola, en cuya gestión interviene o participa una empresa naturalmente competidora [...]*» (F.D. Sexto, III). Es preciso señalar en este momento que, a pesar de que este último sonado caso se suscitó en el seno de una sociedad anónima cotizada, soy de la opinión de que su problemática es trasladable a las sociedades no cotizadas de menores dimensiones en las que, sea estatutaria o parasocialmente, reconocen un derecho de representación proporcional a los socios o accionistas. (Para un estudio pormenorizado de este relevante caso y, en especial, de los conflictos permanentes de interés que traen causa del ejercicio del derecho de representación proporcional, *Vid.* IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, cit., pp. 167-178, FARRANDO MIGUEL, I., «Artículo 132.2 LSA 1989 y cese de administradores designados por la minoría debido a la existencia de un «conflicto de interés estructural y permanente. [Sentencia del JM núm. 1 de Bilbao, de 9 de julio de 2010 (ACS v. IBERDROLA)]», *Diario la Ley*, núm. 7.696, de 9 de julio de 2011, PETIT LAVALL, M.ª V., «Los límites al derecho de información y la reducción del

artículo 229.1 f) LSC por la Ley 31/2014, la cual ha incluido, junto a la arraigada prohibición de competencia, la correspondiente al desarrollo de otras actividades que supongan también el nacimiento de un conflicto permanente de interés³⁷⁵. Por lo tanto, a la luz de lo previsto en este precepto y de acuerdo con la postura adoptada por los tribunales —y respaldada por la mayoría de nuestra doctrina—, el derecho de representación proporcional no solo se puede, sino que se debe limitar en los casos en los que dé lugar al nacimiento de conflictos estructurales de interés, y ello en busca de la ansiada preservación del interés social³⁷⁶.

Soy de la opinión de que esta interpretación es acorde con el fin último consistente en evitar que surjan las situaciones de conflicto de interés (arts. 228 e) y 229.1 LSC), con más razón en este caso, por tratarse de un conflicto de naturaleza estable y duradera. No obstante ello, debemos tener presente que esta interpretación implica la inaplicación de una tutela de la minoría legalmente reconocida y que debe asimismo ser respetada —siempre y cuando no existan motivos para denegarla—. En este orden, defendiendo que la extensión del conflicto de interés del accionista promotor

número de consejeros en la sociedad anónima. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012 (Residencial Monte Carmelo, S.A., c. IBERDROLA, S.A.), cit.). En contra de la extensión automática al administrador del conflicto que afecta al accionista promotor se postula SÁEZ LACAVE, M.^a I. (*Vid.* «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., p. 12), quien critica duramente: *«la sospecha de que los consejeros nombrados por los socios minoritarios son unos infiltrados en el núcleo de poder de la sociedad con la intención de espiarla y debilitarla»*.

³⁷⁵ La mención al conflicto permanente recogida en el artículo 229.1 f) LSC tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 se refiere precisamente a la situación de los consejeros que, a pesar de no competir con la sociedad, han sido designados mediante el sistema de representación proporcional por un socio que compite con la sociedad de la que forma parte (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 147). No obstante, considero que no es este caso el único incardinable en dicho artículo. Tal y como se trata de exponer en el presente capítulo de este trabajo, existen otros supuestos de conflicto permanente de interés que, en mi modesta opinión, podrían asimismo quedar prohibidos *ex* artículo 229.1 f) LSC. Estimo que ni la literalidad de este precepto ni la ratio de la prohibición contenida en el mismo deberían conducirnos a excluir de su ámbito de aplicación otros supuestos de conflicto permanente igualmente gravosos para el interés social (*Vid. infra*, Cap. III, ap. 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6).

³⁷⁶ Tal y como señaló en la sentencia de 26 de enero de 2011 el JM de Bilbao (*caso Iberdrola*, JUR 2011\47776): *«El desconocimiento del derecho de representación del accionista minoritario no implicará fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil) si se respeta la finalidad perseguida por la ley de cobertura (el art. 132.) (actualmente, el art. 224.2 LSC) que es la protección del interés social»* (F.D. I, A, 1).

al consejero designado *ex artículo 243.1 LSC* debe realizarse, únicamente, tras probar debidamente que existe tal conflicto efectivo entre el interés del primero y el de la sociedad y que el mismo ha provocado una situación de constante enfrentamiento entre ambos intereses. Entiendo que dicha extensión es lo suficientemente gravosa para la minoría como para rechazar que se realice de forma automática y oportunista ante el mero recelo de que el accionista pudiera ser portador de un interés en conflicto con el interés social. Ha de tenerse en cuenta que la presencia de consejeros nombrados por la minoría podría mejorar la independencia del consejo de administración en su conjunto, además de reducir los riesgos de expropiación por parte de los paquetes de control que cuentan con el respaldo del órgano de administración³⁷⁷. En suma, la supervisión que ejercerían estos consejeros en este órgano podría mejorar la imparcialidad del mismo. Por consiguiente, me parece importante que se analice caso por caso la necesidad de llevar a cabo tal extensión del conflicto a fin de evitar posturas abusivas por parte de los mayoritarios encaminadas, única y exclusivamente, a negar la referida tutela de la minoría³⁷⁸. Pero, claro está, dicho necesario análisis casuístico no siempre será sencillo, menos aún si tenemos en cuenta que deberán analizarse no solo los conflictos actuales, sino también los

³⁷⁷ Sobre los beneficios del ejercicio del derecho de representación proporcional por parte de los accionistas minoritarios en sociedades con propiedad concentrada, *Vid.* GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.^a I., «El mito de los consejeros independientes», cit., p. 27. El derecho de representación proporcional resulta asimismo especialmente relevante en las sociedades dependientes de grupos, dado que en estas los socios minoritarios dependen, por un lado, de la propia sociedad que administran y, por otro lado, de la sociedad matriz. A este respecto, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de los grupos societarios el porcentaje de participación de los socios externos —el cual suele concentrarse en la sociedad cabecera— habitualmente no alcanza el mínimo necesario para poder ejercitar el derecho que nos atañe (*Vid.* MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, cit., pp. 267-272).

³⁷⁸ Es cierto que la mayoría siempre tendrá a su disposición otras vías para desarticular el derecho de representación proporcional, principalmente, el uso repetido del mecanismo de la cooptación, la reducción del número de consejeros previsto estatutariamente, así como el cese *ad nutum* del administrador designado en virtud de tal derecho (en este sentido, *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., pp. 12-15, ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 47-48, JUSTE MENCÍA, J., «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», *RdS*, Monografías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1995, pp. 318-319).

potenciales. Qué duda cabe de que la consideración de la potencialidad de los conflictos aumentará la probabilidad de encontrar la presencia de un interés del accionista promotor *encontrado* con el interés social.

Por si fuera poco, en este ámbito nos encontramos una vez más ante las debilidades y limitaciones inherentes a los derechos del grupo de los accionistas minoritarios. El hecho de que los intereses de la mayoría cuenten con el apoyo necesario, tanto en sede de junta general como en el órgano de administración, dificulta la defensa de los derechos legales y estatutarios de la minoría³⁷⁹. El mecanismo del cese *ad nutum* de los administradores, también de aquellos designados *ex* artículo 243.1 LSC, permite silenciar las peticiones de la minoría de forma rápida y sencilla. Si bien siempre se podría acudir a la vía de la impugnación del acuerdo favorable a dicho cese (art. 204 LSC), son hartamente conocidas las dificultades de los minoritarios para lograr poner fin, de forma efectiva, a los abusos de la mayoría³⁸⁰.

³⁷⁹ Sobre los derechos de la minoría, ampliamente, *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», cit., MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de la Minoría en la Sociedad Anónima Cotizada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

³⁸⁰ Tras la reforma operada por la Ley 31/2014 en la LSC, el propio artículo 204.1 II LSC establece que: «*La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*» (sobre el contenido y el alcance de este nuevo precepto *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 194-202). Este nuevo precepto ya ha sido tenido en cuenta por los tribunales, aunque sea a los meros efectos interpretativos (*Vid.* la SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016, F.D. Quinto, pár. 35, JUR 2016\130508). No obstante ello, con anterioridad a esta reforma el propio TS ya reconoció la existencia de acuerdos impuestos abusivamente por la mayoría. En concreto, la jurisprudencia del TS ha venido entendiendo que: «*los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital - silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley*» (STS de 7 de diciembre de 2011, F.D. Segundo, pár. 36, RJ 2012\3521). Este razonamiento fue reproducido en la sentencia dictada en el caso *Transmediterránea*, en la que el Alto Tribunal concluyó que: «*demostrada la obtención de ventajas por*

3.3 LOS ADMINISTRADORES DESIGNADOS POR EL SOCIO MAYORITARIO

En el apartado anterior he dicho que el administrador que es designado en virtud del derecho de representación proporcional (art. 243.1 LSC) podría estar incurso en una situación de conflicto permanente en caso de que el accionista promotor persiguiese un interés contrario al social.

Siguiendo el mismo razonamiento expuesto en dicho apartado —el conflicto de interés que afecta a los accionistas minoritarios se extiende al administrador designado por ellos—, los administradores que son nombrados a iniciativa de los accionistas o socios que ostentan una posición mayoritaria en el capital social de la compañía o, incluso, el control sobre la misma, también podrían estar afectados de forma permanente por un conflicto de interés. Es decir, si un socio mayoritario o un grupo de socios mayoritario ostenta intereses que están en conflicto con el interés social de la sociedad tutelada, entonces, dicho conflicto podría afectar, por extensión, al administrador que hubiera sido designado a instancia de aquellos. Pensemos que podría ser incluso el propio socio mayoritario el que ocupase el cargo de administrador. En tal supuesto, difícilmente podría el socio titular de un interés contrario al social dejar este de lado y ejercer sus labores de representación y gestión de forma independiente (art. 228 d) LSC), única y exclusivamente, en pro del mejor interés social (art. 227.1 LSC). Considero que este cuestionamiento de la lealtad de la mayoría debe realizarse tanto en las grandes sociedades cotizadas —en las que los paquetes de control mayoritario imponen sin tapujos sus intereses a los pequeños inversores—, como en las sociedades de menor tamaño con capital disperso —en las

ACCIONA de forma claramente discriminatoria en relación con los demás socios - así afirma que se adoptó "en manifiesto provecho exclusivo del mayoritario"» (STS de 17 de enero de 2012, F.D. Séptimo, pár. 67, RJ 2012\1981). (Acerca del abuso sobre los socios minoritarios se recomienda la interesante lectura del trabajo de VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Estudios de Derecho Mercantil, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007).

que, de igual forma, los titulares de la mayoría accionarial controlan los movimientos de sus administradores afines—.

Con estas premisas, a pesar de que en el caso que ahora nos atañe es la junta general la que elige al administrador en virtud del principio mayoritario —y no un concreto grupo de accionistas en ejercicio del derecho de representación proporcional—, considero que si su designación tiene lugar, en la práctica, gracias a los votos favorables de la *mayoría conflictuada*, la extensión del conflicto de interés estructural que ahora nos preocupa debería afectar igualmente al designado. El motivo de esta afectación es el mismo que he expuesto al estudiar el conflicto que nace como consecuencia del nombramiento del administrador en virtud del derecho de representación proporcional³⁸¹.

En relación con lo anterior, sostengo que es un error considerar que el interés de los socios mayoritarios coincide, siempre y necesariamente, con el mejor interés social al que debe dirigirse la conducta de los administradores (art. 227.1 LSC)³⁸² y que, en consecuencia, no puede existir un conflicto de interés real y efectivo entre el interés social y el interés de la mayoría accionarial. Es cierto que, probablemente, el interés de la mayoría será más coincidente con el interés social que el que ostente un socio externo o minoritario, pero no tiene por qué coincidir en todo caso e, incluso,

³⁸¹ *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.2.2.

³⁸² Sobre el error de equiparar el interés social con el interés de la mayoría se pronunció con claridad GARRIGUES, esgrimiendo razones perfectamente aplicables, *mutatis mutandis*, a la realidad societaria actual, al proclamar que: «*La verdad es que la discordancia entre el interés de la mayoría y el interés de la sociedad hoy se produce continuamente y ello por consecuencia de la concentración industrial que caracteriza esta época de las alianzas de las empresas, de la tenencia monopolística propia del capitalismo moderno. Ello permite que los accionistas mayoritarios en dos sociedades competidoras sacrifiquen a una en beneficio de la otra, con lo que sale perjudicado, efectivamente, el interés de la primera sociedad; o permite que una sociedad domine a otra; o que un accionista, por ser mayoritario, imponga a la sociedad los contratos que a él le convienen, mas no a la sociedad por él dominada. En todos estos casos hay un divorcio entre el interés de la mayoría y el interés social*» (*Vid. GARRIGUES, J., Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, cit., pp. 148-149). En cualquier caso, la representación del interés social por parte de los socios mayoritarios sigue siendo cuestionada por la doctrina científica (*Vid. GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Deconstructing independent directors», cit., p. 21, SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 8).*

podría ser contrario a aquel. Es habitual que los socios mayoritarios traten simplemente de perseguir sus propios intereses —o los de un tercero a ellos vinculado— en perjuicio de los minoritarios, y no precisamente en beneficio del interés de la sociedad³⁸³. Recordemos que existe el riesgo de que los socios mayoritarios tiendan a adoptar acuerdos directamente en sede de junta general e indirectamente en sede de consejo —mediante los administradores afines a ellos³⁸⁴— dirigidos a expropiar a los minoritarios³⁸⁵. Y es que, es muy habitual que los socios titulares de la mayoría ejerzan una posición de control en los órganos sociales, llegando a producirse una suerte de *confusión* entre la propiedad y el control de la compañía.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que la fuerza de la mayoría pondrá importantes trabas para que, en la práctica, los conflictos de interés que afecten a los administradores desleales designados por ellos sufran las consecuencias previstas en la LSC. Es preciso adelantar que la junta general es libre para decidir cesar o mantener al administrador incurso en un conflicto de interés de carácter permanente (arts. 224.2 y 230.3 II LSC)³⁸⁶, por lo que la mayoría de los socios, mediante su voto, podría impedir que tal cese llegase a tener lugar. Si bien es cierto que los socios minoritarios podrían impugnar el acuerdo de la junta general contrario a dicho cese con base en su carácter abusivo (art. 204.1 II LSC)³⁸⁷, la limitada información de la que podrían disponer estos socios para probar el conflicto de interés debilitaría notablemente su

³⁸³ Pueden encontrarse supuestos interesantes expropiatorios de la minoría en el trabajo de JOHNSON, S., LA PORTA, R., LÓPEZ DE SILANES, F. y SHLEIFER, A., «Tunneling», *Am. Ec. R.*, Vol. 90, núm. 2, 2000, pp. 22-27. Sobre las distintas interpretaciones del indeterminado y contestado término del interés social, *Vid. supra* Cap. I, ap. 2.3.3.3.

³⁸⁴ En caso de que esta influencia en el consejo de administración se ejerciera con habitualidad, entonces, cabría asimismo sostener que el socio mayoritario actúa como un administrador oculto (art. 236.3 LSC). Sobre la extensión de los deberes de los administradores al administrador oculto, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.3.2.2.

³⁸⁵ En este sentido, *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 10.

³⁸⁶ *Vid. infra* Cap. V, ap. 2.2.3.

³⁸⁷ *Vid. supra* Cap. III, 3.2.2.

posición, y ello sin perder de vista los costes y el tiempo que implicaría iniciar un procedimiento judicial.

3.4 LOS CONSEJEROS DOMINICALES

De conformidad con la definición contenida en el artículo 529 *duodecies* 3 LSC: «Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa³⁸⁸ o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados»³⁸⁹.

De la anterior definición se desprende que existen dos tipos de consejeros dominicales: de un lado, los que son designados como consecuencia de su condición de accionista —ostenten o no una participación accionarial significativa— y, de otro lado, los que representan a tales accionistas³⁹⁰.

³⁸⁸ La participación del accionista se considera significativa cuando la misma es igual o superior al tres por ciento de los derechos de voto del emisor (art. 125 LMV y RD 1362/2007, de 19 de octubre). Esta remisión a un porcentaje establecido mediante decreto como criterio delimitador de la consideración de un consejero como *dominical* ha sido duramente criticado por un sector doctrinal minoritario al señalar que: «Es así como en nuestro país es el Gobierno el que, a través de un mero reglamento administrativo, puede determinar quiénes sean o dejen de ser consejeros independientes de una sociedad cotizada, algo que no ocurre en ningún otro lugar. Un decreto puede, en cualquier momento, reducir el porcentaje del 3% en cuestión y reclasificar de un plumazo a un determinado número de consejeros independientes como dominicales para acto seguido expulsarles de la presidencia e incluso de la presencia en las comisiones de control del consejo o en el propio consejo de administración. Podría hacer también lo contrario y podría variar de criterio ocasionalmente, sometiendo de esa forma a las sociedades cotizadas a un continuo vaivén de sus categorías de consejeros y de la organización de sus comisiones de control» (Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», *RdS*, núm. 47, 2016, p. 17, versión electrónica, en este sentido, *ID*, «Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación», cit., p. 10, versión electrónica).

³⁸⁹ En relación con la consideración de la condición de *dominical*, es preciso apuntar que, como consecuencia de las particularidades propias de los grupos de sociedades: «los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en esta la consideración de dominicales» (art. 529 *duodecies* 1 LSC).

³⁹⁰ Se muestra crítico con esta definición legal de *dominical* un importante sector doctrinal que considera que el hecho de ser designados por un accionista, quien puede ser portador de diversas motivaciones y de mayor o menor grado de control societario, carece de la entidad suficiente para entender que la actuación de todos ellos en el consejo será similar (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529

Se desprende pues con facilidad la vinculación que existe entre este tipo de consejeros de las sociedades anónimas cotizadas y los accionistas, pudiendo incluso llegar a producirse su *confusión*. Dicha vinculación ha sido denominada como *vinculación funcional* o *vinculación de intereses*³⁹¹ en el sentido de que los consejeros dominicales estarán ligados a los intereses de los accionistas a los que *representan*³⁹². Aunque primordialmente tendrán esta consideración los consejeros ligados con el bloque de control de la sociedad, también la tendrán los accionistas que ostenten una posición relevante que les permita designar a un consejero en virtud del derecho de representación proporcional (art. 243.1 LSC).

La razón por la cual el CUBG vigente, así como sus predecesores, recomiendan la composición equilibrada del consejo de administración³⁹³ y, en consecuencia, la

duodecimos, apdos. 1, 2, 2 y 6 LSC», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 947-948). Asimismo, esta definición legal ha sido fuertemente criticada, no solo por su contenido sino también por su imperatividad, al considerarse que la clasificación que contiene la LSC es excesiva y técnicamente deficiente, siendo suficiente la distinción entre consejeros internos y externos (*Vid.* MATEU DE ROS CERREZO, R. «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., pp. 16-17, versión electrónica).

³⁹¹ *Vid.* GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», cit., p. 11.

³⁹² Conforme ha sido expuesto anteriormente en este trabajo, los administradores no son propiamente *representantes* de ningún socio concreto y quedan igualmente obligados a anteponer el interés social (art. 227.2 LSC). En este orden, el hecho de que la propia LSC emplee este término para definir a los consejeros dominicales: «*encubre una inconsistencia normativa, al elevar a rasgo definitorio un hecho meramente adjetivo al que la propia LSC impide otorgar significado jurídico alguno*» (*Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecimos, ap. 1, 2, 2 y 6 LSC)», cit., p. 948). Así, se ha llegado a afirmar que: «*La ley utiliza la impropia terminología de representación (arts. 529 duodecimos, apartado 3 y 540.4.a).1). Por esta razón y fuera de los casos del consejero nombrado por representación proporcional (art. 243) y, en otro sentido, de la persona física representante del consejero persona jurídica (art. 236.5), no habría que reconocer otro supuesto de representación del accionista*» (*Vid.* MATEU DE ROS CERREZO, R. «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., p. 18, versión electrónica).

³⁹³ Dice así la Recomendación 15 CUBG: «*Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad*». Por su parte, con respecto del número de dominicales, la Recomendación 16 CUBG dice: «*Que el porcentaje de consejeros dominicales sobre el total de consejeros no ejecutivos no sea mayor que la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por dichos consejeros y el resto del capital*», y con respecto de la presencia de independientes, la Recomendación 17 CUBG indica: «*Que el*

presencia de consejeros dominicales en el mismo, estriba en el entendimiento de que estos consejeros, dado que están ligados a paquetes relevantes de acciones, están en buena disposición para supervisar la conducta de los ejecutivos³⁹⁴. No obstante, ha de tenerse presente el riesgo de que los dominicales representantes del control sean afines a los consejeros ejecutivos, dado que ambos defenderán los intereses del accionista controlador. En realidad, considero que serán los consejeros dominicales representantes de participaciones significativas carentes de tal control los que se encuentren en mejores condiciones de imparcialidad para supervisar, de forma real, a los ejecutivos³⁹⁵.

Ahora bien, en mi opinión, es preciso analizar no solo las ventajas que puede acarrear la presencia de consejeros dominicales en el consejo de administración, sino también las desventajas o, cuanto menos, los posibles riesgos que de la misma se derivan. En particular, en el concreto ámbito conflictual que nos ocupa, estos riesgos se traducen en la eventual extensión de los conflictos que afectan a los accionistas a los consejeros dominicales cuyo nombramiento han promovido ellos³⁹⁶. Se trata del mismo riesgo al que se ha hecho referencia en los casos estudiados anteriormente —

número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros. Que, sin embargo, cuando la sociedad no sea de elevada capitalización o cuando, aun siéndolo, cuente con un accionista, o varios actuando concertadamente, que controlen más del 30% del capital social, el número de consejeros independientes represente, al menos, un tercio del total de consejeros».

³⁹⁴ En este sentido, *Vid.* GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», cit., p. 11. El hecho de que la participación en el capital social de una compañía sea mayor aumenta, *prima facie*, el empeño, la dedicación y, en definitiva, el interés en el desempeño del cargo por parte del consejero-accionista, o del designado a instancia de este.

³⁹⁵ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecies, apdos. 1, 2, 2 y 6 LSC)», cit., pp. 946-947. No obstante, existen voces que critican que consejeros representantes de accionistas que no poseen el control sean considerados dominicales (a este respecto, *Vid.* MATEU DE ROS CEREZO, R. «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., p. 18, versión electrónica).

³⁹⁶ Sobre el nacimiento de conflictos de interés de carácter estructural que afectan a los consejeros dominicales, *Vid.* MATEU DE ROS CEREZO, R., «Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la ley 3/2009: Accionistas significativos, derechos, políticos y representación proporcional», *RDMV*, núm. 5, 2009, p. 18. Sobre el régimen relativo a los conflictos de interés que afectan a los dominicales prevista en la regulación interna de las sociedades cotizadas, *Vid. infra* Cap. VI, ap. 3.2.1.

consejeros designados en virtud del sistema de representación proporcional, así como por los socios titulares de la mayoría del capital social—.

Desde mi punto de vista, si la raíz u origen del riesgo de conflicto es el mismo —la existencia de un conflicto de intereses que afecta al accionista promotor—, el tratamiento debe ser, asimismo, igual para todos ellos. Tan representantes de los intereses de los accionistas promotores son los consejeros de la mayoría como los de la minoría³⁹⁷. Sin embargo, conforme vengo subrayando anteriormente, el hecho de que el conflicto afecte a consejeros ligados con los accionistas mayoritarios reduce —por no decir que elimina— la posibilidad de que los minoritarios puedan hacer frente a los mismos. Como decía, la junta general contará con la mayoría necesaria para resolver en contra del cese del administrador supuestamente conflictuado (art. 230.3 II LSC). Ante este poder de la mayoría, los minoritarios solamente podrán confiar en la defensa del interés social mediante la interposición de la acción de impugnación de dicho acuerdo presuntamente abusivo (art. 204.1 II LSC).

Por último, me parece de interés añadir que, aunque la condición de consejero dominical sea únicamente predicable de aquellos consejeros de las sociedades anónimas que se hallen en alguna de las situaciones previstas en el referido artículo 529 *duodecies* 3 LSC, la problemática que se ha puesto de relieve en este apartado del trabajo no es extraña en el campo de las sociedades no cotizadas. Me explico, a pesar de que la LSC reserve esta categoría de consejero para las cotizadas, es incuestionable que en las restantes sociedades de capital también existen administradores que son designados por su condición de socio o accionista, o son *representantes* de estos últimos. En consecuencia, desde un punto de vista constructivo, las consideraciones vertidas en este apartado serían extensibles a los conflictos que afectan a los administradores *dominicales* de las no cotizadas, tanto de carácter abierto como cerrado.

³⁹⁷ A favor de esta interpretación, ampliamente, *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^ª I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., pp. 20-21.

3.5 EL SOCIO DE CONTROL

Es cierto que los socios de control no ostentan la condición de administradores y que no les resulta de aplicación el estatuto de deberes previsto en la LSC³⁹⁸. No obstante ello considero que, en ocasiones, estos socios se hallan incurso en situaciones de conflicto incardinables en el artículo 229.1 f) LSC por los motivos que a renglón seguido se exponen.

3.5.1 Consideraciones generales acerca del socio de control

Antes de adentrarme en el análisis del particular supuesto de conflicto permanente que afecta a los socios de control, considero importante estudiar, aunque sea de forma somera, los aspectos básicos identificativos de los mismos.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que, a los efectos de poder afirmar que nos hallamos ante un verdadero socio *de control*, es necesario que este socio o un grupo de socios³⁹⁹, con sus votos, sea capaz de designar a los miembros que componen el órgano de administración de la sociedad⁴⁰⁰. Dicho lo anterior, en segundo lugar, debe aclararse que, a pesar de que se pueda realizar la afirmación anterior, no todos los socios que ostentan el control sobre una sociedad lo ejercen de forma efectiva. Esto es, debe distinguirse al socio *de control* del socio *controlador*⁴⁰¹. El

³⁹⁸ *Vid supra* Cap. II, ap. 3.3.2.2.

³⁹⁹ En especial, en el ámbito de las sociedades cotizadas, la suma de determinadas participaciones relevantes —no mayoritarias— puede ocasionar la creación de paquetes de control con poder de interferir en el órgano de administración. Es decir, si estos accionistas son capaces de designar a la mayoría de los miembros del consejo de administrador, entonces, ostentarán igualmente el control.

⁴⁰⁰ *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, I., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 44. Jurisprudencialmente se ha definido al socio de control como: «*aquel accionista que sin formar parte del órgano de gestión de la sociedad condiciona sistemáticamente, sin embargo, la actuación de sujetos que, formalmente, ostentan la cualidad de administradores*» (SJM de Palma de Mallorca, de 9 de octubre de 2007, F.D. Quinto, AC 2008\369).

⁴⁰¹ *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, I., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, cit., pp. 46-49. En palabras de este autor, es

hecho de que un socio tenga la facultad de designar a los administradores, de interferir en las funciones de los órganos sociales y de determinar su funcionamiento, no significa que ejerza dicha facultad en todo caso. Es perfectamente posible que un socio mayoritario que haya designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración se halle completamente desvinculado de la gestión social y se limite a aprobarla en sede de junta general (art. 160 a) LSC). Pero, en caso de que sí ejerza tal influencia decisiva, el socio de control será, además, socio *controlador*.

Con respecto del papel que representa el socio controlador en la sociedad, hemos de tener en cuenta que el ejercicio de la referida influencia decisiva sobre el órgano de gestión permite apreciar que este actúa, en realidad, como un administrador —aunque sea indirectamente—. Es decir, la presencia de un socio controlador en la sociedad implica que de forma directa en la junta general e indirecta en el órgano de administración —mediante su influencia decisiva sobre sus miembros—, será él quien *de facto* adopte los acuerdos⁴⁰². Este poder decisorio en ambas sedes sociales crea un alto riesgo de expropiación de los socios externos⁴⁰³, lo

necesario distinguir, asimismo, al socio *controlador* del socio *tirano*. Este adjetivo puede emplearse únicamente cuando el socio desarrolla una administración de hecho plena, en el sentido de que ejerce sus facultades de forma abusiva y en perjuicio de los restantes socios con intereses legítimos en la sociedad.

⁴⁰² Esta administración fáctica cabe apreciarla en el ámbito de los grupos de sociedades. La sociedad matriz del grupo, en su condición de socio de control de las sociedades filiales o dependientes, puede llegar a influir decisivamente en el órgano de administración de las dependientes. Conforme a la opinión de la doctrina autorizada, desde una perspectiva finalista, el deber de fidelidad ha de alcanzar también a los socios que materialmente desempeñan la actividad de administración (*Vid.* GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 141). Antes bien, el hecho de que la sociedad matriz ostente el control sobre las dependientes de su grupo no significa que, siempre y en todo caso, ejerza dicho control de forma abusiva —superando los límites de la dirección unitaria que da origen al grupo—. Sobre la necesidad de distinguir el poder o control y el ejercicio abusivo del mismo en el ámbito de los grupos a fin de poder afirmar la existencia de una administración fáctica efectiva, *Vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», cit., pp. 2-3.

⁴⁰³ *Vid.* GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Deconstructing independent directors», cit., p. 10. En este sentido se ha sostenido acertadamente que: «[...] en el terreno del deber de lealtad, la propiedad por parte de los administradores de una parte sustancial del capital de la empresa no ayuda en absoluto a prevenir el fraude; antes bien, lo facilita al ofrecer un nuevo parapeto frente a la posibilidad de revocación (quien no siente amenazada su posición de preeminencia por poseer un paquete importante de acciones, tiende a sentirse más seguro o arropado a la hora de extraer ventajas personales con cargo a la sociedad y, por tanto, con cargo al

cual nos obliga a buscar mecanismos que permitan exigir al socio de control una actuación leal en los términos impuestos a los administradores sociales por los artículos 227 y siguientes de la LSC.

3.5.2 La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC al socio de control

Antes de entrar de lleno en el estudio del deber de lealtad del socio de control, es preciso dejar claro que la LSC únicamente impone un deber de lealtad, de forma expresa, a los administradores sociales (arts. 227 y ss. LSC) —no a los socios—. Ahora bien, el hecho de que este deber no se recoja expresamente no significa que los socios estén exentos de respetar el deber de lealtad. Sin embargo, ante el referido silencio de la LSC, deviene necesario aclarar en qué consiste la lealtad que es debida por los socios a la sociedad.

Con base en la lealtad que se les exige a los administradores⁴⁰⁴, el deber de lealtad del socio se traduce en dar prioridad al interés social, es decir, en subordinar el interés particular del socio al del conjunto⁴⁰⁵. Como fundamento de tal deber,

patrimonio de los accionistas de la minoría). El hecho contrastado de que la tasa de expropiación de los accionistas minoritarios sea mayor en los mercados con propiedad concentrada que en los mercados con propiedad difusa corrobora esta hipótesis» (Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 7).

⁴⁰⁴ Según ha manifestado la doctrina autorizada, el origen legal y el carácter específico de las obligaciones de los administradores impiden poner en el mismo plano los deberes de los administradores y los de los socios (Vid. MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 202-203). En este sentido, se ha defendido también que la extensión de los deberes a los socios dependerá de la posición que ocupen estos respecto de la gestión, es decir, una posición equivalente al riesgo que asumen (Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Responsabilidad civil y gobierno corporativo de la sociedad no cotizada», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 239). El deber de fidelidad resulta asimismo aplicable a las sociedades dominantes de los grupos de sociedades, máxime atendiendo a la posibilidad de que ejerzan una influencia dominante y abusiva (Vid. DE ARRIBA FERNÁNDEZ., M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 163, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., pp. 142-144).

⁴⁰⁵ Vid., entre otros, HERNANDO CEBRÍA, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, cit., p. 66, PAZ ARES, C., «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», cit., pp. 642-643, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflicto de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 73.

resulta obligado recurrir a la causa común del propio contrato social (art. 1665 CCiv) y al principio general de la buena fe (arts. 7 y 1258 CCiv), extendiendo su aplicación al ámbito de las sociedades de capital. No obstante, como decía, el estatuto de deberes previsto en la actualidad en la LSC está dirigido a los administradores y no a los socios, tampoco por extensión⁴⁰⁶. En otras palabras, en los supuestos para los que la LSC ha previsto la aplicación del régimen de responsabilidad a sujetos distintos a los administradores de derecho (art. 236.3, 4 y 5 LSC) no se incluye a los socios, salvo que los mismos tengan la consideración de administradores *de hecho* (art. 236.3 LSC).

Lo dicho anteriormente con respecto de los socios en general es igualmente aplicable a los socios de control, en particular. A pesar de las distintas peticiones que han sido cursadas a favor de la extensión del régimen de responsabilidad de los administradores al socio de control⁴⁰⁷, esta figura sigue estando —al menos de forma expresa— al margen del régimen de responsabilidad de la LSC. Ello ha obligado a los operadores del Derecho a acudir a la referida creación jurídica del administrador *de hecho* a fin de poder considerar responsable al socio de control en aplicación del mentado artículo 236.3 LSC⁴⁰⁸. Más concretamente, dada la ausencia de toda notoriedad en el desempeño fáctico de las labores de administración por parte de los socios de control, su actuación es encuadrable en la modalidad indirecta de la

⁴⁰⁶ Ante la laguna existente en la LSC sobre el deber de lealtad de los socios, se aboga por recurrir a cláusulas generales, al principio general de la buena fe y, en especial, al deber de lealtad (*Vid.* GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952, pp. 198-199, RECALDE CASTELLS, A., «Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia*, 1993, pp. 304-305, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflicto de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 53).

⁴⁰⁷ Entre otros, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 37, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 17-19. Esta misma petición ha estado presente en diferentes textos de *soft law*, tales como el Informe Aldama (ap. III. 2. 2. 3) y el Informe del grupo especial de trabajo de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 —«Código Conthe»—, de 19 de mayo de 2006 (Recom. 6^a, letra b).

⁴⁰⁸ Entre otros, *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, cit., p. 299, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 59, SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 37.

administración fáctica, en otras palabras, en la administración *oculta* prevista actualmente en la LSC (art. 236.3 *in fine* LSC)⁴⁰⁹. Antes bien, a fin de poder aplicar la referida extensión subjetiva, resulta indispensable probar que el socio controlador actúa como un administrador *de hecho*⁴¹⁰.

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas anteriormente, resulta imprescindible indagar sobre el fundamento que nos permitiría realizar tal extensión subjetiva. Conforme ha sido expuesto, el régimen del deber de lealtad que afecta a los administradores sociales (arts. 227 y ss. LSC) se asienta sobre la relación fiduciaria que une a estos con la sociedad⁴¹¹. Obviamente, esta relación fiduciaria —también denominada de agencia— no existe en estos mismos términos entre la sociedad y el socio de control. A mayor abundamiento, la existencia de un socio de control modifica el esquema típico de la relación entre la sociedad y su órgano de administración. Dicho de otro modo, el hecho de que un socio ejerza el control sobre

⁴⁰⁹ Sobre el administrador oculto y la modalidad indirecta de la administración de hecho, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.3.2.2.

⁴¹⁰ El administrador de hecho ha sido definido como: «*aquel que, careciendo de un nombramiento ejerce de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva d gestión o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido*» (*Vid. LATORRE CHINER, N., El administrador de hecho en las sociedades de capital, cit., p. 182*). En términos similares, la jurisprudencia del TS considera administradores de hecho a los que sin haber sido formalmente designados, desempeñan un: «*ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general*» (STS de 4 de diciembre de 2012, F.D. Sexto, pár. 53, RJ 2013\2405). Sobre la necesidad de probar el ejercicio de las funciones propias de administración, *Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 17, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», cit. 456*. En esta misma línea se han pronunciado otros jueces españoles al exigir que: «*en todo caso, se requiere constatar la realidad de una absoluta y sistemática injerencia en la gestión y administración para evitar la indebida extensión de la figura, pues no debe confundirse la normal influencia que el socio mayoritario puede ejercer en el legítimo ejercicio de sus derechos corporativos con aquellas otras hipótesis de auténtico y absoluto domino sobre los administradores formales*» (SSJM de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007, F.D. Quinto, AC 2008\369, y de 5 de diciembre de 2007, F.D. Sexto, AC 2008\361). A diferencia de lo anterior, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 no es necesario cumplir estos requisitos para exigir responsabilidad a las personas físicas representantes de los administradores personas jurídicas (art. 236.5 LSC), ni a las personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección cuando no exista delegación de facultades (art. 236.4 LSC). En estos dos últimos casos, el legislador ha considerado que estos sujetos son responsables por el mero hecho de ocupar tal puesto en la sociedad.

⁴¹¹ *Vid. supra* Cap. I, ap. 1.2.1.

la compañía y, en consecuencia, supervise la actuación de los administradores, reduce los problemas de agencia que se derivan de dicha relación fiduciaria. No obstante, esta reducción se produce a costa del nacimiento de otra relación fiduciaria⁴¹², esta vez, entre el socio de control —en su calidad de socio interno o *insider*— y los socios externos —*outsiders*—⁴¹³. En este orden, el socio de control deberá actuar lealmente frente a estos socios externos, mejor dicho, deberá actuar con lealtad con respecto de la inversión realizada por todos los socios, también por los externos.

Con estas premisas, la lealtad del socio no se corresponde tanto con el referido deber genérico consistente en anteponer el interés social al suyo propio, como con la obligación de maximizar la ganancia común⁴¹⁴ y la prohibición de expropiar⁴¹⁵. Habida cuenta de que no existe un sujeto que controle al socio controlador y, atendiendo a la influencia que el mismo ejerce sobre los órganos sociales y, en

⁴¹² *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 34. En esta línea se pronuncia esta autora, asimismo, en su trabajo anterior, «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., p. 6.

⁴¹³ En este sentido, *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 59, SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., pp. 34-35, VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de interés de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil», *RDBB*, núm. 137, 2015, p. 2, versión electrónica.

⁴¹⁴ *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, cit., p. 34.

⁴¹⁵ *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 44. En opinión de esta autora, cabe cuestionar que el deber de lealtad de los socios se traduzca simplemente en la obligación de anteponer en todo caso el interés social al suyo propio dado que, al no ser parte de una relación fiduciaria con la sociedad, el estándar de conducta que le es exigible al socio varía con respecto del que le es exigible al administrador. En relación con lo anterior, se alega que el hecho de que los socios sean los propios dueños de la empresa les faculta para prever ampliamente en los pactos de socios la forma en la que gobernarán la sociedad y sus eventuales conflictos, por lo que no resulta necesario acudir al principio de la buena fe para completar las cuestiones no reguladas contractualmente —lo cual deberá realizarse de forma contextual en cada caso—. En este sentido, ampliamente (*Ibid.*, pp. 16-41). Existen voces en contra de exigir al socio el deber de lealtad de los administradores en tales términos, al no tratarse el socio de un agente o mandante de la sociedad (*Vid.* VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de interés de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil», cit., p. 8). Las consideraciones doctrinales anteriores son acertadas, puesto que no cabe perder de vista que el socio, en su condición de propietario, dentro de los límites que le impone el abuso del Derecho (art. 7.2 CCiv), está legitimado para defender sus propios intereses.

definitiva, en el devenir de la compañía, resulta imprescindible que se le exija ser fiel en los términos expuestos anteriormente⁴¹⁶. En su caso, se deberá asimismo extender el régimen de responsabilidad a este socio—con base en la administración fáctica indirecta (art. 236.3 *in fine* LSC)—a los efectos de que su conducta no quede impune.

Con base en lo señalado en las líneas anteriores, concluyo que la propia LSC no nos concede una vía expresa mediante la cual los socios de control puedan ser declarados responsables por deslealtad. En mi opinión, hubiera sido plausible que el legislador, conocedor del poder que los socios de control ejercen en el seno del órgano de administración de las sociedades, hubiera aprovechado la reforma sustantiva que ha traído consigo la Ley 31/2014 para recoger de forma expresa esta figura entre los sujetos a los que se refiere el renovado artículo 236 LSC.

3.5.3 El socio de control como sujeto titular de conflictos de interés de carácter permanente

En el apartado anterior se han expuesto los motivos que nos permiten afirmar que el socio de control, en su faceta controladora, podría ser considerado un administrador oculto de la sociedad (art. 236.3 *in fine* LSC). Partiendo de esta premisa, si el socio controlador podría quedar sometido al régimen de responsabilidad previsto para los administradores *de iure* en la LSC, ello significa que los socios de control quedarían afectos, entre otras, a la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés que introduce el artículo 228 e) LSC y que desarrolla el artículo 229.1 LSC⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Sobre la influencia que los socios de control ejercen en el comportamiento de las empresas y, en particular, en relación con la existencia de accionistas comunes en sociedades competidoras, *Vid.* ANTÓN, M., AZAR, J., y GINÉ, M., *El rentable juego de las participaciones cruzadas*, artículo publicado en el periódico EL PAÍS (Secc. NEGOCIOS), domingo 28 de mayo de 2017, p. 21.

⁴¹⁷ A pesar de que el artículo 236.3 LSC no establezca expresamente que los administradores *de hecho* están sometidos a los mismos deberes que los administradores de derecho —tal y como consta en los artículos 236.4 y 236.5 LSC con respecto de los altos directivos y de las personas físicas representantes de las personas jurídicas administradoras—, no cabe sostener otra interpretación. Si el administrador *de hecho* es igualmente responsable por extensión, ha de responder precisamente por el incumplimiento de unos deberes que, aun implícitamente, le impone la propia LSC (en este sentido, *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Equiparación con el

Por tanto, les vincularía el deber de evitar el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena que «*de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*» (art. 229.1 f) LSC). A la postre, quedarían obligados a evitar los conflictos permanentes de interés distintos a los derivados del incumplimiento de la obligación de no competencia a los que se refiere el citado artículo.

Desde un punto de vista teórico, el socio de control *controlador* que sea titular de un interés extrasocial y que ejerza *de facto* las funciones de gestión y representación se halla en permanente conflicto con el interés social de la sociedad tutelada. Tal situación de conflicto nace desde el momento en el que existe el riesgo de que dé prioridad a dicho interés distinto del mejor interés de la sociedad. Este riesgo de conflicto bastaría para poder apreciar la existencia de un conflicto de interés permanente, en este caso, potencial. Pero, ¿acaso controlará alguien la conducta del socio controlador?, ¿cabe exigir un *autocontrol*, de forma que deba ser él mismo el que informe sobre el conflicto en el que se encuentra incurso *ex* artículo 229.3 LSC? Y, en cualquier caso, ¿cuál sería la consecuencia de constatar la existencia de un conflicto permanente distinto al derivado de la infracción de la prohibición de competencia (art. 229.1 f) LSC) en lugar de un incumplimiento del deber general de lealtad (art. 227.1 LSC)?

No cabe duda de que, si bien parece improbable, el socio de control podría poner el conflicto en conocimiento del órgano de administración (art. 229.3 LSC) a fin de poder aspirar a la obtención de su dispensa⁴¹⁸. No obstante, lo normal y

administrador de la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC)», cit., p. 652). A favor de la aplicación de la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 228 e) LSC) a los sujetos responsables en virtud de la extensión del régimen de deberes y responsabilidad previsto en el artículo 236 LSC se pronuncia, asimismo, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 51.

⁴¹⁸ Un sector doctrinal se ha pronunciado a favor de la extensión de la obligación de información (art. 229.3 LSC) al socio de control en virtud del artículo 236.3 LSC, a pesar de las dificultades prácticas y de la escasa probabilidad de que dicho socio comunique el conflicto en el que se encuentre incurso (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 52). Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, en este mismo sentido, *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades*

habitual será que tal conflicto llegue al oído de los administradores una vez tenga lugar el mismo. Pero, aun cuando el conflicto fuese notorio, hemos de tener en cuenta que cualquier socio —en este caso, necesariamente, minoritario— no podría solicitar a la junta que impusiese la pena más grave que se prevé para los conflictos previstos en el artículo 229.1 f) LSC, es decir, el cese *ex* artículo 230.3 II LSC. Por motivos obvios, tal sanción no resultaría aplicable al socio de control por no ser miembro *de iure* del órgano de administración, salvo que, claro está, lo fuera al mismo tiempo. Pero, en este último caso, resultaría innecesario acudir a la extensión de la responsabilidad *ex* artículo 236.3 LSC, puesto que el administrador resultaría responsable de forma directa, en virtud de los artículos 227 y siguientes de la LSC. En resumen, el castigo de la deslealtad del socio de control tiene como límite el derecho a la propiedad, esto es, las propias reglas del contrato de sociedad⁴¹⁹.

Consiguientemente, no resultando aplicable el cese, la respuesta frente al incumplimiento de deber de lealtad por parte del socio de control —en su condición de administrador oculto— habría de encontrarse entre los remedios generales frente a la deslealtad que se recogen en los artículos 227.2, 232 y 236 LSC⁴²⁰.

3.6 LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES PARITARIAS

En este apartado se analizará el encaje de los *otros* conflictos permanentes (art. 229.1 f) LSC) en el seno de las sociedades controladas de forma paritaria por sus socios —las *sociedades paritarias*—.

La característica básica de las sociedades paritarias la encontramos en la manera en la que la propiedad ostenta el control sobre ellas. El hecho de que tal control se comparta por todos sus socios, en idéntica proporción, las convierte en una suerte de

mercantiles, cit., pp. 376-377 y nota núm. 704.

⁴¹⁹ *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., pp. 43-44.

⁴²⁰ Sobre estos remedios generales, *Vid. infra* Cap. V, ap. 4.

entes sociales de índole acusadamente personalista que, conforme se indicará a renglón seguido, son susceptibles de quedar afectadas por particulares conflictos de interés.

Con vocación aclaratoria, adelantaré que dentro del término sociedad paritaria tienen cabida todas aquellas sociedades de carácter especialmente cerrado y personalista cuyo capital social está dividido —en la mayoría de los casos— por mitades iguales entre dos socios. Constituyen un claro ejemplo de las sociedades paritarias las denominadas *joint venture*⁴²¹ —entre nosotros, las *sociedades conjuntas*⁴²²—. Tienen

⁴²¹ En este trabajo se emplea la forma reducida *joint venture* para hacer alusión a la *joint venture corporation*, como sociedad con personalidad jurídica propia. Es decir, cuando se haga alusión al término *joint venture* no se entenderán incluidos los meros acuerdos de índole colaborativa que no dan lugar al nacimiento de sociedades, comúnmente denominados como *unincorporated joint venture* —entre nosotros, *empresas conjuntas*—.

⁴²² La doctrina autorizada que se ha ocupado del estudio de la *joint venture* ha recalcado la dificultad de traducir este término de origen anglosajón al español (por todos, *Vid.* MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., pp. 35-41). La traducción que ha alcanzado un mayor respaldo con respecto de la *joint venture corporation* —dejando al margen la meramente contractual, *unincorporated joint venture*— es la de *sociedad conjunta*. En busca de una definición de este término, la sociedad conjunta ha sido definida por la doctrina extranjera como: «una integración de actividades entre dos o más empresas separadas en la que se cumplen las siguientes condiciones: 1) La empresa común está bajo el control conjunto de las compañías matrices, que no tiene a su vez un control común, es decir, que son independientes entre sí; 2) Cada matriz hace una contribución sustancial a la empresa común; 3) La empresa común existe como un negocio separado de sus matrices; 4) La empresa común crea una organización empresarial nueva, significativa en términos de nueva capacidad productiva en términos de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, un nuevo producto o la entrada en nuevo mercado» (adaptación de la definición de BRODLEY, «Joint Ventures and Anti-trust Policy», 1982, 95, *Harv. L. R.*, 1523, en GÓMEZ MENDOZA, M.^a, «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el Derecho de la competencia en la CE», *RDM*, 1993, núm. 209, pp. 843-844) y, también, como: «aquella en que dos o más inversionistas participan en forma conjunta tanto en el capital como en el manejo de la empresa receptora de la inversión, participando en la dirección y control de la sociedad, siendo cada inversionista lo suficientemente importante dentro de la composición de la empresa como para que las decisiones financieras de ésta se hagan midiendo el capital de cada uno» (adaptación de la definición de RODNER, *Elementos de Finanzas internacionales*, Caracas, 1997, en GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 323). La doctrina española, consciente de la dificultad de dar una definición omnicompreensiva y útil de este concepto, ha definido la *sociedad conjunta* como: «un acuerdo entre dos o más partes para conseguir un objetivo económico común en el que todos los intervinientes mantienen un control sobre las operaciones a realizar» (*Vid.* ÁLVAREZ VEGA, J. M.^a, «La sociedad conjunta», en *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, (Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J. M.^a, CARRASCO PERERA, Á.), Gómez Acebo & Pombo Abogados, 2004, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 529). Siguiendo esta naturaleza contractual, se ha definido también jurisprudencialmente la *joint venture* como: «un contrato de unión y no de integración (que, para una tesis, debe calificarse como sociedad civil interna), normalmente plurilateral (pero que también puede ser de cambio), con un objeto complejo que comprende, con carácter contingente, la constitución de la sociedad (normalmente, un precontrato de sociedad), un acuerdo de inversión o

asimismo cabida en esta tipología social todas aquellas sociedades familiares constituidas, entre otros, por los propios miembros del matrimonio o por dos hermanos, así como las pequeñas y medianas empresas controladas por dos socios, al cincuenta por ciento.

3.6.1. El control paritario como origen de los conflictos de interés de carácter permanente

Las sociedades paritarias nos muestran ciertas características especiales como consecuencia de su referida acusada naturaleza cerrada⁴²³. Qué duda cabe de que la especial relación existente entre los socios que comparten el control sobre la misma provoca que, junto con el imprescindible ánimo de maximizar la inversión realizada, cobren especial relevancia, entre otros, los lazos que vinculan a los socios —sean de negocio, patrimoniales, familiares o meramente afectivos—. Como consecuencia de tal estrecho vínculo, el deber de fidelidad de los socios —quienes a menudo

unos pactos parasociales» (SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013, F.D. V, E, a, AC 2013\2043).

⁴²³ En el ámbito concreto de las *joint venture*, son cuatro las características especiales que se derivan de su particular carácter cerrado-personalista, a saber: (i) el interés común de las partes en el negocio, (ii) el reparto de las pérdidas y los beneficios, (iii) el control conjunto o, al menos, un derecho a él, y (iv) el deber de fidelidad de los socios. Estas cuatro características que han de concurrir necesariamente en una *joint venture* para poder calificarla como tal se indican por MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., p. 177. Tal y como señala este autor, en realidad, son el control conjunto —mejor dicho, paritario— y el deber de fidelidad de los socios las características especiales de la *joint venture*, puesto que el interés común de las partes y el reparto de las pérdidas y ganancias son consustanciales al propio concepto de sociedad. Junto con las características esenciales indicadas, estimo necesario subrayar la intensa confianza recíproca que existe entre los *venturers*, dicho de otro modo, la especial *affectio societatis* presente en este tipo de sociedades, de suerte que la salida de uno de los socios puede implicar, en muchos casos, su disolución. En este sentido, cabe destacar que, a pesar de que revistan la forma de sociedades de capital, los elementos de naturaleza personalista cobran especial relevancia en la *joint venture*, lo cual explica que haya sido referida como: «*un híbrido de sociedad de capital personalizada*» (Vid. la SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013, F.D. V, E, a, AC 2013\2043). Añadiré que esta clase de entidades con personalidad jurídica propia que son constituidas con ánimo de desarrollar una actividad en común aunando la capacidad técnica, económica, productiva, etc., de dos o más socios, son un importante medio que posibilita la colaboración o cooperación empresarial, tanto a nivel nacional como internacional.

desempeñarán el cargo de administradores— se presenta de forma más intensa y destacada que en las sociedades con estructura de control no paritario⁴²⁴.

Entre dichas notas características especiales de las sociedades paritarias predomina, en atención al objeto del presente trabajo, el aludido control paritario — que no conjunto⁴²⁵— que ostentan los socios sobre los órganos sociales, en términos de igualdad plena. En esta clase de sociedades es habitual que el capital social esté dividido por mitad entre dos socios —aunque nada impide la existencia de un número mayor de socios—, quienes poseen el control sobre la misma. En otras palabras, de esta específica composición equilibrada del capital social surge una suerte de control en términos de igualdad o mancomunidad. Esta concreta tipología de dominio implica dejar de lado el principio mayoritario que rige la toma de decisiones en las sociedades de capital (arts. 200-201 LSC), deviniendo necesario el consenso o la unanimidad de los socios —más típica de las sociedades de índole puramente personalista⁴²⁶—. Sin embargo, desde un punto de vista negativo, este control paritario concede a los socios a su vez un derecho de veto que les permite bloquear la adopción de acuerdos en contra de su voluntad⁴²⁷. En suma, este tipo particular de

⁴²⁴ Esta idea se señala de forma tajante en la anteriormente citada SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013, en la que se declara que: «Precisamente, la paridad es un compromiso creíble de que uno de los partícipes no va a perjudicar al otro imponiendo su voluntad» (F.D. V, E, AC 2013\2043).

⁴²⁵ Para un mejor entendimiento, me parece necesario distinguir el control paritario del control conjunto. Mientras el control conjunto sobre una sociedad puede ser ejercido por parte de un conjunto de socios sobre otros socios distintos externos a dicho control —socios minoritarios o externos—, el control paritario excluye la posibilidad de que existan otros socios que no ostenten el mismo (a este respecto, *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, cit., p. 55, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., p. 59).

⁴²⁶ *Vid.* PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», cit., p. 640.

⁴²⁷ Sobre las vertientes positiva y negativa del control paritario en las sociedades conjuntas, *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, cit., p. 55, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., p. 195, ÁLVAREZ ARJONA, J. M.^a, CARRASCO PERERA, Á., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, cit., p. 531, GALEOTE MUÑOZ, M.^a P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 118, GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, cit., p. 350. En atención al riesgo de bloqueo que surge en los órganos sociales como consecuencia del poder de veto —o control negativo— que concede el control paritario, es habitual la previsión de sistemas de *desbloqueo*, tales como las opciones de

control conlleva que la influencia decisiva sobre la formación de la voluntad social sea un objetivo primordial desde el propio nacimiento de la sociedad paritaria, lo cual provoca que cada socio deba ejercer su influencia sobre los restantes⁴²⁸.

El referido control paritario de referencia conlleva asimismo que la representación de los socios *controladores* en el órgano de administración sea también paritaria⁴²⁹. Al mismo tiempo, será esta composición del órgano de administración la que permitirá precisamente que se ejerza dicha gestión de forma conjunta. Así, es habitual que la composición del órgano de gobierno sea fiel reflejo de la composición del capital social de la sociedad paritaria⁴³⁰.

En consecuencia, se advierte fácilmente que en el seno de esta paritaria realidad social —y, por tanto, también en el ámbito de sus órganos sociales—, coexiste junto con el interés social objeto de tutela el interés social de cada uno de los socios que integran esta sociedad —en ocasiones, sociedad de sociedades⁴³¹— y que, como

compra o de venta que permitan articular la salida de uno de los socios.

⁴²⁸ En este sentido se pronuncia GALEOTE MUÑOZ, M.^a P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, cit., pp. 118-119.

⁴²⁹ En realidad, las sociedades paritarias son sociedades cerradas en la que la colaboración de los socios en la consecución del fin social no se articula solamente a través de la aportación que realiza cada uno de ellos, sino también mediante el desempeño de las funciones de administración, esto es, mediante su participación activa en la dirección (*Vid.* VIERA GONZÁLEZ, A. J., «Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL», *RdS*, Monografías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 51-54).

⁴³⁰ Es habitual que en el propio pacto parasocial de la sociedad paritaria —en su caso, en el acuerdo de *joint venture*— se establezca el derecho de los socios a designar a un número determinado de miembros del consejo de administración en términos similares a los siguientes: «Las partes acuerdan que cada socio designará a tres miembros del consejo de administración de la sociedad» o, «El Socio A, en su condición de titular de las participaciones sociales de la clase A, tendrá derecho a designar a tres miembros del consejo de administración. Por su parte, el Socio B, en su condición de titular de las participaciones sociales de la clase B, tendrá derecho a designar a tres miembros del consejo de administración». Con carácter adicional, además del reparto de consejeros, dicho acuerdo suele regular la forma en la que se repartirán entre las partes los cargos de presidente y secretario —e, incluso, de vicepresidente y vicesecretario—, previéndose en ocasiones que el desempeño de tales cargos se realizará con carácter rotatorio. Alternativamente, en sociedades de tamaño reducido, el pacto parasocial podría asimismo prever el derecho de cada socio a designar a un administrador mancomunado. Asimismo, a fin de que dicho compromiso sea efectivo, las partes suelen obligarse en virtud de dicho pacto a no impedir, con sus votos, que el nombramiento de los administradores de la otra parte pueda tener lugar.

⁴³¹ *Vid.* MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., p. 179. Sobre la

decía, la controlan en términos de paridad. Será precisamente este cúmulo de intereses el que ponga en tela de juicio la predisposición de sus administradores para defender y promover ciegamente el interés de la sociedad paritaria postergando cualquier otro⁴³², en definitiva, evitando el nacimiento de conflictos de interés.

3.6.2 Las dificultades relativas al cumplimiento del deber de lealtad por los administradores de una sociedad paritaria: la especial relación fiduciaria

En líneas anteriores he apuntado que el control paritario constituye una característica relevante en el marco de los conflictos de interés que surgen en el seno de las sociedades que nos ocupan. He subrayado que los propios socios que tienen tal control son los que diseñan la composición del órgano de administración, lo cual es muestra de la estrecha relación —incluso la *confusión*— existente entre los socios y los administradores cuya designación han promovido los primeros. Teniendo en consideración lo anterior, no causa asombro que el deber de evitar el conflicto de interés permanente (art. 229.1 f) LSC) por parte de los administradores de una sociedad paritaria —y, en general, el cumplimiento de su deber de lealtad— presente ciertas peculiaridades —por no decir dificultades—.

En cumplimiento de la propia LSC, el administrador, con base en la relación fiduciaria que le une con la sociedad, deberá velar en todo momento por su mejor interés social (art. 227.1 LSC). No obstante, de forma paralela, tal y como adelantaba,

irrelevancia de la utilización de la expresión *sociedad de sociedades*, Vid. ÁLVAREZ ARJONA, J. M.^a, CARRASCO PERERA, Á., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, cit., p. 538.

⁴³² En relación con el deber de lealtad de los administradores de una *joint venture* designados a instancia de uno de los socios, la jurisprudencia ha declarado expresamente que: «*Los demandados admitieron, ya al contestar a la demanda, que su función en el consejo de administración de Mazda Motor España, S.A era, exclusivamente, la de representar y defender los intereses de Mazda Motor Corporation, puesto que así se había convenido por ambas sociedades en el llamado acuerdo de participación. Describen, con ello, la realidad de uno de los supuestos clásicos del conflicto de intereses, en el sentido de imposibilidad de gestionar adecuadamente los encontrados de Mazda Motor España, S.A y Mazda Motor Corporation, como consecuencia de haber asumido al aceptar las respectivas designaciones la defensa de ambos y hallarse las relaciones contractuales entre ellas en trance de extinción y liquidación*» (STS de 17 de noviembre de 2011, caso Mazda Motor España, S.A., F.D. Tercero, RJ 2012\1498).

los miembros del órgano de administración de la sociedad paritaria mantienen asimismo una vinculación estrecha con el socio que promovió su designación. Así las cosas, el administrador podría ser el propio socio persona jurídica que actuaría mediante un representante persona física, un alto directivo o, incluso, un miembro del órgano de administración de este socio —*interlocking director*—. En caso de que fuera una persona física representante del socio o un alto directivo de este, si bien no estaría obligado de forma directa a cumplir un deber legal de lealtad frente a este socio⁴³³, indudablemente, su libertad de criterio e imparcialidad en la sociedad paritaria podrían quedar en entredicho (art. 228 d) LSC). Y, en el caso del administrador de la sociedad que lo sea a su vez de alguno de los socios, la lealtad debida sería doble, puesto que dos serían las relaciones fiduciarias que le vincularían —una con la propia sociedad paritaria y otra con uno de los socios de la misma, concretamente, con aquel que promovió su nombramiento—⁴³⁴.

Huelga decir que ambas lealtades serán, en muchos casos, incompatibles. Esta incompatibilidad nace de la habitual contraposición entre el interés social de la sociedad paritaria y el correspondiente a cada socio. Si bien es cierto que el desarrollo del objeto social de la sociedad paritaria de forma exitosa revertirá positivamente en el patrimonio social de los partícipes, también lo es que la búsqueda de otros éxitos por parte de estos podría afectar negativamente al propio fin común de aquella. A modo de ejemplo, pensemos en los habituales supuestos de contratación vinculada entre una *joint venture* y sus *venturers*. Cuando las condiciones de dicha contratación —por ejemplo, el precio de los productos distribuidos a la *joint venture* por uno de sus

⁴³³ Quedaría igualmente sujeto al cumplimiento del deber de lealtad el alto directivo, en caso de que se encontrase en el ámbito de aplicación de la extensión subjetiva prevista en el artículo 236.4 LSC.

⁴³⁴ En este sentido, en el ámbito concreto de las *joint venture*, extensible en mi opinión a cualquier otra sociedad paritaria, *Vid.* SHISHIDO, Z., «Conflicts of interest and fiduciary duties in the operation of a joint venture», 39 *Hast. L. Journ.*, 63, 1987, p. 71. Sobre estos casos de doble lealtad, *Vid.*, asimismo, ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Los deberes del trustee y los deberes de los administradores sociales», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL de 15 de febrero de 2017, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2017/02/los-deberes-del-trustee-y-los-deberes.html>

socios— son ventajosas para la sociedad conjunta, no lo serán tanto para la sociedad distribuidora y viceversa. Ante este tipo de dilemas, el administrador que lo fuere al mismo tiempo de ambas partes contratantes se hallará en una situación de permanente conflicto de interés. Igualmente, podrían surgir conflictos de tal carácter con ocasión del cumplimiento del deber de informar sobre tales conflictos (art. 229.3 LSC) y del deber de confidencialidad que afecta a los administradores (art. 228 b) LSC)⁴³⁵ quienes, como decía, podrían desempeñar tal cargo, simultáneamente, en el órgano de administración de uno de los socios de la sociedad paritaria. La revelación de cierta información estratégica, sobre un producto o un *know-how* determinado de un socio por parte del administrador designado a su instancia podría ser ventajosa para la sociedad paritaria pero, al mismo tiempo, perjudicial para los intereses propios del socio promotor. Cabe por tanto afirmar que los conflictos de interés de los administradores de las sociedades paritarias son tan especiales como intensos.

3.6.3 La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC a los administradores de una sociedad paritaria

Anteriormente he puesto de manifiesto que las denominadas sociedades paritarias presentan ciertas notas singulares que agravan notablemente el riesgo de la creación de situaciones de conflicto estable de interés que afectan a sus administradores.

⁴³⁵ Considero conveniente traer a colación las consideraciones de la Corte de la Cancillería de Delaware con respecto de las dificultades que presenta el cumplimiento del deber de confidencialidad por parte de los administradores en las *joint ventures* como consecuencia de la existencia de una *doble lealtad*. En particular, se entiende que el administrador de la *joint venture* (WSI) puede revelar información sensible al socio que promovió su nombramiento (WAG): «*Nor is it reasonable to condition Kortum's inspection upon an undertaking not to disclose to WAG any information gleaned from the document inspection. Kortum is a fiduciary of WSI, but he is a fiduciary of WAG as well. Absent a conflict between those two roles, Kortum's fiduciary duty would require him to disclose that information to WAG, which is one of WSI's 50% owners...Magna has not established a conflict between Kortum's two fiduciary roles*» (*Vid.* MOSCOW, C., «Director Confidentiality», *Law and Contemporary Problems*, núm. 74, 2011, pp. 197-210, disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol74/iss1/17/>).

En particular, el concurso de intereses susceptibles de protección en estas sociedades —de un lado, el interés social de la sociedad tutelada y, de otro lado, el interés de cada socio— provoca que los conflictos que surgen en el seno de las mismas presente matices especiales. El problema estriba en que estos particulares conflictos de interés se encuentran igualmente prohibidos con arreglo al régimen general de los deberes de los administradores previsto en la LSC. No podemos olvidar que la LSC no recoge excepciones a la imperatividad de su régimen (art. 230.1 LSC)⁴³⁶, aunque, como veremos más adelante, esta imperatividad sea flexible⁴³⁷.

Por lo tanto, no puedo sino concluir que las soluciones a los intensos conflictos de interés a los que se ha hecho referencia anteriormente las debemos encontrar en esta norma de rango legal, con ayuda de la interpretación que de la misma ha hecho la doctrina científica y jurisprudencial. Esta es la única vía que nos concede el ordenamiento societario vigente. Siendo ello así, los administradores sociales de las sociedades paritarias estarán obligados a dar cumplimiento al régimen general relativo al deber de lealtad que es objeto de estudio en el presente trabajo, evitando incurrir en situaciones de conflicto de interés y comunicando, en su caso, los conflictos que les afecten (arts. 227 y ss. LSC).

⁴³⁶ En este sentido, *Vid.* la SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (F.D. III, A, b, AC 2013\2043), en la que se declara que: «*El conflicto existe, sin acepción a la persona a la que le afecte, y la Ley prescribe que, en tal caso, el administrador interesado debe comunicar el conflicto y abstenerse de intervenir en la decisión. [...] en la realidad del tráfico, los vehículos estructurados como sociedad tienden a adquirir vida propia, esto es, a tener un interés social autónomo al propósito de su fundación y este debe ser la vara de medir los deberes de lealtad del administrador*». Sobre la aplicabilidad de la LSC en el marco de las sociedades paritarias, aun cuando exista un acuerdo entre socios, se trae a colación la STS de 17 de noviembre de 2011, (*caso Mazda Motor España, S.A.*, F.D. Tercero, RJ 2012\1498), en la que se declara que: «*Sin embargo, el repetido acuerdo entre las dos sociedades no justificó que los demandados no se abstuvieran cuando, según lo expuesto, debían haberlo hecho, ya que sobre la libertad de pacto prevalecen las exigencias de transparencia e información que reclama la protección del mercado y de los terceros ante la realidad de un centro de imputación de consecuencias jurídicas en el caso, la sociedad recurrente que opera sin comprometer, más que limitadamente, el patrimonio de los socios*».

⁴³⁷ Sobre el carácter imperativo del régimen aplicable a los conflictos permanentes de interés, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 1.

3.6.4 El pacto parasocial como alternativa a la rigidez del estatuto de deberes de la LSC

3.6.4.1 La flexibilidad del pacto parasocial

Atendiendo a las referidas restricciones que establece el preceptivo sistema legal de deberes aplicable a todas las sociedades de capital y que, por tanto, afecta también a los administradores de las sociedades paritarias, únicamente cabe tratar de buscar soluciones a los especiales conflictos de interés que se presentan en estas sociedades en el ámbito de la autonomía privada de los contratantes.

En el proceso constitutivo de una sociedad paritaria, es habitual que sus socios suscriban un contrato privado —llámese pacto parasocial⁴³⁸, pacto de socios o, en el

⁴³⁸ La expresión *pacto parasocial* fue acuñada por OPPO (*Contratti parasociali*, casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1942). Estos pactos han sido denominados doctrinalmente también como acuerdos extraestatutarios, pactos de socios, contratos accesorios —*Nebenverträge*—, o acuerdos obligacionales —*schuldrechtliche Nebenabreden*—. Las referencias a estos pactos en la LSC son escasas. Únicamente se hace referencia a los mismos en el artículo 29 LSC en los términos siguientes: «Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad» y, en sede de sociedades anónimas cotizadas, en el artículo 530.1 LSC: «A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas». Atendiendo a nuestra doctrina científica, se entiende por *parasocial* el contrato en el que intervienen todos o algunos de los socios de una sociedad, formalizado, bien en el momento de su constitución, bien a lo largo de la vida de la misma, por medio del cual aquellos completan o modifican el régimen legal o estatutario previsto para la sociedad, comprometiéndose a actuar de un modo predeterminado (*Vid.* PÉREZ MORIONES, A., *Los Sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 257). Dos son los elementos que merecen ser especialmente destacados de este concepto. De un lado, su carácter obligacional o, lo que es lo mismo, su autonomía con respecto al negocio fundacional de la sociedad, a la vez que su conexión funcional con el mismo, en tanto que estos pactos que completan o modifican los regímenes legales y estatutarios en modo alguno son cláusulas que se insertan en el contrato social —de ahí su denominación de *parasocial*, dada su separación del régimen social, legal y estatutario en cuanto a su origen y su eficacia—. De otro, es digna de mención su dimensión teleológica, puesto que mediante estos contratos se busca regular un interés común o una determinada conducta social (*Vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, voz «Pactos parasociales», en: *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Vol. III, 1995, p. 4.712, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 50-51, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª, «Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009,1633)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 2009, núm. 81, p. 1.373). La jurisprudencia del TS se pronunció sobre

marco de las sociedades conjuntas, acuerdo de *joint venture*— en el que se regulan las relaciones entre ellos en su condición de socios de la misma, los derechos y obligaciones que asumen así como, entre otros, el funcionamiento de sus órganos sociales. Una vez constituida la sociedad paritaria, el contenido de dicho acuerdo privado puede ser trasladado a los estatutos sociales de esta sociedad. No obstante, este eventual traslado no suele ser íntegro, es decir, ciertas condiciones pactadas en dicho contrato privado previo, bien por no ser inscribibles en el RM o bien, a pesar de poder serlo, por otros motivos⁴³⁹, se mantienen recogidos de forma extraestatutaria. En este sentido, cabría sostener que desde el mismo momento en el que las partes fundadoras suscriben voluntariamente un pacto parasocial su contenido les es vinculante (arts. 1091 y 1255 CCiv), por lo que no podrán dichas partes posteriormente tratar de desligarse de forma unilateral de lo pactado en el mismo (art. 1256 CCiv) —*pacta sunt servanda*—.

En cierto modo, la suscripción de estos acuerdos privados nos permitiría argumentar la debilidad de la aplicación de la LSC a las sociedades paritarias. Ha de tenerse presente que, a fin de asegurar su aplicabilidad, en estos pactos suele preverse que, en caso de incompatibilidad entre el texto estatutario y el recogido en el mismo, prevalecerá en todo caso lo plasmado en el referido acuerdo *inter partes*. Así, en caso de que en virtud de este acuerdo parasocietario las partes contratantes —los socios— se repartan los asientos del consejo de administración y sienten en ellos a personas

este tipo de pactos ya desde comienzos del siglo XX, al sostener que: «de los artículos 1.255, 1.230 y 1.278 del Código Civil, ni de la doctrina de que si bien los contratos mercantiles se rigen por el Derecho común en cuanto a las causas que los rescinden o invalidan, esta regla general está limitada por las modificaciones y restricciones que establece el Derecho mercantil, se deriva la conclusión de que los socios no pueden pactar entre sí en cualquiera forma lo que a sus intereses convenga, en cuanto no perjudique o se relacione con derechos de tercero, siempre que los pactos reúnan las condiciones esenciales de validez» (STS de 24 de febrero de 1902). Sobre la posibilidad de acreditar la existencia de pactos parasociales verbales, *Vid.* la SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016 (F.D. Tercero, JUR 2016\130508).

⁴³⁹ Entre los motivos que pueden fundamentar la decisión de no incluir ciertas condiciones del pacto parasocial en los estatutos sociales encontramos, entre otros, mantener su carácter confidencial, eludir la rigidez de la normativa relativa a la modificación estatutaria o, simplemente, evitar los trámites y costes de su inscripción en el RM (a este respecto, *Vid.* NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, cit., pp. 93-96).

de su confianza —incluso se sienten ellos mismos—, con total conocimiento del perfil *biográfico* y de negocio de los administradores nombrados por la contraparte, sería incuestionable que dicho nombramiento es conocido, consentido y aceptado por todos los socios firmantes. Como consecuencia de dicho *visto bueno* de las partes, tales consejeros, a pesar de su clara vinculación con el socio que propició su nombramiento, no se encontrarían en una situación de conflicto permanente de interés, no al menos solamente por tal motivo⁴⁴⁰. Incluso en caso de que las sociedades que participasen en la sociedad paritaria fueran competidoras, podría entenderse que el acuerdo suscrito en común eliminaría la rivalidad existente entre ellas⁴⁴¹ y, por tanto, la propia existencia de un conflicto *efectivo*.

Siguiendo esta línea argumentativa, los conflictos de interés serían consustanciales a esta clase de sociedades y, en este sentido, no cabría exigir que los administradores cuyo nombramiento han propiciado los socios actúen con lealtad hacia el interés social de la sociedad paritaria. Debe tenerse en cuenta que el propio pacto parasocial, en atención a las singularidades del contrato social y, en particular, a los presumibles conflictos de interés que surgirán con ocasión del mismo en los órganos sociales del nuevo vehículo jurídico, podría establecer reglas especiales para prevenir su aparición así como para poner fin a los mismos⁴⁴².

⁴⁴⁰ A favor de esta interpretación, en relación con la compartición de información confidencial entre los consejeros dominicales y los socios que propiciaron su designación, también en el seno de las *joint venture*, *Vid.* ARANBURU URIBARRI, E. «Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales», *RDACM*, núm. 9, 2016, p. 38.

⁴⁴¹ En este sentido se pronuncia MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 71. En mi opinión, la firma del pacto parasocial por todos los socios equivaldría a un acuerdo de dispensa de un eventual conflicto posicional que pudiera existir en el momento fundacional de la sociedad paritaria sujeto, eso sí, a las limitaciones propias de estas autorizaciones singulares dirigidas a levantar la prohibición de incurrir en conflictos permanentes de interés (*Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.3).

⁴⁴² Por ejemplo, en estos contratos privados se podría regular el régimen de dispensa para actuar ante un determinado conflicto de interés existente desde el mismo nacimiento de la sociedad paritaria, así como causas concretas de cese del administrador. Asimismo, en el ámbito de las *joint venture*, podría ser conveniente establecer el mercado relevante de cada una de las sociedades participantes en la sociedad conjunta a los efectos de evitar conflictos de competencia futuros, así como para facilitar la asignación de las oportunidades de negocio que puedan surgir a la propia *joint venture* o a alguno de los *venturers*. (Sobre la importancia de los acuerdos previos para evitar y solucionar conflictos de interés en las *joint venture*, *Vid.* SHISHIDO, Z., «Conflicts of interest and

Ahora bien, si bien esta argumentación podría resultar convincente con respecto de los conflictos de interés actuales sobre los que las partes han podido voluntariamente negociar, considero que la misma no se sostiene con respecto de los potenciales que la LSC también quiere prevenir (arts. 228 e) y 229.1 f) LSC). En mi opinión, el pacto parasocial no elimina la eventual situación de conflicto que podría surgir entre el interés de la propia sociedad y el de las sociedades o personas físicas que participan en ella y que, no olvidemos, tienen *representación directa* en el órgano de administración. Las partes contratantes pueden tratar de prever en el pacto privado los conflictos que presumiblemente les afectarán y, de alguna forma, conceder una suerte de *dispensa* a los mismos, pero no pueden adivinar lo que la realidad deparará a la propia sociedad paritaria y a ellas mismas. Por este motivo, soy de la opinión de que la suscripción de tal acuerdo parasocial no puede entenderse como una eliminación de toda situación de conflicto y, menos aún, de las potenciales.

Como apoyo a esta postura, me parece de interés traer a colación lo previsto en el artículo 230.3 II LSC con respecto de la posibilidad de revisar la dispensa concedida a un administrador. Si el legislador ha entendido que la situación de las sociedades es cambiante y, por tanto, debe atenderse a la evolución del riesgo que se deriva de la situación conflictiva a la hora de valorar las autorizaciones singulares de los conflictos⁴⁴³, considero que un acuerdo parasocial suscrito en un determinado momento no puede entenderse como una autorización previa de cualesquiera conflictos de interés que potencialmente puedan afectar a sus administradores. No olvidemos que, en una situación de conflicto no prevista en tal pacto privado, se pondría de manifiesto su carácter incompleto, lo cual obligaría a las partes a completarlo. Imaginemos que los administradores de una *joint venture* deben decidir

fiduciary duties in the operation of a joint venture», cit., pp. 91-93, entre nosotros, también, SÁEZ LACAVE, M.ª I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *InDret*, Barcelona, núm 3, 2009, p. 5.)

⁴⁴³ Los cambios sobrevenidos en las circunstancias que motivaron el nombramiento de consejeros deben asimismo tenerse en consideración en el ámbito de las sociedades cotizadas, según lo recogido en el Principio 12 CUBG, en el marco de la separación y dimisión de consejeros (ap. III.3.2.3).

sobre la expansión territorial de la misma que podría resultar de interés asimismo, pero de forma individual, para una de las sociedades partícipes que ya cuenta con un negocio propio en el territorio objetivo. Tal supuesto de expansión no fue previsto en el contrato de *joint venture* y no se regula nada en el mismo acerca de la eventual obligación de abstención del administrador representante de la sociedad en conflicto (art. 228 c) LSC). Y aquí nos hallamos ante el mayor de los problemas: dos socios estrechamente vinculados con los administradores —los cuales podrían ser considerados como administradores ocultos— que tratarán de poner fin a tal conflicto de una forma sospechosamente parcial. En casos como el presente, de nada sirve alegar que las partes están vinculadas a un pacto parasocial. Tratándose de una situación de conflicto inesperada sobre la que las partes no alcanzaron ningún acuerdo que eliminase *ex ante* su efectividad, se deberá estar a lo previsto, con carácter imperativo, en la LSC.

3.6.4.2 El problema de la efectividad del pacto parasocial

En líneas anteriores he sostenido que, aunque con limitaciones, un pacto parasocial podría constituir un instrumento útil para prevenir la aparición de conflictos de interés y regular la forma de solventarlos en las sociedades paritarias.

No obstante, también en este concreto ámbito, nos encontramos con el eterno problema de la efectividad de este tipo de acuerdos parasociales⁴⁴⁴. Tal y como nos indica la propia LSC, estos acuerdos tienen meros efectos *inter partes* (art. 29 LSC). Es decir, son vinculantes solamente para los firmantes de esta relación obligatoria: los socios de la sociedad paritaria (art. 1.257 CCiv). Entonces, *prima facie*, los administradores —en su condición de tales— no vendrían obligados a dar cumplimiento a lo previsto en este acuerdo del que no forman parte y, en

⁴⁴⁴ Por todos, ampliamente, PAZ-ARES, C., «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003.

consecuencia, quedarían única y exclusivamente sujetos a las disposiciones de la LSC⁴⁴⁵.

En este orden, ¿qué ocurriría —desde el punto de vista exclusivamente contractual— si un administrador incumpliera la regulación sobre los conflictos de interés prevista en el acuerdo parasocial —por ejemplo, si no se abstuviese de votar en un acuerdo para el que se le niega el voto conforme a las previsiones de dicho acuerdo—? El administrador no incumpliría el acuerdo, simplemente, porque no puede hacerlo —salvo que lo hubiera firmado en su condición de tercero-administrador—. Será el socio que propició la designación de este administrador *incumplidor* el que, en su caso, contravendría lo recogido en el pacto por no haber garantizado que *su* administrador observase lo estipulado en tal contrato privado⁴⁴⁶. Recordemos que los administradores no pueden obviar el mandato legal y seguir las instrucciones de sus socios (art. 228 d) LSC).

Pero, además de la limitación que impone la máxima correspondiente a la relatividad de los contratos —*res inter alios acta tertiis non nocet* (arts. 1257 CCiv y 29 LSC)—, estos acuerdos privados se ven constreñidos también por las normas de orden público (art. 1255 CCiv). Así lo vienen entendiendo los tribunales españoles

⁴⁴⁵ En este sentido *Vid., obiter dicta*, la SJM Madrid, de 30 de octubre de 2013 (F.D. V, G, AC 2013\2043). Ahora bien, como acertadamente señala parte de la doctrina científica, la compleja realidad nos muestra situaciones en las que no cabe afirmar taxativamente que los administradores no queden vinculados a lo estipulado en el pacto, máxime si tenemos en cuenta la habitual confusión que existe entre socios y administradores en las sociedades paritarias. En cualquier caso, tal vinculación sí existiría en caso de que el administrador firmase el pacto en su condición de tal —no solo como representante orgánico de la sociedad— (*Vid.* FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 155-157). No obstante ello, no comparto la opinión de que la puesta en conocimiento del pacto a los administradores sea motivo bastante para defender su vinculación para con su contenido (*Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, I., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008, p. 215, sin embargo, a favor, *Vid.* NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, cit., pp. 116-117).

⁴⁴⁶ Es preciso tener en cuenta que habitualmente los socios firmantes de un pacto de socios se comprometen no solo a cumplirlo ellos mismos, sino también a realizar sus mejores esfuerzos para que los administradores designados a instancia suya lo respeten igualmente. Acerca de la eventual necesidad de la intervención de los administradores para hacer efectivo el pacto parasocial *Vid.*, PAZ ARES, C., «El *enforcement* de los pactos parasociales», cit., p. 31.

así como la doctrina científica al considerar que un pacto parasocial no puede contravenir lo previsto en una ley imperativa⁴⁴⁷. Siendo ello así, no cabe pactar en un acuerdo extraestatutario que los administradores pueden actuar de forma desleal al interés de la sociedad conjunta. Lo que sí cabe pactar es la forma en la que deben actuar los administradores ante las modificaciones que puede experimentar un conflicto de interés permanente que existe desde la constitución de la sociedad o las condiciones en las que se articularán las condiciones de los contratos vinculados, entre otros extremos⁴⁴⁸.

Ante esta realidad, ¿cabría oponer el cumplimiento de estas condiciones a la propia sociedad, aun cuando no fuese firmante del pacto? En atención a lo previsto en el citado artículo 29 LSC, el contenido del pacto reservado no sería oponible frente a la sociedad. No obstante, es preciso tener en cuenta que cuando el pacto se firma por la totalidad de los socios —los denominados pactos parasociales omnilaterales o *de todos los socios*—, las barreras de la relatividad y de la inoponibilidad basadas en la ausencia de su inscripción —y, en consecuencia, en su falta de publicidad— podrían

⁴⁴⁷ Vid. la STS de 18 de junio de 2013, caso *Construcciones Dojoma, S.L.*, (F.D. Quinto, RJ 2013\4632). Más concretamente en el ámbito de los acuerdos de las sociedades conjuntas, el TS consideró que: «*el repetido acuerdo entre las dos sociedades no justificó que los demandados no se abstuvieran cuando, según lo expuesto, debían haberlo hecho, ya que sobre la libertad de pacto prevalecen las exigencias de transparencia e información que reclama la protección del mercado y de los terceros ante la realidad de un centro de imputación de consecuencias jurídicas* —en el caso, la sociedad recurrente—, que opera sin comprometer, más que limitadamente, el patrimonio de los socios» (STS de 17 de noviembre de 2011, caso *Mazda Motor España, S.A.*, F.D. Tercero, RJ 2012\1498). Sobre este particular y, en especial, en relación con el papel que desempeñan los principios configuradores del tipo social como límite a la autonomía de la libertad, Vid. FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, cit., pp. 182-183. En contra, alegando la necesidad de que únicamente las normas imperativas sustantivas —a saber, aquellas que imponen una valoración de la regla negocial a la luz del sistema jurídico entero— puedan limitar la validez de los pactos parasociales, Vid. PAZ-ARES, C., «La validez de los pactos parasociales», *Diario La Ley*, núm. 7714, de 13 de octubre de 2011. Aunque no con tanta contundencia, se pronuncia asimismo a favor de la validez de los pactos parasociales, aun cuando estos contravengan la ley, el JM de Madrid, en su sentencia de 30 de octubre de 2013: «*Pues bien, si los pactos parasociales fueran meramente ilegales por contravenir la ley societaria, procedería someterlas a control funcional y, en un negocio de empresa conjunta, se comprobaría que no habría un interés protegible en la declaración de nulidad de muchos de tales pactos, al menos, mientras la sociedad sea claramente solvente y la gestión de los administradores se oriente primordialmente al interés de los socios*» (F.D. V, G, b, AC 2013\2043).

⁴⁴⁸ Para un análisis de la regulación complementaria a la legal como sistema para reforzar la debilidad del procedimiento de la LSC dirigido a dispensar conflictos permanentes de interés, Vid. *infra* Cap. IV, ap. 2.3.3.

ser superadas. Mejor dicho, tales trabas deberían ser eliminadas a fin de poner fin a soluciones inflexibles y formalistas. Así ha sido defendido por la doctrina⁴⁴⁹ y por la jurisprudencia⁴⁵⁰ con base en distintas vías argumentativas, más o menos forzadas y acertadas, tales como la celebración de una junta general universal, la interdicción del abuso del Derecho o el levantamiento del velo corporativo.

3.6.5 La extensión del deber de lealtad al socio de la sociedad paritaria

Anteriormente en este trabajo se ha analizado la posibilidad de que el socio de control quede sujeto al deber de lealtad regulado en la LSC aunque no exista una previsión expresa de ese deber dirigida a los socios⁴⁵¹. A mayor abundamiento, se ha indicado que los socios de control, en caso de poder probarse que, en realidad, actúan

⁴⁴⁹ En este sentido, merece ser destacada la orientación favorable a la oponibilidad, además de por la clara identidad subjetiva, por la igualdad de los resultados que se obtendrían de la aplicación del Derecho de sociedades y del de obligaciones (*Vid.* PAZ-ARES, C., «El *enforcement* de los pactos parasociales», cit., pp. 33 y ss.). A favor de la oponibilidad de los pactos, *Vid.*, asimismo, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, cit., pp. 135-137, SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», cit., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, cit., pp. 217-218, PÉREZ MORIONES, A. *Sindicatos de voto*, cit., pp. 483-485.

⁴⁵⁰ Entre otras, *Vid.* las SSTS de 26 de febrero de 1991 (F.D. Segundo, RJ 1991\1600), de 10 de febrero de 1992 (*caso Munaka*, F.D. Segundo, RJ 1992\1204), y de 6 de marzo de 2009 (FF.DD. Tercero y Cuarto, RJ 2009\2794). Asimismo, *Vid.* la RDGRN de 26 de octubre de 1989 (*caso Promociones Keops*, RJ 1989\7050). Más recientemente, merecen ser destacadas, por su claridad en la argumentación sobre la imposibilidad de alegar la infracción estatutaria con base en la aplicación de un pacto firmado por todos los socios, la SAP de Madrid de 16 noviembre 2012 (FF.DD. Tercero y Cuarto, JUR 2013\5173), la STS de 25 de febrero de 2016 (F.D. Noveno, RJ 2016\635), y la SAP de Bizkaia de 19 de julio de 2016 (F.D. Cuarto, JUR 2016\259284). Considero oportuno también subrayar la fundamentación de la infracción de un pacto parasocial omnilateral verbal recogida en la SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016, conforme a la cual: «[...] la finalidad del pacto entre socios en los supuestos de coincidencia subjetiva entre el pacto extraestatutario y los estatutos es la misma, es decir, velar por el interés social. Por esta razón, es posible aplicar de forma analógica la causa de impugnación de los acuerdos sociales cuando éstos sean contrarios al interés social, puesto que el acuerdo social que contravenga un pacto parasocial puede ser considerado una vulneración del interés social». Añade la AP que: «[...] mantener la validez del acuerdo entraña un daño potencial a los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría, en especial cuando esa minoría constituye una parte importante del capital social» (F.D. Sexto, pár. 36, JUR 2016\130508). A favor de la validez de pactos parasociales verbales, asimismo, *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, cit., p. 218.

⁴⁵¹ *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.5.

como verdaderos administradores, aunque sea de forma indirecta —administración oculta—, quedarían sujetos al régimen de deberes y de responsabilidad previsto en la LSC en virtud de la extensión subjetiva contemplada en el artículo 236.3 LSC.

Siguiendo la misma línea argumentativa, los socios de una sociedad paritaria, quienes ostentan, valga la redundancia, un control paritario sobre la misma, podrían asimismo quedar vinculados al régimen legal del deber de lealtad en caso de poder acreditarse que, de hecho, representan y gestionan la sociedad (art. 236.3 LSC).

Esta administración fáctica es habitual en el seno de las sociedades controladas de forma paritaria, dado que, conforme a lo señalado anteriormente, resulta complicado en estas entidades marcar una línea nítida entre la propiedad y el control sobre la misma. Como decía, la gestión de estas sociedades está en manos de los propios socios que ocupan los asientos del órgano de administración. En realidad, los administradores de las sociedades paritarias son meras correas de transmisión de la voluntad de los socios, quienes habitualmente devienen en administradores ocultos de las mismas (art. 236.3 LSC)⁴⁵². En consecuencia, si se probase que, efectivamente, los socios de estas sociedades desempeñan las labores propias del órgano de gobierno, podría extenderse a ellos el régimen correspondiente al deber de lealtad (arts. 227.1 y ss. LSC).

⁴⁵² *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 31-32.

CAPÍTULO IV.- RÉGIMEN DE IMPERATIVIDAD Y DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

1. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

1.1 EL CARÁCTER EXPRESO DE LA IMPERATIVIDAD. FUNDAMENTO JURÍDICO

El deber general de lealtad de los administradores es un deber de naturaleza imperativa cuya configuración queda al margen de la disposición de las partes — sociedad y administrador—. Si bien es cierto que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 existía ya un amplio consenso sobre el carácter imperativo de este deber⁴⁵³, la declaración formal de dicha naturaleza introducida expresamente por la citada norma ha reforzado esta postura⁴⁵⁴. En concreto, esta norma ha dado

⁴⁵³ El carácter voluntario de las recomendaciones que nacieron del movimiento del gobierno corporativo en el ámbito de los deberes de los administradores —principalmente en el Informe Olivencia y en el Informe Aldama— resultó ser insuficiente para que los administradores sintiesen una verdadera necesidad de observar y respetar las mismas. Como consecuencia de ello, dicho *Derecho blando* fue positivizado en el ordenamiento jurídico español a fin de establecer un mínimo ético legal que aportara seguridad jurídica en este campo (*Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., pp. 917-921).

⁴⁵⁴ Según se ha manifestado doctrinalmente, la declaración relativa a la imperatividad de este régimen es más importante por lo que no dice, es decir, por dejar en evidencia el carácter dispositivo del régimen correspondiente al deber legal de diligencia (*Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57). A este respecto, conviene recordar que con anterioridad a la reforma

una nueva redacción al artículo 230.1 LSC el cual contempla hoy, explícitamente, no solo la imperatividad del régimen del deber de lealtad y de la responsabilidad que se deriva de su infracción, sino también —por si quedase algún género de duda— la invalidez de las disposiciones estatutarias que vengán a limitar o sean contrarias a dicho régimen⁴⁵⁵.

Por su parte, la regulación de los conflictos de interés de naturaleza permanente —tanto los derivados del desarrollo de actividades competitivas como los restantes a los que alude hoy el artículo 229.1 f) LSC—, dado que los mismos nacen del propio desarrollo o particularización del deber general de lealtad, es asimismo de naturaleza imperativa. Si tenemos en consideración que este precepto recoge una de las prohibiciones más elementales impuestas al administrador a fin de asegurar su lealtad, la LSC no prevé ninguna excepción con respecto de estas concretas situaciones de conflicto estructural. Es decir, tomando como punto de partida la desconfianza y la duda sobre la fidelidad del administrador, se crea un estatuto severo y preventivo dirigido a evitar el peligro que se deriva del nacimiento de estas situaciones permanentemente conflictivas.

introducida por la Ley 31/2014 el tratamiento del deber de lealtad y el del deber de diligencia eran iguales conforme a la LSC, si bien parte de la doctrina científica ya defendía la necesidad de flexibilizar y graduar el nivel de diligencia exigible al administrador y actuar de forma severa ante su actuación desleal (*Vid.* PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 4-45).

⁴⁵⁵ La razón de esta invalidez la encontramos en la competencia de la junta general para valorar cada potencial situación permanentemente conflictiva. Ha de tenerse en consideración que la admisibilidad de cláusulas estatutarias que excepcionasen dicha imperatividad del régimen hurtaría a este órgano dicha soberanía para confirmar o soslayar la misma, de manera particularizada (*Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 52. Conflicto de intereses», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 674). En este orden, conviene atender a la validez y efectividad de los acuerdos que podrían tratar de lograr semejante fin al margen de los estatutos de la sociedad. Esto es, en paralelo a la referida prohibición legal que afecta a la regulación estatutaria, podemos encontrarnos con pactos parasociales en los que los socios —ya sean todos o un grupo concreto de ellos—, acuerden únicamente modular o adaptar, atendiendo a las circunstancias particulares de la sociedad a la que pertenecen, sus específicos deberes de lealtad. Nadie puede poner en duda la validez —y, en muchos casos, la conveniencia— de la suscripción de pactos privados que busquen concretar y reforzar los deberes de lealtad de los administradores respetando, en todo caso, el ineludible mínimo legal. A este respecto, en el ámbito de las sociedades paritarias, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.6.4.

Dicho lo anterior, conviene tener presente que el fundamento jurídico de esta imperatividad deriva del propio artículo 1256 CCiv, dado que se entiende que un pacto entre el administrador y la sociedad en virtud del cual el primero pudiera competir con la segunda —entre otros, mediante la titularidad de una participación mayoritaria en una sociedad que compite de forma directa con la sociedad tutelada, en el mismo mercado relevante—, equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de aquel⁴⁵⁶. Así mismo, en tanto que el deber de lealtad podría afectar también a los intereses de terceros, dicha imperatividad encuentra a su vez apoyo en el artículo 6.2 CCiv⁴⁵⁷, así como en la prohibición de los pactos de impunidad por dolo prevista en el artículo 1102 del mismo cuerpo legal, dado el carácter inherentemente doloso de la deslealtad del administrador en el ejercicio de su cargo⁴⁵⁸. En realidad, la razón de ser de este carácter preceptivo lo encontramos en la propia lealtad debida por el administrador a la sociedad, lealtad que le impide establecer las reglas del juego de manera unilateral.

⁴⁵⁶ *Vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», cit. Este autor subraya, además, que en caso de que se liberase al administrador de cumplir con su deber de lealtad, los socios se verían obligados a controlar al administrador con objeto de proteger el patrimonio social, con el consiguiente coste de eficiencia que este necesario control supondría para la sociedad. (en este sentido, asimismo, *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57).

⁴⁵⁷ Conforme ha sido señalado por la doctrina, es necesario interpretar de forma restrictiva la dicción del artículo 6.2 CCiv, adoptándose como criterio para valorar su aplicación el que radica en la distinción entre las leyes de carácter necesario y las leyes de carácter dispositivo, no pudiendo ser las primeras excluidas por voluntad de las partes (*Vid.* RODRÍGUEZ MORATA, F., «Artículo 6», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 70).

⁴⁵⁸ *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., pp. 411-412, nota núm. 765. Conviene recordar que el carácter imperativo de la nulidad de los pactos de impunidad previsto en el artículo 1102 CCiv se manifiesta en el momento en el que se constituye la obligación, por lo que es perfectamente admisible que se renuncie al ejercicio de acciones contra el deudor *a posteriori* (*Vid.* SÁNCHEZ ARISTI, R., «Artículos 1094 a 1107», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 1.504).

1.2 EL CARÁCTER RELATIVO DE LA IMPERATIVIDAD: LA DISPENSA

1.2.1 Ratio de la relatividad

La imperatividad del régimen aplicable al deber de lealtad al que me he referido en el apartado precedente no es rígida, inflexible, ni absoluta. El regulador es consciente de que la naturaleza claramente preventiva que se sustenta en la regla *ningún conflicto* —complementada oportunamente con la regla *ningún beneficio*— podría resultar contraproducente para la sociedad en términos de eficiencia de no ser admisible su modulación. Ha de tenerse presente que la dureza del régimen previsto en la LSC podría desembocar en la prohibición de múltiples actuaciones de los administradores que, a pesar de ser incardinables en los supuestos de deslealtad contemplados legalmente (art. 229.1 LSC), podrían al mismo tiempo beneficiar a la sociedad. No olvidemos que, en muchas ocasiones, las operaciones competitivas (art. 229.1 f) LSC) no son expropiatorias en la práctica, sino muy ventajosas para la sociedad, entre otros, como consecuencia del conocimiento y la experiencia del propio administrador competidor o de las relaciones comerciales y sinergias que de las mismas derivan para ambas partes⁴⁵⁹. Además, debemos tener en consideración que esta prohibición supone una limitación a la libertad de empresa de los administradores (art. 38 CE) y que, en este orden, debe aplicarse de forma restrictiva y atendiendo, en todo caso, a que concurra el ineludible requisito de la efectividad del conflicto citado anteriormente en este trabajo⁴⁶⁰.

Como consecuencia de lo anterior, la LSC ha dejado abierta la posibilidad de que la sociedad decida levantar las prohibiciones que se derivan del deber de lealtad (art. 229.1 LSC) en casos particulares⁴⁶¹ y, siguiendo la regulación previgente, también

⁴⁵⁹ Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 16.

⁴⁶⁰ Vid. *supra* Cap. II, ap. 3.2.1.4.

⁴⁶¹ Conforme a la literalidad del artículo 230.2 I LSC, los únicos actos que pueden ser dispensados son los prohibidos con base en el artículo 229.1 LSC: «*la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior*». No obstante, en opinión de un sector doctrinal, en

atención a los términos en los que se define la misma, podría quedar exceptuada del régimen de la dispensa la prohibición consistente en la utilización del nombre de la sociedad o la invocación de su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas (art. 229.1 b) LSC) (*Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 417). Se considera que, si bien los intereses patrimoniales que tratan de protegerse en virtud de las prohibiciones recogidas en el artículo 229.1 LSC, en tanto que intereses de carácter disponible, pueden ser licenciados por la sociedad, el respeto hacia el interés social que protegen las nuevas obligaciones básicas del artículo 228 LSC es, en todo caso, indisponible para las partes, por lo que no cabe que las mismas sean objeto de la dispensa a la que se refiere el artículo 230.2 LSC (en este sentido, *Vid.* DÍAZ MORENO, A., *La ley de reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>). Sin perjuicio de lo anterior, soy de la opinión de que la obligación básica relativa a la regla *ningún conflicto* contenida en el artículo 228 e) LSC sí puede ser objeto de dispensa, en tanto que es introductoria del elenco de las prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 LSC y persigue idéntico fin que aquellas. Bajo el ordenamiento inglés, ordenamiento en el que parece haberse inspirado el español para la regulación del estatuto de deberes recogido en la LSC, también se prevé un régimen de dispensa o autorización para el genérico deber de evitar conflictos de interés recogido en la Sección 175 *Companies Act 2006*, precepto homólogo al artículo 228 e) LSC. Así, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de este precepto de la ley inglesa, se considera que no existe un incumplimiento de dicho deber cuando existe una autorización por parte de los administradores (sobre la similitud entre algunos de los deberes previstos en la *Companies Act 2006* y en la LSC, *Vid.* MARTÍNEZ ROSADO, J., «La “Companies Act” de 2006 y las singularidades en materia de recomendaciones de gobierno corporativo características del Derecho inglés relativas al órgano de administración», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1.264-1.269). Adicionalmente, siguiendo con el análisis del ámbito de aplicación de la dispensa que nos atañe, es conveniente hacer un breve apunte sobre la posibilidad de autorizar la obligación de confidencialidad que afecta a los administradores (art. 228 b) LSC). De acuerdo con lo expuesto previamente, el artículo 230.2 I LSC no permite relativizar en ningún caso las obligaciones básicas recogidas en el artículo 228 LSC, entre las que se encuentra la concerniente a la referida obligación de confidencialidad. Sin embargo, dicho precepto sí permite dispensar la prohibición de hacer uso de activos sociales, entre los que se incluye la información de naturaleza secreta o confidencial (art. 229.1 c) LSC). A la vista de lo anterior, resulta necesario delimitar el alcance de la dispensa a la que se refiere el artículo 230.2 I LSC con respecto del uso de los activos sociales inmateriales. Y es que, el campo que abarca la autorización del uso de estos activos intangibles —entre los que se encuentra la información confidencial— no es absoluto. En este orden, no pueden interpretarse los referidos artículos 229.1 c) y 230.2 I LSC en el sentido de que cabe autorizar la revelación de cualquier información sensible de la compañía —por ejemplo, lo debatido por los consejeros en el seno de una reunión o la estrategia a seguir en el lanzamiento de un nuevo producto al mercado—, ni tampoco la información privilegiada (arts. 226 y 227 LMV). Ello choca frontalmente con la obligación básica de guardar secreto que han de respetar los administradores (art. 228 b) LSC). Siendo ello así, los activos inmateriales cuyo uso puede ser autorizado singularmente *ex* artículo 230.2 I LSC son aquellos susceptibles de ser valorados en términos económicos, es decir, los que tienen un valor de índole patrimonial que les hace ser objeto de comercialización —*res in commercio*— vía, entre otros, de licencias de uso. Tal es el caso, entre otros, de los secretos empresariales —*know how*—. En este orden, la sociedad podría acordar la concesión de una licencia de uso sobre un determinado *know how*, si considera que mediante la

la propia prohibición de competencia de los administradores (art. 230.3 I LSC)⁴⁶². Es decir, el supuesto tradicional de conflicto permanente de interés del administrador sigue pudiendo ser dispensado tras la reforma de la Ley 31/2014.

Ahora bien, ¿pueden ser objeto de esta misma dispensa los restantes supuestos de deslealtad «*que de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*» a los que hace referencia el artículo 229.1 f) LSC? Aunque el referido artículo 230 LSC no se refiera a ellos explícitamente en sus dos últimos apartados, dado que sí regula y, de manera especial, la dispensa de los conflictos que se derivan de la infracción de la obligación de no competencia (art. 230.3 I LSC), considero que deben entenderse incluidos en este último, implícitamente, los restantes conflictos que revisten idéntica naturaleza que aquellos.

Si mediante la dicción del artículo 229.1 f) LSC el regulador ha pretendido poner a la misma altura los conflictos que nacen del incumplimiento de la prohibición de competencia y los restantes conflictos que tienen carácter estructural, soy de la opinión de que todos ellos deben quedar sometidos al mismo régimen especial de

misma no se perjudica al interés social, sin que de ello se derive una infracción de la lealtad debida (en este sentido, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 216-128, y GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», cit., pp. 1.005-1.006). Para finalizar, considero importante añadir que la dispensa de las situaciones conflictivas no es una creación propia de las LSC. Muy al contrario, constituye un instituto con una arraigada tradición legal, entre otros, en la regulación del contrato de comisión mercantil o en la figura del factor previstos en el CCom (arts. 267 I y 288 I, respectivamente).

⁴⁶² Conforme a la previgente redacción del artículo 230.1 LSC: «*Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior*». Es preciso recordar que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 31/2014, era precisamente la prohibición de competencia el único supuesto de conflicto para el que la LSC exigía esta autorización singular. Para los restantes casos de conflicto de interés bastaba la comunicación del conflicto por parte del administrador afectado —dirigida al resto de los administradores o, en caso de ser administrador único, a la junta general—, seguida de su abstención en la participación de la adopción del acuerdo sobre el conflicto en cuestión (*Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 294-295, MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», cit., pp. 228-229).

dispensa recogido en el artículo 230.3 I LSC. A mi modo de ver, si se hace una lectura sistemática del vigente estatuto de deberes de los administradores, carece de sentido interpretar que, dado el silencio de la LSC, estos *nuevos* conflictos permanentes no puedan ser dispensados, bajo ningún concepto. Al mismo tiempo, dada su especial naturaleza y, *prima facie*, su particular gravedad, tampoco es coherente entender que pueden ser autorizados con base en el régimen común o general de la dispensa regulado en el artículo 230.2 LSC.

Expuesto lo anterior, el hecho de que la junta general pueda autorizar al administrador a llevar a cabo ciertas conductas en las que su interés se encuentre, o pueda encontrarse, en conflicto permanente con el de la sociedad, no significa que el deber de lealtad pierda su esencia imperativa. Dicho de otro modo, el hecho de que esta imperatividad pueda ser relativizada en casos singulares no elimina o desvirtúa dicha esencia. No obstante lo anterior, siendo francos, no cabe negar que el régimen legal de la dispensa debilita notablemente el carácter imperativo del deber de lealtad que se recoge de forma patente en el artículo 230.1 LSC⁴⁶³.

1.2.2 El carácter singular de la relatividad

Anteriormente he sostenido que la prohibición de los conflictos de interés de naturaleza estructural contemplada en el artículo 229.1. f) LSC no es absoluta. Esto es, esta prohibición puede ser perdonada al administrador mediante la oportuna dispensa. Ahora bien, esta flexibilización de la imperatividad del régimen tiene un alcance limitado, puesto que la dispensa de los conflictos permanentes de interés regulados en este precepto —al igual que la dispensa de los conflictos de interés ocasional recogidos en los restantes apartados del artículo 229.1 LSC— es de carácter singular —nunca general—.

⁴⁶³ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 142, *ID.*, «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», *cit.*, pp. 297-298.

Si bien únicamente el apartado 2 del artículo 230 LSC contiene la referencia expresa a los *casos singulares*, su omisión en el apartado tercero del mismo precepto no debe conducirnos a pensar que cabe la autorización genérica para el desarrollo de las actividades competitivas a las que alude dicho apartado⁴⁶⁴. De una interpretación sistemática del referido tercer apartado se desprende la exigencia de que la dispensa se refiera, siempre, a una concreta situación de conflicto de competencia. Cuestión distinta es que el carácter predominantemente permanente de las conductas competitivas suponga que la dispensa se dirija a permitir el desarrollo de una actividad que, en la mayor parte de los casos, no consistirá en un acto aislado⁴⁶⁵. Aun así, no se trataría de un permiso de naturaleza general sino específica, dirigida única y exclusivamente al desarrollo de una concreta actividad que entraña competencia para la sociedad tutelada.

A mayor abundamiento, si tenemos en consideración que el régimen del conflicto de interés regulado en la LSC se asienta sobre el principio de transparencia que se viene a garantizar mediante el deber de información impuesto en el artículo 229.3 LSC⁴⁶⁶, considero que no es correcto ni coherente entender que la junta general puede, con carácter previo al conocimiento del alcance de un conflicto de competencia y, por tanto, sin poder valorar siquiera su carácter inocuo, permitir que el mismo tenga lugar con carácter general⁴⁶⁷. El levantamiento de la prohibición para

⁴⁶⁴ No obstante, es cierto que parte la doctrina, en atención al carácter predominantemente permanente de los conflictos que nacen de la infracción de la prohibición de competencia, ha sostenido que la dispensa no se refiere a un caso singular, puesto que la actividad competitiva no se consuma en un acto aislado (en este sentido, *Vid.* MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 71., JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015., p. 421). Considero que esta lectura no puede en ningún caso ser interpretada en el sentido de defender la dispensa con carácter genérico e indeterminado, tampoco en el ámbito de los conflictos de interés contemplados en el artículo 229.1 f) LSC.

⁴⁶⁵ Sobre la inclusión de los conflictos de competencia puntuales en el tipo de deslealtad previsto en el artículo 229.1 f) LSC, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.3.

⁴⁶⁶ *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.2.4.1.

⁴⁶⁷ En este sentido, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 33-35. Sobre la necesidad de conocer el alcance del conflicto de

todo tipo de actividad que entraña competencia con la actividad de la sociedad —aun limitada a una de las varias actividades desarrolladas por la sociedad o a uno de sus clientes— o, incluso, respecto de cualquier administrador de la sociedad, conllevaría la inadmisibile indeterminación del contenido del acuerdo de la dispensa⁴⁶⁸. En otras palabras, resulta indispensable que los socios conozcan los pormenores del conflicto de interés sobre cuya dispensa han de resolver, quedando esta, en caso de ser finalmente aprobada, delimitada por aquellos.

Al hilo de lo argumentado anteriormente, la junta general solo puede valorar y conceder autorizaciones concretas, nunca generales, abstractas o inidentificables⁴⁶⁹. En este orden, además, tratándose de los conflictos que más recelo causan al legislador y a los que les resulta de aplicación un régimen especialmente severo, no se sostiene que, excepcionalmente, quepa dispensar los conflictos referidos en el artículo 229.1 f) LSC con carácter genérico.

competencia con carácter previo a acordar su dispensa y, en consecuencia, sobre la inadmisibilidad de las autorizaciones genéricas se pronunció el JM de Santander afirmando que: «*Debe abordarse la posible validez de la dispensa "general" aportada como documento nº 22 de la contestación. Entiendo que incluso en el supuesto de tener por existentes tanto esta dispensa, como la no aportada de noviembre de 2003, no se habría respetado el mecanismo de comunicación y posterior valoración de existencia de conflicto por competencia por la junta general. El art 230 LSC condiciona la autorización expresa (lo que ya plantea dudas, si ha de ser "expresa", respecto de la admisibilidad de una autorización general, previa, y válida a todo evento salvo revocación), a la previa comunicación a la sociedad, que ha de ser quien valore la existencia de conflicto y en su caso autorizar o dispensar*» (SJM de Santander, de 20 de octubre de 2014, F.D. Quinto, 3, AC 2014\1821).

⁴⁶⁸ Vid. COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, cit., p. 224, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 108.

⁴⁶⁹ En este sentido, no son actualmente inscribibles en el RM las previsiones estatutarias que recogen una dispensa general para desarrollar actividades concurrentiales (a favor de tales previsiones, Vid. la RDGRN de 5 de noviembre de 1965, en aplicación del artículo 12 LSRL 1953). En mi opinión, esta interpretación se ve reforzada por la regulación relativa a la *revisión* de la dispensa concedida (art. 230.3 II LSC) dado que, para poder revisar los términos en los que se concedió la dispensa al administrador sobre cuyo cese ha de resolver la junta, es preciso que dicha dispensa se refiera a actos concretos, no a actividades competitivas en términos abstractos. Considero que no procede interpretar que la vía del cese venga a dar salida a las situaciones en las que la junta no ha concedido un permiso para llevar a cabo un concreta actividad competitiva, sino una genérica, deviniendo posteriormente necesario poner fin a la misma (Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 34). Al igual que en España, en Alemania, el artículo 88 *AktG* exige también que la dispensa se refiera a operaciones o compañías específicas: «[...] *La autorización del Consejo de Vigilancia solamente se puede otorgar para determinadas actividades o sociedades mercantiles, o para determinadas clases de operaciones*» (Vid. EMBID IRUJO, J. M., *Ley alemana de sociedades anónimas*, cit., p. 70).

2 EL PROCEDIMIENTO DE LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

2.1 PRELIMINAR

Para analizar el régimen relativo al procedimiento de la dispensa de la prohibición de competencia y las restantes situaciones conflictivas a las que se refiere el artículo 229.1 f) LSC, conviene atender a la propia literalidad del artículo 230.3 I LSC: *«La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general»*⁴⁷⁰.

Lo dispuesto en el artículo anterior debe ser leído en consonancia con la obligación de transparencia que impone a los administradores el artículo 229.3 LSC en los términos siguientes: *«En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad»*.

Junto a estas previsiones legales cuyo contenido será estudiado en los apartados siguientes, encuentro oportuno adelantar ahora que deberán tenerse también en consideración las previsiones estatutarias o parasociales que, en su caso, vengán a regular el procedimiento relativo a la concesión de la dispensa que afecta a estos conflictos estructurales. Mediante estas previsiones complementarias se podrían

⁴⁷⁰ La redacción del vigente artículo 230.3 I LSC encuentra su origen de inspiración en el § 5.06 (a) (1) de los principios del *American Law Institute* que exigen la inocuidad de las conductas competitivas en los siguientes términos: *«Any reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition is outweighed by the benefit that the corporation may reasonably be expected to derive from allowing the competition to take place, or there is no reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition»*.

aclarar y concretar las escuetas referencias a este procedimiento recogidas en la LSC y, en fin, dotar de mayor seguridad jurídica y de garantías a dicho procedimiento.

2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

2.2.1 Órgano competente

De acuerdo con lo expuesto previamente en este trabajo, los conflictos permanentes a los que se refiere el artículo 229.1 f) LSC revisten, *prima facie*, especial importancia y gravedad en comparación con otros conflictos de interés. Como consecuencia de ello, el regulador ha decidido que, necesariamente, debe ser la junta general la que conceda la dispensa relativa a los mismos⁴⁷¹.

⁴⁷¹ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 296, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 16-17, *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 58. El debate acerca de cuál debe ser el órgano social competente para conceder la dispensa de las situaciones de conflicto de interés es anterior a la promulgación de la Ley 31/2014. Así, han sido sostenidas posturas encontradas por parte de la doctrina en lo referente al tema que nos ocupa. En concreto, parte de la doctrina defendía la habilitación de los administradores para conceder la dispensa en los casos en los que el órgano de administración estuviese compuesto, además de por el administrador afectado por el conflicto, por otros miembros distintos (en este sentido, entre otros, *Vid.* PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 16 y RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 109). Por el contrario, otra parte de la doctrina argumentaba que solamente el órgano soberano podía manifestar la voluntad social en materias que versan sobre las bases económicas o fiduciarias en las que se asienta la sociedad. Este sector resaltaba también la necesidad de contar con un juicio imparcial y argüía que el cumplimiento de tal imparcialidad podía complicarse como consecuencia de las presiones que el administrador incurso en el conflicto pudiera ejercer sobre los restantes (a favor de la competencia exclusiva de la junta general se manifestaron PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., pp. 80-81 y EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 65. Prohibición de competencia», cit., p. 805). Bajo la *Companies Act 2006* inglesa, norma que, como decía, ha servido de inspiración para la regulación del nuevo sistema de deberes de los administradores de la LSC, es el órgano de administración el encargado de conceder autorizaciones singulares, sin perjuicio de los asuntos sobre los cuales se reconoce la competencia expresa de los socios (entre otros, para la concesión de préstamos a los administradores o para las transacciones correspondientes a activos sustanciales (§ 180 (1) Part 10, Chapter 4 *Companies Act 2006*). En Alemania, a pesar de que la *AktG* no regule el procedimiento correspondiente a la comunicación de conflictos de interés y el procedimiento a seguir para conceder autorizaciones

Es cierto que la atribución exclusiva de esta competencia al órgano soberano, dado su complejo funcionamiento, conllevará presumiblemente una ralentización del procedimiento dirigido al otorgamiento de la dispensa —principalmente, como consecuencia de la observancia de los plazos y formalidades correspondientes a la convocatoria de sus reuniones—. A pesar de ello, en este concreto supuesto se ha optado por dar prevalencia a la protección del interés social sobre la agilización del procedimiento que podría haberse logrado mediante la asignación de esta competencia al órgano de administración⁴⁷². Así, el legislador ha excluido la competencia de este órgano para dispensar los conflictos derivados de la infracción de la prohibición de competencia con carácter absoluto, por lo que no son válidas las cláusulas estatutarias o del reglamento del consejo de administración que reconozcan la misma, ni las delegaciones de facultades de la junta general a su favor realizadas con idéntico fin⁴⁷³.

Al hilo de lo anterior, considero que a pesar del silencio del precepto que nos ocupa (art. 230.3 I LSC), el órgano competente para dispensar los *otros* conflictos permanentes de interés a los que se refiere el artículo 229.1 f) LSC es, así mismo e, inevitablemente, la junta general. Dado que tanto los conflictos de competencia como

particulares, de la regulación prevista en el párrafo 109.2 *AktG* se infiere que, dado que el presidente del Consejo de Vigilancia —*Aufsichtsrat*— puede excluir de reuniones de comités a miembros del órgano de supervisión que no sean a su vez miembros de dicho comité, este decide sobre la existencia de conflictos de interés (a este respecto, *Vid.* ROATH, M., «Corporate Boards in Germany», en *Corporate Boards in Law and Practice. A comparative analysis in Europe*, Oxford, 2013, p. 325).

⁴⁷² A la vista de la complejidad del procedimiento, no faltan voces que abogan, aunque sea con cautela, por la admisión de reglamentos internos que prevean procedimientos abreviados para la concesión de dispensas (*Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 295, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 109). Se muestra crítico con la previsión de la competencia exclusiva de la junta, MATEU DE ROS CEREZO, R., en «Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación», cit., p. 13.

⁴⁷³ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.650, BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia», cit., p. 464. Por el contrario, en Alemania, en el marco del sistema dualista de administración social, corresponde al Consejo de Vigilancia —*Aufsichtsrat*— conceder la dispensa relativa a la prohibición de competencia que afecta a los miembros de la Dirección —*Vorstand*— (art. 88.1 *AktG*).

estos *otros* conflictos se regulan en un mismo precepto y tienen en común su carácter predominantemente constante o permanente, el cual los diferencia de las restantes situaciones de conflicto puntual, entiendo que no cabe interpretar que el órgano de administración pueda dispensar estos últimos. Se trata, como decía, de una opción de política legislativa que se ha inclinado por primar la protección del interés social sobre la agilidad del procedimiento.

Para finalizar, añadiré que no es este el único caso para cuya dispensa se excluye la competencia del órgano de administración. En concreto, conforme a lo previsto en el artículo 230.2 II LSC, corresponde a la junta general, asimismo, acordar las autorizaciones singulares cuyo objeto consista en la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros⁴⁷⁴, en la realización de transacciones por valor superior al diez por ciento de los activos sociales⁴⁷⁵ y, en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, en las correspondientes a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera o al establecimiento de relaciones de obra o servicio con la sociedad (art. 230.2 II *in fine*)⁴⁷⁶. Sin embargo, sí es el conflicto de interés que nace de la infracción de la obligación de no competencia el único para el que la LSC prevé

⁴⁷⁴ Conforme a la regulación de la LSC, la materia retributiva es competencia de la junta general (arts. 217 a 219 LSC), y la autorización de los conflictos a los que alude el artículo 229.1 e) LSC debe ser concedida, necesariamente, por este órgano (art. 230.2 II LSC). No obstante, por parte de la doctrina autorizada se considera —acertadamente, en mi opinión— que la competencia de la junta general no se extiende a la retribución de los consejeros que trae causa en el desempeño de funciones ejecutivas. Con base en la competencia que se atribuye al consejo de administración en este ámbito (art. 249 LSC), es este órgano el encargado de conceder la dispensa en lo referente a la obtención de retribuciones de terceros (*Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 58, nota núm. 58). Conviene añadir que la dispensa de la percepción de estas retribuciones no tendría trascendencia en el ámbito penal, por lo que esta percepción podría ser constitutiva asimismo, en su caso, de un delito de corrupción en los negocios (arts. 286 *bis, ter* y *quater* CP) (a este respecto, *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., «Retribuciones internas y externas de los administradores sociales: algunas repercusiones penales de la última modificación de la ley de sociedades de capital», cit., p. 15, versión electrónica).

⁴⁷⁵ El umbral del valor del diez por ciento de los activos sociales está previsto asimismo como criterio delimitador de las transacciones relevantes en la Sección 191 (2) *Companies Act 2006*, complementada con la necesidad de que supere el importe de £ 5.000,00.

⁴⁷⁶ La previsión de la competencia de la junta general de las sociedades de responsabilidad limitada en los supuestos de asistencia financiera y el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios o de obra reitera lo establecido en los artículos 162 y 220 LSC, respectivamente.

requisitos procedimentales y materiales específicos que debe cumplir el acuerdo a ser adoptado por el órgano soberano. En los siguientes apartados me dedicaré al análisis de estos requisitos especiales.

2.2.2 Régimen de mayorías

A pesar de que la Ley 31/2014 haya venido a unificar el régimen de deberes de los administradores sociales de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en la LSC, la regulación de las mayorías exigidas para adoptar el acuerdo relativo a la concesión de la dispensa es diferente aún para uno y otro tipo social. Mientras en las sociedades anónimas basta la mayoría simple (art. 201 LSC), en las sociedades de responsabilidad limitada se exige el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social (art. 199 LSC).

En relación con lo anterior, es preciso añadir que debe garantizarse, en todo caso, la independencia de los socios que ejercen su derecho de voto. En este orden, de conformidad con lo previsto en el artículo 190.1 e) LSC, tanto en sede de las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas⁴⁷⁷, el administrador-socio afectado por el conflicto de interés sobre cuya dispensa deba pronunciarse la junta general está obligado a abstenerse de ejercer su derecho de voto⁴⁷⁸.

A la luz de lo anterior, el socio-administrador afectado por el conflicto no puede ejercitar su derecho de voto y sus acciones o participaciones sociales se deben deducir del capital social para el cómputo de los votos que en cada caso sean

⁴⁷⁷ Fue la Ley 31/2014 la que extendió a los accionistas de las sociedades anónimas la prohibición de voto contenida en el artículo 190.1 LSC previgente, únicamente, para los socios de las sociedades de responsabilidad limitada.

⁴⁷⁸ Tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, este deber de abstención resulta aplicable en el marco de los acuerdos de dispensa sobre cualquier situación de conflicto (art. 230.2 y 3 I LSC), y no solamente sobre los derivados de la infracción de la prohibición de competencia, tal y como se preveía en el previgente artículo 190.1 LSC.

necesarios (art. 190.2 LSC)⁴⁷⁹. Esta privación del derecho de voto podría complicar la posibilidad de que la junta general pudiese adoptar un acuerdo en los casos en los que el conflicto afectase a varios socios-administradores. Ante tales situaciones, jurisprudencialmente se ha optado por subdividir el acuerdo en tantos como socios-administradores afectados existan, de forma que cada uno de ellos únicamente se encuentre impedido de ejercer su voto con respecto a su propio conflicto⁴⁸⁰. En todo

⁴⁷⁹ La LSC guarda silencio sobre la necesidad de restar el voto del administrador conflictuado cuando compete al órgano de administración conceder la dispensa. A la vista de este vacío legal y, atendiendo a la identidad de razón del supuesto contemplado en el artículo 190.2 LSC en sede de junta general (art. 4.1 CCiv), considero razonable abogar por una aplicación analógica de lo regulado en el mismo cuando es el órgano de administración el encargado de dispensar al administrador. En otro caso, el cómputo del voto del administrador incurso en el conflicto equivaldría a su voto en contra e implicaría una *mayorización de la minoría* (Vid. PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 52, RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 190. Conflicto de intereses», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 82). Los ordenamientos extranjeros, a diferencia del español, sí se han ocupado de establecer normas de *quorum* y mayorías para los casos en los que incumbe al consejo de administración decidir sobre la concesión de una dispensa ante una situación de conflicto de interés. El ordenamiento inglés prevé de forma expresa que, para que la dispensa sea efectiva, no se tendrá en cuenta, a efectos de *quorum*, al administrador incurso en la situación de conflicto, ni a cualquier otro que no sea independiente con respecto del mismo. Asimismo, este ordenamiento establece que el acuerdo se debe adoptar sin el voto del conflictuado —o con su voto, siempre que el mismo no sea determinante para su adopción— (§ 175.6 *Companies Act 2006*). En el mismo sentido, el ordenamiento francés excluye del cómputo a efectos de *quorum* y de mayoría las acciones del administrador incurso en la situación de conflicto sobre cuya dispensa ha de decidir el órgano de administración (art. 225-40 *Code de Commerce*).

⁴⁸⁰ En este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2011 de la AP de Las Palmas señala literalmente que: «[...] la forma concreta de realizar la votación, planteada por el Presidente, tenía un fundamento objetivo y razonable, a saber, evitar el conflicto de intereses de manera que en cada una de las cuatro votaciones, sólo se abstuviera la persona afectada por la propuesta en cuestión, sin que quedar privada de votar en las otras tres propuestas que no le afectaban personalmente, por lo que no cabe apreciar ningún fraude para eludir el art. 52 LSRL, sino, por el contrario, se procuró evitar el conflicto de intereses en las votaciones, pero sin privar del derecho de voto a quien no se viera afectado personalmente por la concreta propuesta sometida a aprobación, procediendo, en consecuencia, desestimar dicha pretensión» (F.D. Tercero, JUR\2011\342457). Esta solución no debería aplicarse de forma automática en todas aquellas votaciones dirigidas a la adopción de acuerdos de dispensa en los que se ven afectados más de un administrador. Si bien esta solución podría ser razonable en los casos en los que los conflictos de interés fueran estancos y pudieran ser perfectamente individualizados con respecto de cada administrador conflictuado, no lo sería cuando el motivo o fundamento del conflicto afectara, aunque fuera indirecta o parcialmente, a más de uno de ellos. En estos casos, considero que los socios-administradores difícilmente podrían ejercitar su derecho de voto con libertad de criterio o juicio de independencia (art. 228 d) LSC), puesto que tenderían a votar a favor de dispensar el conflicto que, no olvidemos, también les afectaría indirecta o parcialmente a ellos mismos. En consecuencia, desde mi punto de vista, esta vía podría poner en entredicho la tutela del interés social que se pretende garantizar mediante la prohibición del ejercicio del voto contenida en el artículo 190.1 e) LSC.

caso, la doctrina científica y los tribunales han venido apoyando una interpretación restrictiva de la prohibición de voto prevista en el referido artículo 190.1 e) LSC. De acuerdo con esta interpretación, dicha prohibición de voto no resulta aplicable cuando el deber de lealtad sobre cuya dispensa ha de resolver la junta afecta a un administrador distinto al socio-administrador votante, aunque se trate de una persona vinculada a aquel⁴⁸¹.

En definitiva, nos hallamos ante una garantía legal del deber general de lealtad regulado en los artículos 227 y siguientes de la LSC. En particular, la independencia es considerada hoy una obligación *básica* que incumbe a todo administrador (art. 228. d) LSC) y que se manifiesta de forma expresa y específica en el referido artículo 190.1 e) LSC. Mediante esta garantía se pretende que aquel que ejerza el voto goce de la independencia necesaria, esto es, que no se halle en una situación propicia para dar prioridad a un interés distinto al interés social.

⁴⁸¹ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 299, CURTO POLO, M., «Artículo 190. Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1.351. Recientemente el TS en su sentencia de 2 de febrero de 2017, en atención a las previsiones de la LSC tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, establece que: «[...] el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados. Ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad. Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio» (F.D. Cuarto, RJ 2017\396).

2.2.3 Requisitos formales del acuerdo de dispensa

Con carácter excepcional, en el marco de los conflictos que se originan como resultado de la infracción de la obligación de no competencia, la LSC exige la adopción de un «*acuerdo expreso y separado de la junta general*» (art. 230.3 *in fine*)⁴⁸².

En cuanto a su carácter *expreso*, ha de advertirse que el hecho de que la LSC exija la adopción de un acuerdo para licenciar o dispensar situaciones conflictivas conlleva la inadmisibilidad de las autorizaciones singulares tácitas⁴⁸³. Se trata de un requisito que afecta a toda dispensa, con independencia de su objeto y del órgano del que emane la misma (art. 230.2 LSC).

Sin embargo, el requisito que obliga a que se adopte en virtud de un acuerdo *separado* ha de interpretarse como una regla especial que aplica solamente en el ámbito de los conflictos vistos con mayor recelo por el legislador, es decir, en el ámbito de los conflictos permanentes (art. 229.1 f) LSC). A resultas de su aplicación, la dispensa relativa a esta tipología de conflicto debe ser votada de forma independiente al resto de las cuestiones que sean objeto de votación conforme al orden del día de la reunión. Esta votación separada tiene como fin evitar que la manifestación del sentido del voto de forma acumulada termine ocultando —o cuanto menos nublando— la voluntad de los socios sobre este concreto particular⁴⁸⁴. A mayor abundamiento, recordemos

⁴⁸² Siguiendo el mismo razonamiento expuesto en relación con el órgano competente para la concesión de la dispensa de los conflictos permanentes *ex* artículo 229.1 f) LSC (*Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.1), estas exigencias son igualmente aplicables a la dispensa de los restantes conflictos permanente de interés distintos al derivado de la infracción de la prohibición de competencia.

⁴⁸³ La exigencia del carácter expreso ya venía infringiéndose de la previgente redacción del artículo 230 LSC —e incluso, bajo la contenida en artículo 65.1 LSRL 1995—, la cual exigía una autorización expresa para levantar la prohibición de competencia. Así venía entendiéndose asimismo por la doctrina autorizada (entre otros, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., pp. 86 y ss., COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, cit., p. 220).

⁴⁸⁴ En este sentido se ha sostenido que: «[...] la regla de separación condensa una práctica de buen gobierno corporativo, estrechamente ligada al principio de transparencia, cuya finalidad es la de asegurar que los socios, como ejercientes del derecho de voto, puedan elucidar el contenido y alcance del acuerdo sometido a decisión, consiguiendo por este medio que la voluntad social cristalice en acuerdos con el mayor grado de autenticidad posible.

que la adopción de este acuerdo está sujeto a un régimen especial de mayorías en la sociedad limitada (art. 199 LSC), así como, en su caso, al deber de abstención de los socios afectados por el conflicto objeto de la dispensa (art. 190.1 e) LSC), lo cual obliga a que no pueda votarse este acuerdo a la vez que otros no sujetos a estas especiales garantías⁴⁸⁵. Consiguientemente, no tendrá la consideración de dispensa aquella que pueda inferirse de un acuerdo de la junta general que se refiera a una cuestión diferente a la autorización singular para llevar a cabo alguna actuación desleal incardinable en el artículo 229.1 f) LSC⁴⁸⁶.

A pesar de que se trate de una norma específica con un ámbito restringido de aplicación, entiendo que podría ser impuesta voluntariamente vía estatutaria (art. 197.2 *bis* LSC) o extraestatutaria —mediante su exigencia, por ejemplo, en el reglamento interno de la junta general o en un pacto parasocial— para la dispensa de cualquier situación que deba ser concedida por la junta general.

*sin las distorsiones, confusiones, condicionamientos, adulteraciones o falseamientos que se darían en propuestas de acuerdo de configuración compleja, como agregados de asuntos que no guardan entre sí una vinculación sustancial o siquiera una mínima interdependencia objetiva o funcional» (Vid. YANES YANES, P., «La votación separada por asuntos», RDM, núm. 299, 2016, p. 3, versión electrónica). Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 que ha introducido la expresa mención al acuerdo *separado*, los tribunales ya venían exigiendo que los acuerdos relativos a la dispensa de la prohibición de competencia se incluyeran de forma expresa en un punto del orden del día. Así, se ha afirmado que: «Sin embargo, de los términos en que resulta configurado el orden del día no puede admitirse que se desprenda, directa o indirectamente, que el asunto a tratar incluye una autorización de la Junta General de las previstas en el art. 65 LSRL. Es esta una cuestión que no solo tiene señalado un régimen específico, sino que se somete a la adopción del acuerdo por mayoría cualificada -arts. 52 y 53 LSRL -, por lo que difícilmente puede entenderse que el nombramiento de administradores ampara la adopción de acuerdos de este tipo sin estar expresamente contemplado el asunto en el orden del día. En definitiva, al amparo del punto segundo del orden del día se procede al nombramiento de administradores, pero también se adopta otro acuerdo no previsto en el orden del día de la convocatoria. Esta circunstancia determina la nulidad del acuerdo, como correctamente apreció la sentencia recurrida» (SAP de Madrid de 14 julio de 2011, F.D. Tercero, JUR\2011\308864).*

⁴⁸⁵ A este respecto, *Vid.* la SAP de Madrid de 14 julio de 2011 (F.D. Tercero, JUR\2011\308864).

⁴⁸⁶ *Vid.* FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 138.

2.2.4 Las fases del procedimiento dirigido a la concesión de la dispensa

2.2.4.1 La puesta en conocimiento del conflicto: la transparencia

En el apartado anterior he dicho que es la junta general el órgano social elegido para decidir acerca de la concesión de los permisos singulares para competir con la sociedad y, también, para situarse permanentemente en conflicto con el interés social. Pero, para que la junta general pueda adoptar el acuerdo que verse sobre el citado permiso, es imprescindible que tenga conocimiento del conflicto objeto del mismo. En efecto, la comunicación del conflicto será equivalente, en la mayor parte de los casos, a una solicitud de dispensa⁴⁸⁷.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 229.3 LSC, los administradores están obligados a comunicar «*cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad*» y, por tanto, también los concernientes a los conflictos permanentes previstos en el artículo 229.1 f) LSC, ya sean estos actuales o potenciales⁴⁸⁸. Esta comunicación ha de ser completa y detallada —nunca genérica—, es decir, debe indicar todas las circunstancias concretas que rodeen al conflicto a fin de que la junta general pueda conocerlo en su integridad y valorarlo con el debido conocimiento de su alcance⁴⁸⁹. Al fin y al cabo, tal

⁴⁸⁷ En este sentido, *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 61. No obstante, la comunicación no deberá entenderse como una solicitud de dispensa en aquellos casos en los que, preventivamente, el administrador comunica la sospecha sobre un conflicto de interés. En este caso, solamente cuando tal sospecha sea cierta equivaldrá la comunicación a una solicitud de dispensa.

⁴⁸⁸ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 29, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», cit., p. 265, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 64, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., pp. 103-104, MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 76.

⁴⁸⁹ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto», cit., p. 150, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., pp. 103-104, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 183-184.

comunicación posibilita que se dé inicio al procedimiento de la dispensa objeto de estudio, previniendo los riesgos y las nocivas consecuencias que las situaciones conflictivas pueden acarrear al patrimonio social⁴⁹⁰ y, al mismo tiempo, facilitando la exigencia de la obligación básica de abstención del administrador (art. 28 c) LSC). No obstante, para que este *disclosure* pueda cumplir estos fines, deberá tener lugar en el mismo momento en el que el administrador sepa de la existencia del conflicto y, en todo caso, con carácter previo al desarrollo de la actividad conflictiva⁴⁹¹.

Según se prevé en dicho artículo, dicha comunicación se dirigirá a: «*los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración o, tratándose de un administrador único, a la junta general*». En consecuencia, conforme a lo expuesto anteriormente, si bien el órgano competente para conceder la dispensa en el marco de los conflictos de naturaleza estable del artículo 229.1 f) LSC es la junta general, el destinatario primero de la comunicación sobre los mismos será el órgano de administración, salvo que el administrador conflictuado y remitente de la misma sea el único administrador de la sociedad. En este último caso, irremediamente, tal y como señala el propio artículo 229.3 LSC, será la junta general quien reciba esta comunicación de primera mano del administrador en conflicto.

Dicho lo anterior, juzgo necesario hacer una breve referencia a la necesidad de que la obligación de comunicación objeto de análisis se interprete en el marco de las

⁴⁹⁰ Además de esta función preventiva, PAZ-ARES subraya los siguientes efectos positivos que se derivan de dicha obligación de transparencia cuando postula que: «*Hay que remover la opacidad que tradicionalmente ha rodeado las operaciones que plantean un conflicto de interés, debiendo recordarse a tal efecto: (i) que la publicidad de dichas operaciones ofrece a los accionistas la información que eventualmente pueden necesitar para litigar las violaciones del deber de lealtad 67; (ii) que el simple hecho de tener que hacerlas públicas impedirá, sin más, que se realicen algunas transacciones interesadas y determinará que las que se realicen sean, en promedio, más equitativas para los accionistas minoritarios; y (iii) que, mediando una obligación de transparencia, si una transacción interesada se oculta y más tarde es descubierta, será mucho más fácil exigir responsabilidades*» (Vid. PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 60). Asimismo, en este sentido, Vid. RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 104.

⁴⁹¹ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 30, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 104.

garantías legales de transparencia. A pesar de que el artículo 230 LSC no se refiera en su tercer apartado a la «*transparencia del proceso*» al que sí se alude en su apartado segundo *in fine*, considero que esta ha de ser respetada también en el ámbito de la dispensa de los conflictos permanentes *ex* artículo 229.1 f) LSC. Me parece a todas luces cuestionable que el legislador pretenda dotar de menores garantías de transparencia al otorgamiento de la dispensa cuando resulta competente para su concesión la junta general que cuando le compete al órgano de administración.

Cabe preguntarse cuál podría ser el fundamento que justificaría dicha distinción. En mi opinión, no existe una justificación en tal sentido, toda vez que el deber que incumbe al administrador afectado de informar sobre dichos actos debe realizarse con independencia del sujeto en quien recaiga la competencia sobre dicha decisión. En realidad, esta obligación de transparencia del proceso no es sino complemento de la obligación impuesta a los administradores de informar sobre cualquier situación de conflicto prevista en el artículo 229.3 LSC. Añadiré que se trata de una exigencia que se encuentra en estrecha relación con el derecho-deber de información que con carácter genérico se recoge hoy en el artículo 225.3 LSC. A mayor abundamiento, no cabe descuidar que los conflictos sobre cuya dispensa trata el artículo 230.3 I LSC —de forma expresa los conflictos de competencia y, fruto de una interpretación sistemática, también los restantes de carácter permanente conforme al apartado f) del artículo 229.1 LSC— revisten, generalmente, mayor gravedad para el interés social que los restantes conflictos de interés de carácter ocasional. Por tanto, no encuentro una razón que motive la innecesariedad de la «*transparencia del proceso*» en los casos en los que el legislador ha concedido la competencia para conceder la dispensa a la junta general (art. 230.2 y 3 I LSC).

Tampoco encontré una razón para ello la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, puesto que el texto elaborado por esta Comisión⁴⁹² no incluía

⁴⁹² *Vid.* «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo», Madrid, 13 de octubre de 2013, disponible en:

ninguna distinción entre órganos al exigir que: «*En todos los casos será preciso, además, asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia en el proceso*». No obstante, la Ley 31/2014 no respetó este texto en su integridad, por lo que, atendiendo a la dicción literal del vigente artículo 230.2 II LSC, la transparencia —y también la equidad— no es un requisito legal expresamente aplicable cuando la dispensa la concede la junta general. Antes bien, la ausencia de esta previsión explícita en el actual texto de la LSC no implica que la junta pueda decidir sin contar con la información suficiente al efecto⁴⁹³. En caso de que la junta general adoptase el acuerdo de la dispensa en estos términos, quedaría abierto el camino de la impugnación de dicho acuerdo de la junta con base en la lesión al interés social (art. 204.1 LSC).

2.2.4.2 La elevación del conflicto a la junta general

En líneas anteriores he expuesto que la comunicación del conflicto se dirige al órgano de administración —a menos que este revista la forma de administrador único—. De ello se desprende que será necesario que este órgano traslade a la junta general la situación de conflicto que le ha sido comunicada por el administrador en conflicto (art. 229.3 LSC) en orden a que esta resuelva sobre la procedencia o improcedencia de su dispensa (art. 230.3 I LSC).

Si bien es cierto que la LSC no establece de forma expresa esta obligación que incumbe a los administradores receptores de la comunicación del conflicto, entiendo que la misma resulta del propio *procedimiento* —aun incompleto— establecido en esta norma. En otras palabras, habida cuenta de que la competencia para conceder la dispensa en el marco de estos conflictos reside *ex lege* en la junta general, es esta y no el órgano de administración la que debe valorar la concreta situación de competencia.

http://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf

⁴⁹³ En este sentido *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 421.

Siguiendo esta interpretación, recibida la notificación sobre un conflicto de competencia u *otro* conflicto permanente (art. 229.1 f) LSC), los administradores deberán informar a la junta general sobre el mismo a pesar de apreciar que no es *relevante*, esto es, que no se trata de un conflicto *efectivo*. Por mucho que esta interpretación conlleve la exigencia de elevar a la junta supuestas situaciones de conflicto permanente que no revisten la necesaria efectividad para poder calificarlas como tales, defiendo que se debe respetar, en todo caso, la competencia exclusiva de la junta. Es este órgano el que debe realizar el examen de esta efectividad, dicho de otro modo, el de la propia existencia de una situación de enfrentamiento estable con el interés social *ex* artículo 229.1 f) LSC.

En mi opinión, no cabe interpretar que el órgano de administración pueda hacer una evaluación previa de las situaciones de conflicto que le han sido comunicadas en virtud del artículo 229.3 LSC —la *pre-evaluación* del conflicto— y, solo en caso de considerar que se trata de un conflicto efectivo, elevar a la junta el acuerdo sobre su dispensa —la *evaluación* del conflicto—⁴⁹⁴. Los administradores carecen de habilitación legal para valorar si existe o no conflicto, o si se cumplen o no las exigencias de inocuidad previstas en el artículo 230.3 I LSC. A lo sumo, podrán realizar esta valoración a los solos y únicos efectos de decidir si la gravedad del conflicto de interés exige que la junta general que resolverá sobre su dispensa se debe convocar de forma inmediata o, por el contrario, cabe esperar a la celebración de la

⁴⁹⁴ Se ha defendido, no obstante, que el órgano de administración está facultado para decidir si el conflicto reviste la suficiente relevancia para elevar, en su caso, la propuesta de su dispensa a la junta general. Este autor considera que, en caso de que los administradores entendiesen que el conflicto carece de relevancia, simplemente se constataría la inexistencia de un conflicto relevante, lo cual no equivaldría a una dispensa *de facto* del conflicto (*Vid.* MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 77). Si bien me parece una interpretación que simplificaría el procedimiento de la dispensa y, principalmente, evitaría que la junta se tuviese que pronunciar sobre supuestas situaciones de conflicto que, a primera vista, carecen de la relevancia suficiente, considero que se trata de una interpretación contraria al imperativo artículo 230.3 I LSC. Si, con mayor o menor acierto, el legislador ha decidido negar al órgano de administración la competencia para valorar la relevancia de las situaciones de conflicto en algunos supuestos concretos, entre los que se encuentra el conflicto que nace de la vulneración de la prohibición de competencia, no cabe hurtar a la junta esta competencia exclusiva.

próxima reunión de la junta general prevista o, en su caso, a la de la preceptiva junta general ordinaria⁴⁹⁵.

A pesar de que, siguiendo la argumentación previa, el órgano de administración carezca de competencia para llevar a cabo la referida *pre-evaluación* de la situación conflictiva, considero que los miembros del órgano de administración podrían indicar a la junta su parecer sobre el conflicto comunicado —debidamente justificado—, a fin de que esta disponga de mayor información sobre el mismo⁴⁹⁶. A este respecto, debemos tener en cuenta que son precisamente los administradores los que mejor podrían conocer las situaciones de conflicto que pueden generarse y los que podrían encontrarse en condiciones propicias para valorar el efecto potencial negativo de los mismos⁴⁹⁷. Aunque, no olvidemos, también son ellos los que podrían hacer una lectura interesada de dichos efectos del conflicto a fin de *esconderlo* y *auxiliar* al administrador incurso en el mismo. Estimo que ha sido este riesgo —junto con la propia gravedad de los conflictos estructurales del artículo 229.1 f) LSC y el fin último de garantizar el mejor interés social (art. 227.1 LSC)— el que ha motivado al legislador a reconocer la competencia exclusiva de la junta para autorizar los conflictos que ahora nos ocupan. En suma, la última y única valoración vinculante para autorizar *ad hoc* una situación de conflicto permanente de interés incardinable en el artículo 229.1 f) LSC la ha de realizar la junta general.

⁴⁹⁵ En este sentido, *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 419.

⁴⁹⁶ La capacidad soberana de la junta para decidir sobre la dispensa que tiene por objeto situaciones de conflicto de competencia ha de compaginarse con el deber de los administradores de advertir, en su caso, sobre los peligros que podrían derivarse de la concesión de dicha dispensa (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., pp. 69-70). A pesar de que esta obligación no se recoja de forma expresa en la LSC, entiendo que los administradores que no informasen a la junta sobre los eventuales peligros que podrían derivarse de una dispensa estarían incumpliendo su deber general de lealtad (art. 227.1 LSC).

⁴⁹⁷ En este sentido, con anterioridad a la reforma de la Ley 31/2014, *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 30. Siguiendo la misma línea de argumentación se pronuncia, tras dicha reforma, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 70.

Para finalizar, me parece importante señalar que, en múltiples ocasiones, el conocimiento del conflicto por parte del órgano de administración podría tener origen en un cauce distinto a la propia comunicación del mismo realizada por el administrador afectado —entre otros, por parte de proveedores de la sociedad o de personas vinculadas a los administradores (art. 231 LSC)—. Es decir, los administradores podrían haber conocido el conflicto por fuentes distintas al administrador incurso en el mismo. En estos casos, el hecho de que el administrador en conflicto incumpliese su obligación de información (art. 229.3 LSC) no eximiría a los restantes administradores de su obligación de informar a la junta sobre el conflicto en cuestión a fin de que esta pudiera pronunciarse sobre su dispensa. Y es que, en caso de que los administradores mantuviesen dicha situación de conflicto *en secreto*, estarían claramente incumpliendo su deber general de lealtad (art. 227.1 LSC) por impedir que funcionase el procedimiento encaminado a la concesión de la dispensa regulado en la LSC y, en última instancia, que la junta pudiese adoptar las medidas oportunas para tutelar el interés social⁴⁹⁸. Igualmente, podría suceder que la junta general de socios fuera conocedora de forma directa de la situación de conflicto sin que el propio administrador incurso en él ni, en su caso, los restantes miembros del órgano de administración que supiesen del mismo, se lo hubiesen trasladado. En tales circunstancias, la junta general se vería igualmente obligada a proteger el interés social adoptando, de resultar necesario, las medidas oportunas para castigar a los administradores que mantuvieron oculto el conflicto.

2.2.4.3 La adopción del acuerdo relativo a la solicitud de dispensa

Una vez que la junta general es conocedora de la información correspondiente al conflicto permanente de interés *ex* artículo 229.1 f) LSC, llegamos a la última fase

⁴⁹⁸ Así, los administradores que siendo conocedores del conflicto que afecta a otro administrador no lo pusiesen en conocimiento de la junta, serían responsables directos por su desleal actuación y no solidarios con el administrador incurso en tal conflicto. No se trata de una responsabilidad por negligencia o falta de vigilancia, sino propia de su conducta infractora del vigente deber general de lealtad (art. 227.1 LSC).

del procedimiento dirigido a la concesión de la dispensa sobre el mismo. Corresponde en este estadio a la junta general decidir acerca de la procedencia o improcedencia de flexibilizar la prohibición legal de esta tipología de conflicto.

Así, tras el examen de la información proporcionada por el órgano de administración sobre el conflicto —en su caso, junto con sus propias valoraciones sobre las eventuales consecuencias que se podrían derivar del mismo— las respuestas de la junta general pueden ser distintas. A estas posibles respuestas me refiero a continuación.

2.2.4.3.1 *La inexistencia de conflicto*

De un lado, el examen de la información proporcionada podría dar lugar a la constatación por parte de la junta general de la inexistencia de conflicto de interés alguno. Esto es, si bien a primera vista una operación o situación concreta pudiera ser considerada por el administrador afectado como susceptible de ser permanentemente conflictiva a la luz del artículo 229.1 f) LSC, podría no serlo así por no concurrir en la misma los elementos básicos del conflicto de interés —recordemos, por una parte, la existencia de una contraposición de los intereses del administrador y de la sociedad y, por otra, el riesgo de lesión que en dicha tesitura puede producirse en los intereses sociales⁴⁹⁹—. Tal podría ser el caso de la tenencia de una participación mínima o insignificante por parte de un administrador en una sociedad que compite con la sociedad administrada en el mismo mercado relevante. El administrador —por motivos de prudencia— podría haber comunicado que es socio minoritario de aquella sociedad y la junta, tras analizar la situación en el mercado de esta sociedad, el porcentaje que ostenta el administrador y, en su caso, otra

⁴⁹⁹ Tal y como ha sido manifestado por la doctrina, junto con estos dos elementos esenciales del conflicto de interés podrían concurrir otros de naturaleza coyuntural, tales como la intencionalidad del administrador en la conducta conflictiva o la lesión del patrimonio social (*Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 16, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 95).

información relevante acerca del supuesto conflicto, podría llegar a la conclusión de que esta situación no puede calificarse como conflictiva porque en nada afecta al interés social.

Por consiguiente, no se estaría autorizando al administrador a ostentar dicha titularidad en el capital de la sociedad competidora sino, simplemente, se estaría negando por la junta general su cuestionada naturaleza conflictiva. Mediante esta negación de la propia existencia de la situación de conflicto se pondría fin al procedimiento iniciado por el administrador mediante la comunicación del mismo. Ahora bien, tal y como se expondrá más adelante, en caso de que aumentara su participación en dicha sociedad que compite con la tutelada, entonces, devendría necesario comunicar tales cambios, dando nuevamente comienzo al referido procedimiento⁵⁰⁰.

2.2.4.3.2 *La autorización del conflicto*

De otro lado, tras analizar la información sobre el supuesto permanentemente conflictivo, la junta general podría considerar que sí existe tal conflicto permanente de interés incardinable en el artículo 229.1 f) LSC, por concurrir los elementos objetivos y subjetivos precisos para sostener dicha afirmación⁵⁰¹.

Ahora bien, a pesar de ello, la junta podría considerar que dicho conflicto no afecta al interés social que en última instancia trata de proteger la prohibición contenida en el referido precepto. En otras palabras, la junta general, aun consciente

⁵⁰⁰ En este sentido, *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 106. Sobre la necesidad de comunicar cualquier modificación que altere la situación de conflicto permanente comunicada *ex* artículo 229.3 LSC, más ampliamente, *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.3.2.1 y 2.3.3.2.

⁵⁰¹ Para el análisis del alcance objetivo y subjetivo de la prohibición de competencia, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2 y 3.3. Para un examen de las situaciones conflictivas que nos permitirían afirmar la existencia de otros conflictos permanentes de interés distintos al de competencia, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.

de que la información sobre el conflicto a la que ha tenido acceso guarda una actividad que claramente entraña una situación de enfrentamiento estable y duradero con el interés social (art. 229.1 f) LSC), tras llevar a cabo los análisis oportunos, podría concluir que los efectos de dicha actividad estructuralmente conflictiva son neutrales o inocuos para el interés social o, por qué no, incluso ventajosos para su mejor consecución.

Encuentro necesario en este momento hacer un breve apunte sobre la inocuidad o neutralidad del conflicto que permitiría a la junta conceder la dispensa que nos ocupa. Recordemos que, según lo previsto en el artículo 230.3 I LSC, esta autorización solamente podrá concederse: *«en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa»*. Dicho de otro modo, este precepto exige que los efectos que se deriven de la conducta competitiva o permanentemente conflictiva sean inofensivos para que se pueda dar luz verde a la misma. Es decir, la junta general no puede discrecionalmente decidir si concede o no una autorización a favor del administrador en estos supuestos de conflicto. Por contra, constituye un requisito indispensable para que dicha autorización sea admisible que, o bien de la conducta del administrador no quepa esperar daño para la sociedad, o bien que el daño que se derive de la misma se vea compensado con los beneficios que previsiblemente se obtendrán de ella.

En mi opinión, no es relevante la diferente redacción que se le da a la exigencia de la neutralidad de los efectos de los conflictos permanentes en el artículo 230.3 I LSC —*«no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa»*⁵⁰²—, y en el artículo 230.2 III LSC para los restantes conflictos de interés —*«asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social»*—. En definitiva, para que pueda ser concedida la dispensa será

⁵⁰² Tal y como ha sido expuesto por PAZ-ARES, la redacción del artículo 230.3 I LSC se inspira en los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute* (St. Paul, Minn. 1994, Vol. I, p. 300-301) (*Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57).

necesaria la inexistencia de un daño real para el patrimonio social, en otras palabras, observar el requisito del *fairness*⁵⁰³.

Por último añadiré que, si bien el apartado I del artículo 230.3 LSC —a diferencia del apartado III del artículo 230.2 LSC— no exige que la operación conflictiva subsumible en el tipo recogido en el artículo 229.1 f) LSC objeto de la dispensa se realice en «*condiciones de mercado*», definiendo que esta omisión no es relevante. Así, la operación se deberá realizar también y, en todo caso, en las mismas condiciones que se realizaría con un tercero independiente —sujeto distinto al administrador o persona vinculada al mismo (art. 231 LSC)—⁵⁰⁴.

2.2.4.3.3 *La autorización del conflicto, sujeta a condición o a término*

Analizada la posibilidad de que la junta autorice un conflicto estable de interés incardinable en el artículo 229.1 f) LSC, me gustaría apuntar brevemente la posibilidad de que esta autorización de la junta esté sujeta a condición o a término⁵⁰⁵.

Pensemos que la junta general podría autorizar a un administrador a competir por cuenta ajena con la sociedad en el mismo sector, con la condición de que no se supere una determinada cifra de facturación, dicha competencia no se extienda a un

⁵⁰³ En este sentido, *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 296, JUSTE MENCIA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 423, PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57.

⁵⁰⁴ *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 57, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 296.

⁵⁰⁵ Sobre esta posibilidad se pronuncian FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 139, BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia», cit., p. 466 y LLEBOT MAJO, J. O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, 2016, p. 54. En opinión de este último autor, una condición podría consistir en una contraprestación a la sociedad para compensar los daños y perjuicios que la actividad competitiva pudiera acarrear. Asimismo a favor de las autorizaciones sujetas a condición se manifiesta, implícitamente, RIVAS FERRER, V. (*Vid.* «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 106), al sostener que: «[...] puede autorizar la conducta interesada, dando instrucciones precisas [...]».

producto concreto o, entre otros, se limite a una específica zona geográfica. En definitiva, se trata de trazar los propios límites que marca el interés social. En caso que el administrador competidor sobrepasase estos límites impuestos por la junta en el acuerdo de la dispensa, la actividad competitiva carecería de autorización alguna, por lo que nos encontraríamos ante una infracción de la prohibición contenida en el artículo 229.1 f) LSC.

De la misma manera, la sociedad podría dar su visto bueno a una actividad conflictiva para un determinado periodo. Transcurrido este, el administrador debería abstenerse de continuar con el desarrollo de dicha actividad, a menos que la junta general decidiese prorrogar la dispensa para un nuevo periodo o, incluso, con carácter indefinido —salvo alteración de la situación de conflicto—. Como veremos, el establecimiento de un plazo a la dispensa podría ser de sumo interés para evitar que, a la larga, el interés social pudiera llegar verse dañado, muy especialmente, en el ámbito de los conflictos estables de interés que nos ocupan⁵⁰⁶.

2.2.4.3.4 *La denegación de la autorización del conflicto*

Por contra, en caso de que la junta general entienda que el conflicto comunicado no puede ser *relativizado* debido al perjuicio que del mismo se deriva para el interés social —ausencia de neutralidad o inocuidad (art. 230.3 LSC)—, deberá denegar la concesión de la dispensa.

Este rechazo al conflicto de competencia o a cualquier otro de carácter permanente (art. 229.1 f) LSC), al igual que otro acuerdo denegatorio de la dispensa de un conflicto ocasional de interés, ha de estar debidamente motivado. No puede pasarse por alto que esta censura puede suponer una limitación a la libertad de empresa reconocida en la propia Constitución (art. 38), lo cual exige que la misma no

⁵⁰⁶ *Vid. infra* Cap. IV, ap. 2.3.3.2.

pueda ser injustificada y arbitraria⁵⁰⁷. Para garantizar que el referido acuerdo se ha adoptado de forma motivada, razonable y conforme a las exigencias de la LSC — entre otras, con la debida independencia de los ejercientes del derecho de voto *ex* artículo 190.1 e) LSC⁵⁰⁸—, quedaría en todo caso abierta la posibilidad de acudir a su revisión judicial, a la cual se llegaría mediante la vía de la impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.1 LSC).

Junto con el acuerdo denegatorio de la concesión de la dispensa de las referidas situaciones conflictivas, la junta general podría asimismo aprobar el acuerdo relativo al cese del administrador en conflicto conforme a lo previsto en el artículo 230.3 II LSC. A este supuesto de cese me referiré ampliamente más adelante en este trabajo⁵⁰⁹.

2.2.4.3.5 *La autorización posterior del conflicto*

Conviene hacer mención asimismo a la posibilidad de que el acuerdo relativo a la dispensa pueda ser adoptado por la junta general con carácter posterior a la realización de la conducta permanentemente desleal. En otros términos, se debe valorar si, ante el silencio que guarda la vigente LSC, cabría o no acudir a la *ratificación* de dicha conducta, y, en consecuencia, si se podría o no *regularizar* el incumplimiento de la obligación de comunicar el conflicto de interés (art. 229.3 LSC) y el desarrollo de la operación que da lugar al nacimiento de tal conflicto (art. 229.1 f) LSC)⁵¹⁰.

Para ello, en primer lugar, conviene atender al fin último que se pretende perseguir mediante la mentada autorización *posterior*. Esta autorización o permiso *ex*

⁵⁰⁷ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 297, RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 108.

⁵⁰⁸ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.2.

⁵⁰⁹ *Vid. infra* Cap. V, ap. 2.2.

⁵¹⁰ Sobre esta posibilidad, *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 104, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., pp. 423-424, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, cit., p. 227.

post busca que la sociedad conozca la situación conflictiva y decida, atendiendo a sus circunstancias particulares, si la misma puede ser admitida con carácter singular con base en el criterio rector que marca en cada caso el mejor interés social. Por lo tanto, aprecio sin problemas que este fin no difiere del perseguido a través del instituto de la autorización singular *ex ante* o dispensa. Teniendo en consideración lo anterior, soy de la opinión de que el retraso en la comunicación del conflicto, o el conocimiento tardío del mismo por otros medios, no debe —no al menos solamente por este elemento temporal— implicar la imposibilidad de que la sociedad pueda dar su visto bueno a una determinada conducta cuestionable en términos de lealtad según el artículo 229.1 f) LSC, salvo que nos hallemos ante actos desleales nulos de pleno derecho⁵¹¹. Ha de tenerse presente que el órgano soberano podría acordar la denegación de la ratificación en caso de estimar que el elemento temporal desempeñase una función primordial en el marco de un determinado conflicto —y proceder, en su caso, a ejercitar los remedios que la LSC prevé para las infracciones del deber de lealtad—. Es decir, en todo caso, la junta general sería soberana para, una vez conocido el conflicto, mostrar su repulsa hacia el mismo.

En segundo lugar, encuentro otro apoyo a la figura de la ratificación en la propia redacción literal del artículo 230.3 II LSC⁵¹², el cual establece la competencia de la junta general para resolver: «sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante». Es decir, la junta es competente para valorar si cesa o no al administrador que lleva a cabo una actividad competitiva. Por lo tanto, si se reconoce la competencia de este órgano para no cesar al administrador que participa en una situación conflictiva, considero que nada obsta a que la junta pueda ratificar su actuación⁵¹³.

⁵¹¹ Sobre la imposibilidad de ratificar o confirmar actos nulos de pleno de derecho, *Vid. infra* Cap. V, ap. 4.3.2.

⁵¹² En sede de las sociedades anónimas podría alegarse también el artículo 224.2 LSC, el cual establece la competencia de la junta, a solicitud de cualquier accionista, para acordar el cese de los administradores que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad (*Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2).

⁵¹³ En este sentido se pronunciaron con anterioridad a la reforma de la LSC introducida por la

Justamente con motivo en esta competencia relativa al cese del administrador infiel reconocida en exclusiva a la junta en el referido precepto de la LSC, sería esta la que necesariamente decidiese también acerca de la ratificación. Es decir, sería este órgano y no el de administración el que podría renunciar al referido remedio del cese y dar su visto bueno a la conducta del administrador *formalmente* desleal⁵¹⁴. En realidad, el acuerdo de la ratificación produciría un doble efecto, por un lado, la propia ratificación y, por otro lado, la enervación de la solicitud del cese del administrador infiel⁵¹⁵.

Expuestas las razones que me conducen a afirmar la posibilidad de ratificar las conductas competitivas, estimo importante indicar brevemente cómo encaja esta confirmación en el procedimiento de la dispensa que se analiza en el presente apartado del trabajo.

Para comenzar, es preciso tener en cuenta que el administrador debería cumplir, aunque fuera de forma tardía, con su deber de información (art. 229.3 LSC), justificando los motivos que ocasionaron el retraso en dicha comunicación⁵¹⁶. Es decir, si bien de manera extemporánea, debería garantizarse la transparencia que se pretende proteger mediante el deber impuesto en la citada norma. Con carácter adicional, deberían cumplirse los restantes requisitos procedimentales antes expuestos al referirme a la dispensa, es decir, la elevación de la información sobre el conflicto al órgano decisorio y la adopción del acuerdo de la ratificación, con sujeción a las condiciones exigibles al acuerdo de la dispensa mencionadas previamente.

Ley 31/2014, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., pp. 425-426, y PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 118.

⁵¹⁴ A favor de la competencia exclusiva de la junta para ratificar la conducta desleal del administrador, *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 79, RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.649.

⁵¹⁵ *Vid.* COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, cit., p. 225.

⁵¹⁶ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 109, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 30.

Sin perjuicio de todo lo anterior, como se expondrá más adelante, los efectos de esta ratificación —al igual que los de la dispensa— quedarán limitados a lo previsto en el artículo 236.2 LSC⁵¹⁷.

2.2.4.3.6 *La revocación de la autorización del conflicto*

Para finalizar con el análisis de las clases de respuesta que puede dar la junta general a las solicitudes de dispensa cursadas por el administrador, me referiré a la posibilidad consistente en que, tras la autorización del conflicto —sujeta o no a condición o a término—, el órgano soberano decida poner fin a la misma, esto es, revocarla.

Con carácter preliminar me gustaría indicar que, a pesar del silencio legal sobre la posibilidad de que la junta general acuerde tal revocación, considero que la misma encuentra hoy un apoyo sustantivo en el artículo 230.3 II LSC. En mi opinión, si el cambio de las circunstancias de un conflicto puede acarrear la procedencia del cese del administrador incurso en el mismo, dichos cambios podrían asimismo conllevar la necesidad de que se revoque la dispensa que, en su caso, hubiera sido concedida para el desarrollo de la actividad conflictiva. A mayor abundamiento, el carácter revocable de la dispensa es indiscutible no solo con base en el referido artículo 230.3 II LSC, sino también de conformidad con la literalidad del artículo 231.1 LSC, el cual establece la vía para destituir a los administradores en cualquier momento, aun sin justa causa —cese *ad nutum*— (art. 223.1 LSC)⁵¹⁸. En cualquier caso, el acuerdo favorable al cese del administrador conllevaría, cómo no, la revocación de la dispensa que hubiera sido concedida a su favor.

⁵¹⁷ *Vid. infra* Cap. V, ap. 4.4.4.

⁵¹⁸ A favor del carácter revocable de la dispensa, entre otros, *Vid.* COSTAS COMESAÑA, J. *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., p. 226, EMBID IRUJO, J. M., «Artículo 65. Prohibición de competencia», cit., p. 805, ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», cit.

Por otro lado, debe advertirse que, al igual que el propio acuerdo relativo a la dispensa, el acuerdo que venga a poner fin a la misma deberá estar debidamente motivado. En concreto, la junta deberá indicar las razones que le llevan a concluir que han variado las circunstancias que en un primer momento permitieron considerar que la actividad conflictiva en cuestión era inocua y que la protección del interés social exige ahora que se paralice el desarrollo de la misma. A este respecto, se debe señalar en este momento la posibilidad de que la junta escoja el atajo del cese *ad nutum* del administrador (art. 223.1 LSC) —el cual conllevaría, *de facto*, la revocación de la dispensa— eludiendo así la necesidad de alegar causa alguna. En otras palabras, la posibilidad de acudir a esta vía abierta en la LSC levantaría la obligación de motivación a la que me he referido anteriormente, vaciándola de todo contenido. En todo caso, a fin de garantizar que este camino no es empleado con fines abusivos, quedará abierta la posibilidad de impugnar dicho acuerdo de cese (art. 204.1 II LSC).

Por último, en lo referente a la necesidad de que tal acuerdo se adopte de forma expresa y por separado, si bien entiendo que se trata de un requisito que debe ser asimismo aplicable con carácter general en aplicación del artículo 230.3 I LSC, considero que el mismo debería considerarse cumplido cuando traiga causa del acuerdo de cese del administrador *ex* artículo 230.3 II LSC. En este caso, carecería de sentido exigir un acuerdo expreso adicional y distinto al del cese que versase sobre la revocación de la dispensa.

2.3 LAS DEBILIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

2.3.1 Preliminar

En el apartado anterior de este capítulo se ha expuesto el régimen jurídico aplicable a las distintas fases del procedimiento para conceder la dispensa de los

conflictos permanentes de interés *ex* artículo 229.1 f) LSC. Conforme ha quedado patente, las previsiones de la LSC destinadas a regular el curso de la solicitud de la dispensa en estos casos, hasta su resolución, son tan escasas como genéricas. Aunque los artículos 229.3 y 230.2 y 3 LSC nos indican el camino principal que debe seguirse, estos no regulan con suficiente precisión la forma en la que debe recorrerse el mismo, menos aún en atención a las particularidades propias de los conflictos permanentes de interés⁵¹⁹. Y es que, la propia naturaleza estable de estos conflictos obliga a la reflexión sobre la suficiencia y eficacia de este régimen cuando el mismo es puesto en práctica.

Con ánimo de afrontar tal reflexión de forma constructiva, para empezar, juzgo necesario poner de relieve los problemas prácticos que se derivan de la insuficiencia del régimen legal anteriormente presentado. Posteriormente, una vez identificados tales inconvenientes, dedicaré unas líneas a analizar, en primer lugar, los cauces societarios o parasocietarios a través de los cuales se podrían recoger las propuestas destinadas a su resolución y, en segundo lugar, el contenido propio de algunas de ellas.

2.3.2 Problemas prácticos derivados de la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente

De acuerdo con lo adelantado, el escueto régimen legal dirigido a gobernar la manera en la que pueden ser autorizados los conflictos permanentes de interés genera dudas y cuestiones que bien merecen ser debidamente atendidas si queremos que el *law in the books* se convierta en *law in action*. En otras palabras, de nada nos sirven las previsiones de la LSC si cuando las aplicamos en la vida real de los particulares

⁵¹⁹ Sobre las características de los conflictos de interés de carácter permanente, *Vid. supra* Cap. III, ap. 2.

conflictos estructurales no resuelven los problemas que los mismos generan y que a renglón seguido se presentan.

2.3.2.1 Las debilidades del deber de información en el marco de los conflictos de interés de carácter permanente

De conformidad con lo expuesto anteriormente, es el propio artículo 229.3 LSC el que impone a los administradores el deber de comunicar toda situación de conflicto que les afecte, tanto a ellos mismos, como a las personas a ellos vinculadas⁵²⁰. Como decía, tal deber de información permite que se dé comienzo al procedimiento dirigido a la concesión de la dispensa de los conflictos permanentes, por lo que, a fin de que la resolución sobre tal concesión se adopte con el debido conocimiento de causa, será imprescindible que el administrador informe puntual, íntegra y pormenorizadamente sobre el conflicto de interés permanente de que se trate en cada caso.

Con estas premisas, cabe preguntarse cuál debe ser el alcance real de la exigencia de transparencia que pesa sobre los administradores en virtud de dicho precepto si queremos que el conocimiento que adquiera la junta general sobre un conflicto permanente sea bastante como para poder resolver oportunamente acerca de su dispensa. A fin de dar respuesta a esta cuestión, resulta indispensable acudir nuevamente a la literalidad del propio artículo 229.3 LSC, el cual obliga al administrador a comunicar todas las situaciones de conflicto, incluidos, a mi entender, los cambios que afectan a las mismas. No cabe perder de vista que la naturaleza estable del conflicto implica que, dado que el mismo no termina en un acto ocasional o puntual, las circunstancias y particularidades de la actividad permanentemente conflictiva irán variando a lo largo de su duración.

⁵²⁰ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.1.

En consecuencia, si sostenemos que la información proporcionada sea completa y detallada para que el órgano soberano pueda adoptar un acuerdo suficientemente fundado, no cabe duda de que la información deberá actualizarse, adaptarse o corregirse, según proceda, al son de los vaivenes del propio conflicto⁵²¹. Dicho de otro modo, es insostenible que una primera comunicación del conflicto suponga el cumplimiento del deber previsto en el referido artículo, eternamente. Ha de tenerse presente que el cambio de los hechos o de las circunstancias que afectan a un determinado conflicto podrían convertirlo, de hecho, en un *nuevo* conflicto. Además, aunque los cambios no fueran de tal calado, correspondería en cualquier caso a la junta general valorar el alcance de los mismos, lo cual exigiría que se encontrase debidamente informada sobre todos ellos.

Por lo tanto, aunque la LSC guarde silencio al respecto, postulo que un administrador leal ha de dar puntual cuenta sobre el conflicto estructural que le afecte, aunque ello le obligue a informar sobre el mismo de forma periódica. De no hacerlo así, esta garantía procedimental no cumplirá su ansiada función preventiva.

2.3.2.2 Dificultades prácticas relacionadas con la elevación de los conflictos de interés de carácter permanente a la junta general por parte del órgano de administración

En mi exposición de las fases del procedimiento correspondiente a la concesión de la dispensa he dicho que, aunque el órgano competente para resolver el conflicto permanente es la junta general, la comunicación sobre el conflicto debe

⁵²¹ En este sentido se pronuncia claramente RIVAS FERRER, V., (*Vid.* «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», cit., p. 105), cuando proclama que: *«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 conculca 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.»*

dirigirse al órgano de administración⁵²². A pesar de que este órgano no deba valorar, ni siquiera previamente, si el conflicto comunicado es un conflicto real y efectivo, conforme he sostenido anteriormente, soy de la opinión de que sí puede poner en su conocimiento su parecer, a los solos efectos de que dicha información sea lo más completa posible.

No obstante, siguiendo la argumentación anterior, si el administrador incurso en el conflicto permanente debe informar sobre el mismo al órgano de gobierno de forma periódica, cada vez que el mismo varía en cualquier forma, ello provoca que este debe a su vez dar traslado constante sobre dichas variaciones a la junta general. A mayor abundamiento, tal deber de traslado continuo debe realizarse, asimismo, cuando llegan al oído del administrador dichas novedades sobre el conflicto por cauces distintos a la propia información del administrador conflictuado.

Evidentemente, estas exigencias son generadoras de importantes problemas prácticos. En particular, resultará difícil no solo controlar que los administradores cumplan puntualmente con su deber de mantener informada a la junta, sino también y, sobre todo, vigilar que los intereses y vínculos existentes —tanto entre los administradores como entre estos y la junta general— no pongan en riesgo la esperada transparencia y, en definitiva, la recepción por la junta de la precisa información completa sobre cada situación de conflicto estructural⁵²³.

⁵²² *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.2.

⁵²³ En el marco de la interposición de la acción de responsabilidad, el riesgo de que los administradores no informen a la junta general sobre la deslealtad que motiva tal acción —en este caso, para convocar la junta que adopte un acuerdo sobre su incoación— ha sido resuelto mediante la consagración de la acción *directa* a favor de los socios en el art. 239.1 II LSC (*Vid infra* Cap. V, ap. 4.4.3).

2.3.2.3 La complejidad del acuerdo relativo a la solicitud de la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente

Llegamos a la fase del procedimiento relativo a la concesión de la dispensa en la que la naturaleza estructural de los conflictos genera mayores problemas prácticos. De acuerdo con lo indicado anteriormente, las respuestas que la junta general puede dar a una solicitud de dispensa son varias: sostener que no existe conflicto, autorizar el conflicto —sujeto o no a condición o a término— o denegar la dispensa. Asimismo, se apuntaban las variantes de que el conflicto se ratifique *a posteriori* o se revoque la autorización previamente concedida.

Expuesto lo anterior, considero de interés indagar en la forma en la que podría incidir la permanencia del conflicto en la validez del acuerdo adoptado por la junta general, cualquiera que fuera su sentido. Es decir, debe analizarse si los cambios experimentados por un determinado conflicto estructural podrían invalidar la resolución dictada por el órgano soberano, en resumen, si cada alteración del conflicto permanente exigiría que la junta general se reuniera de nuevo para estudiarlo y decidir, una vez más, acerca de su dispensa.

En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa en lo que respecta al deber de la junta de reunirse para examinar la nueva situación del conflicto permanente. El órgano soberano no puede incumplir el mandato legal (art. 230.3 I LSC) y ha de estudiar cada conflicto permanente que llegue a su conocimiento, ya sea nuevo o *renovado*. Ahora bien, la urgencia con la que se deberá celebrar la junta general dependerá de la gravedad del conflicto de que se trate en cada caso.

Igualmente, considero que la respuesta deber ser afirmativa con respecto de la necesidad de resolver acerca de la concesión de la dispensa⁵²⁴. En concreto, en este

⁵²⁴ Sobre la necesidad de revisar la dispensa cuando las circunstancias que rodean al conflicto varían, *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital»,

momento, la junta deberá resolver sobre el devenir de una dispensa previamente concedida: (i) bien a favor de mantenerla vigente en sus mismos términos—por entender que las nuevas circunstancias del conflicto comunicadas no son relevantes—, (ii) bien a favor de modificar su alcance, entre otros, estableciendo nuevas condiciones o términos que garanticen la protección del interés de la sociedad tutelada tras los cambios que ha experimentado el conflicto, (iii) o bien, por qué no, en contra de su mantenimiento, esto es, a favor de su revocación⁵²⁵. La protección del interés social exigirá tal revocación cuando las novedades sean de tal calado que no permitan sostener que se sigue dando cumplimiento al requisito de la equidad o *fairness* (art. 230.3 I LSC)⁵²⁶.

De todo lo anterior se colige que, en orden a que se observen en su integridad las garantías que establece la LSC y, en suma, para proteger constantemente el interés social, la junta general se podría ver obligada a revisar los acuerdos sobre las autorizaciones singulares de los conflictos permanentes de interés.

2.3.3 Propuesta para atajar la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente

Según lo indicado previamente, en este apartado del trabajo me propongo realizar un análisis constructivo del régimen de la dispensa de los conflictos permanentes de interés. En atención a las referidas dificultades y cuestiones que plantea la aplicación de la escueta regulación de la LSC, expondré seguidamente algunos cauces que, en mi modesta opinión, podrían ayudar a atajar la insuficiencia de este régimen y, consiguientemente, solventar los problemas y las inquietudes que la aplicación del mismo genera en la práctica societaria.

cit., p. 105.

⁵²⁵ Los motivos que me conducen a afirmar la posibilidad de revocar una dispensa han sido expuestos en el apartado 2.2.4.3.6 de este capítulo.

⁵²⁶ No obstante, conforme a lo señalado anteriormente, la vía de la separación *ad nutum* equivaldría a una revocación de la dispensa sin justa causa (*Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.3.6).

2.3.3.1 Marco normativo complementario

Antes de adentrarme propiamente en el contenido de las normas que podrían reforzar el régimen legal aplicable al procedimiento de la dispensa de los conflictos permanentes de interés, es indispensable aclarar cuáles podrían ser los instrumentos jurídicos donde se recogiesen las mismas.

- (i) Por un lado, no cabe duda de que los estatutos sociales podrían albergar dicha regulación⁵²⁷. Al margen del ineludible contenido estatutario mínimo legal (art. 23 LSC), este cuerpo normativo proporcionaría seguridad jurídica plena sobre las reglas aplicables a la dispensa de los conflictos permanentes, no solo *ad intra*, sino también *ad extra*, en virtud de su publicidad registral⁵²⁸.

No obstante, el libre acceso por parte de terceros al conocimiento de dicho régimen jurídico podría ser motivo suficiente para que se optase por vías más discretas. Además de la publicidad, la rigidez de las normas reguladoras de las modificaciones estatutarias —principalmente, la exigencia de mayorías reforzadas en sede de junta general y su formalización en escritura pública (arts. 285 y ss. LSC)— podría asimismo ser motivo bastante para que los socios

⁵²⁷ Conviene recordar en este punto que: «Los estatutos recogen el ordenamiento corporativo del que se dota la organización social al objeto de perfilar sus reglas de funcionamiento, precisando las normas de actuación de los diversos órganos sociales, concretando la posición jurídica de los socios, etc.» (Vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., G. DE ENTERRÍA, J., «La sociedad anónima: fundación», en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Madrid, 2006, p. 832. Además de su carácter organizativo, no cabe olvidar que no constituyen sino las reglas del contrato que une a los socios: «Los estatutos son el conjunto de normas de la escritura fundacional que regulan constitucionalmente los aspectos básicos de la organización social como fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. Evidencian el aspecto institucional u organizativo de la sociedad de capital y constituyen la reglamentación corporativa de la sociedad nacida del contrato» (Vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Fundación de las sociedades de capital», en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de Sociedades de Capital y de la legislación complementaria* (Dir. EMBID IRUJO, J. M., Coords. FERRANDO VILLALBA, M.ª L., HERNANDO CEBRIÁ, L., MARTÍ MOYA, V.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 44).

⁵²⁸ Para un análisis del RM como instrumento de la publicidad legal, Vid. ROJO, Á., «El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento», en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, pp. 199-204.

optasen por instrumentos más flexibles, primordialmente, en vistas a la necesidad de su adaptación a las necesidades futuras de la sociedad.

- (ii) Por otro lado, con ánimo de evitar la citada publicidad así como la rigidez inmanente a la antedicha regulación estatutaria, se podría recurrir a las normas internas privadas, tales como los reglamentos de la junta general y del consejo de administración —preceptivos en sede de las sociedades anónimas cotizadas (arts. 512 y 528 LSC, respectivamente) y voluntarios en cualquier sociedad de capital no cotizada—⁵²⁹. Estos marcos normativos internos infraestatutarios⁵³⁰, los cuales son aprobados por cada órgano social como consecuencia de su potestad autonormativa⁵³¹, podrían complementar el funcionamiento legal y estatutario de estos órganos en general y, en particular, en lo que nos atañe, el concreto procedimiento de dispensa de los conflictos estructurales⁵³².

⁵²⁹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., «La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración por infracción del Reglamento del Consejo (art. 251.2 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 846.

⁵³⁰ Los reglamentos internos son cuerpos normativos subordinados a la regulación legal y estatutaria, por lo que deben respetarlos en su integridad (Vid. FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, cit., p. 144, EMPARANZA SOBEJANO, A., «El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas», *RdS*, núm. 21, 2003, p. 154, SALELLES CLEMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1995, p. 68, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, cit., p. 92).

⁵³¹ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., «El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas», cit., p. 154, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «El reglamento del consejo de administración», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, 2007, pp. 687-688, FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, cit., p. 146, MARTÍ MOYA, V., DEL VAL TALENS, P., «Sociedades Cotizadas (II). Consejo de Administración y Gobierno Corporativo», en *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de Sociedades de Capital y de la legislación complementaria*, (Dir. EMBID IRUJO, J. M., Coords. FERRANDO VILLALBA, M.ª L., HERNANDO CEBRIÁ, L., MARTÍ MOYA, V.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 493. Se manifiesta a favor de que estatutariamente se prevea la competencia de la junta general para aprobar el reglamento del consejo de administración SALELLES CLEMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 70.

⁵³² El carácter complementario de estos reglamentos se subraya por parte de la doctrina autorizada que se ha ocupado de su estudio (Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A. «El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades

En lo que respecta a la fuerza vinculante de estos reglamentos y, en definitiva, a su capacidad de proteger el interés social frente a conductas desleales de los administradores, ha de advertirse que los acuerdos sociales adoptados infringiendo sus disposiciones son hoy, tras en la entrada en vigor de la Ley 31/2014, causa expresa de impugnación legal conforme a lo previsto en los artículos 204.1 y 251.2 LSC⁵³³.

Como consecuencia de lo anterior, encontramos en estos reglamentos un cauce seguro y eficaz para aclarar cómo han de actuar los distintos participantes en el procedimiento dirigido a levantar la prohibición de incurrir en situaciones de conflicto estable de interés.

- (iii) Adicionalmente, se podría optar por vías distintas a la legal, estatutaria e infraestatutaria. En efecto, se podría recurrir al amplio y difuso ámbito de los pactos parasociales⁵³⁴, esto es, al campo de la autonomía privada de los contratantes —en este caso, de los socios— Tendrían la consideración de pactos parasociales, asimismo, en el ámbito de las sociedades familiares, los denominados protocolos familiares⁵³⁵, así como los denominados acuerdos de *joint venture* en sede de las sociedades conjuntas.

cotizadas», cit., p. 154, SALELLES CLEMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., pp. 68-69). Para un análisis de la regulación de los conflictos de interés en las normas internas de las sociedades anónimas cotizadas, *Vid. infra* Cap. VI, ap. 3.

⁵³³ *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., «La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración por infracción del Reglamento del Consejo (art. 251.2 LSC)», cit., pp. 851-852, ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», cit., p. 171. A pesar de que el artículo 236.1 LSC no se refiera a la infracción de estos reglamentos como fuente de ilicitud para entablar la acción de responsabilidad, la doctrina científica considera que dicha infracción puede dar origen a la responsabilidad del administrador (*Vid. infra* Cap. V, ap. 4.4.1).

⁵³⁴ Sobre los pactos parasociales en el ámbito de las sociedades paritarias, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.6.4.

⁵³⁵ Las referencias que en este trabajo se realizan a los protocolos familiares se realizan en términos amplios, con el único objeto de subrayar su utilización como marco normativo extralegal y extraestatutario en el ámbito de las sociedades familiares. El contenido de estos protocolos, carente de una regulación sustantiva en el ordenamiento jurídico español, podría contener, fruto de la autonomía de la voluntad, normas procedimentales dirigidas a la concesión de dispensas de conflictos permanentes de interés. Conviene añadir que estos protocolos solamente han sido

Cuestiones terminológicas al margen, lo que quiero subrayar es que estos acuerdos de índole contractual-privada podrían ser una vía adecuada para, en atención a las particularidades propias de cada sociedad —muy especialmente, entre otros, al perfil de sus administradores, al lugar que ocupa en el mercado relevante y a su pertenencia o no a un grupo de sociedades—, diseñar un sistema propio de comunicación y autorización de conflictos que complementase y desarrollase el previsto en la LSC.

Ahora bien, a fin de que el interés social quedara debidamente protegido, sería indispensable que el pacto, además de entre los socios, no solo fuera oponible frente a la sociedad —lo cual se conseguiría mediante su suscripción por la totalidad de los socios⁵³⁶—, sino también frente a los administradores. Para que estos últimos quedasen vinculados sería necesario que lo firmasen en su condición de tales, puesto que, en caso contrario, en su calidad de terceros, aunque tuviesen conocimiento de su existencia, no quedarían vinculados por el mismo⁵³⁷.

Como consecuencia de los referidos problemas relativos a su oponibilidad, entiendo que este tipo de pactos responderían mejor a las necesidades de las sociedades de tamaño reducido en las que, habitualmente, existe una coincidencia entre la propiedad y el control. Siendo los socios a su vez administradores, la firma del pacto en calidad de socio-administrador garantizaría su vinculatoriedad frente a los miembros de ambos órganos

regulados de forma parcial, en lo que a su publicidad respecta, por el RD 17/2007, de 9 de febrero, cuyo artículo 2.1 los define como: «[...] aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad» (para un estudio pormenorizado de los protocolos familiares, por todos, *Vid.* VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Comares, Granada, 2014, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, cit.).

⁵³⁶ Sobre la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.6.4.2.

⁵³⁷ Sobre la oponibilidad de los pactos parasociales frente a los administradores, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.6.4.2.

sociales. Además, debe ser puesto de relieve que en estas sociedades cerradas resultaría excesivo recurrir a los reglamentos internos de la junta general y del consejo de administración —pensemos que el órgano de administración podría no estar estructurado de forma colegiada, no habiendo lugar a la aprobación de este texto—. Por contra, considero que estos reglamentos responderían mejor a las sociedades de mayores dimensiones y carácter abierto, aun no siendo cotizadas.

2.3.3.2 Contenido sustantivo de la propuesta del marco normativo complementario

Una vez expuestos los distintos instrumentos normativos que podrían dar cobijo a la regulación complementaria del procedimiento de la dispensa de los conflictos permanentes prevista en la LSC, debemos poner el foco en el contenido de esta propuesta regulatoria.

Siguiendo el orden empleado al presentar las debilidades propias del régimen legal⁵³⁸, comenzaré exponiendo las normas que deberían ser incluidas para garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación de información (art. 229.3 LSC) en el campo de los conflictos que nos atañen:

- (i) Primeramente, conocida la naturaleza permanente que estos conflictos revisten, las normas deberían establecer, de forma expresa, que el administrador debe informar sobre el conflicto, a lo largo de toda su vigencia, no solo cuando se tiene conocimiento del mismo por primera vez. Para ello y, a fin de facilitar el cumplimiento de tal constante deber de información, podría optarse por establecer una obligación periódica de informar al órgano de administración sobre la situación del conflicto, v. gr. de forma trimestral,

⁵³⁸ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.3.

semestral o anual. No obstante la periodicidad establecida, con carácter adicional debería indicarse que, en caso de que el conflicto sufriera una alteración sustancial que afectase de forma directa a las circunstancias que permitieron dispensarlo, entonces, el administrador estaría obligado a informar sobre el mismo de forma inmediata.

- (ii) Así mismo, esta regulación debería indicar de forma expresa que, incluso en caso de duda sobre la propia existencia del conflicto o de su alteración real, el administrador debería comunicarlo con carácter preventivo. Se trataría, simple y llanamente, de dejar constancia escrita de la obligación de informar incluso acerca de la sospecha o recelo sobre la situación de conflicto⁵³⁹. No olvidemos que el administrador *sospechosamente* en conflicto carece de la independencia y objetividad precisas para autoevaluar su particular situación.
- (iii) Para finalizar con la propuesta normativa dirigida a aclarar en qué consiste el deber de información sobre los conflictos permanentes, añadiré que esta regulación debería prever con claridad los extremos del conflicto que deberían ser comunicados —entre otros, el detalle de las partes involucradas, la fecha de nacimiento del conflicto, su duración estimada, la naturaleza del acto o contrato que da lugar al conflicto y los sujetos beneficiarios de la deslealtad—. Considero que podría incluso ponerse a disposición de los administradores un formulario que guiase y facilitase el correcto y completo cumplimiento del deber de comunicar estos conflictos.

En cuanto a la forma de garantizar que los administradores eleven a la junta general la información sobre los conflictos permanentes, así como las novedades

⁵³⁹ En este sentido, *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 183-184, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 375, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 76.

sobre los mismos que les sean comunicadas —o que conozcan por otros medios—, considero que sería conveniente regular los siguientes extremos:

- (i) De un lado, la persona a través de quien deberían canalizarse todas las comunicaciones recibidas —por ejemplo, el secretario o vicesecretario del consejo de administración— a fin de que fuese él el encargado de elevar todas ellas a la junta general. De este modo se evitaría que, por no estar esta tarea encomendada a ningún administrador en concreto, ninguno la cumpliera con efectividad. Asimismo, se impediría en cierto modo que los administradores tratasen de informar sobre el conflicto a administradores a ellos afines. En definitiva, se pondrían trabas a las conductas dirigidas a esconder o maquillar dichos conflictos.
- (ii) De otro lado, sería conveniente establecer el plazo máximo en el que se debería dar traslado de los mismos. Por cuestiones prácticas, considero que podría establecerse una periodicidad concreta— v. gr. trimestral o semestral—, sin perjuicio de la comunicación inmediata de los conflictos que, *a priori*, presenten especial gravedad y deban ser analizados de inmediato por la junta general. De esta forma, se evitaría que las comunicaciones sobre los conflictos llegasen tarde al oído de la junta general y, en consecuencia, se garantizaría que este órgano adoptase a tiempo los acuerdos pertinentes relativos a la dispensa.

Con respecto del propio acuerdo de la dispensa que debe adoptar la junta, a fin de lograr que el contenido del mismo establezca de forma clara su alcance, sería conveniente que el mismo incluyese, con carácter ejemplificativo, los siguientes aspectos:

- (i) En primer lugar, se deberían prever, con máxima claridad, los extremos del conflicto permanente que han conducido a la junta a conceder la dispensa en los términos por ella acordados. De esta forma, en caso de que el conflicto

permitido sufriera cualquier alteración que pusiese en duda la vigencia o suficiencia de la autorización concedida, tales extremos podrían ayudar a verificar si, en realidad, el conflicto ha cambiado o no. En este orden, se trata de una exigencia que vendría a reforzar la obligación de motivar el acuerdo de dispensa aplicable con respecto de cualquier clase de conflicto de interés.

- (ii) En segundo lugar, se podría exigir que para poder autorizar actuaciones competitivas que conlleven la firma de contratos que superen una determinada cantidad económica, resulta preceptivo establecer una duración máxima —en su caso, con la facultad de la junta de autorizar su prórroga—. Mediante este término, se trataría de controlar con mayor detenimiento los conflictos de gran relevancia —cuanto menos económica— dificultando que socios afines al administrador pudiesen obviarla.
- (iii) En tercer lugar, a los efectos de facilitar la detección de los conflictos y, en consecuencia, el rechazo a la solicitud de dispensa del conflicto permanente, considero de interés plantear la posibilidad de que el propio cuerpo normativo alternativo previese, entre otros: (a) aquellas sociedades que se consideran en todo caso, de la competencia de la sociedad tutelada, (b) las actividades que entrañan competencia en el momento de su aprobación —sin perjuicio de que estas puedan variar con el tiempo, y ello sin obviar las que potencialmente sean competitivas—, (c) el umbral de participación en el capital social de sociedades competidoras que es considerado conflictivo, o (d) el número máximo de cargos en sociedades competidoras que puede ostentar un administrador, entre otros.

Antes bien, en mi opinión, estas previsiones deberían tener carácter de presunción *iuris tantum*, de forma que la junta general en cada caso, en atención a sus particulares circunstancias, pudiera valorar la existencia real del conflicto permanente *ex* artículo 229.1 f) LSC.

CAPÍTULO V.- LOS REMEDIOS APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

1 PRELIMINAR

A continuación me centraré en el examen de los remedios encaminados a poner fin y castigar la infracción de la obligación de abstención de incurrir en situaciones de conflicto permanente de interés contemplada en el artículo 229.1 f) LSC.

La distinción entre las dos grandes categorías de conflictos de interés —los conflictos ocasionales y los permanentes— ha servido como fundamento para determinar la técnica que debe ser empleada para hacer frente a los mismos. Es decir, teniendo en consideración las notas que distinguen los conflictos coyunturales de los permanentes expuestas anteriormente⁵⁴⁰, el regulador ha entendido que los remedios frente a ellos deben ser diferentes. Y deben serlo porque los mecanismos que resultan suficientes para poner freno a los conflictos coyunturales no lo son para aquellos que permanecen en el tiempo.

Antes bien, lo anterior no significa que los remedios generales que se dirigen a paralizar o sancionar los conflictos puntuales no resulten aplicables en el ámbito de

⁵⁴⁰ *Vid. supra* Cap. III, ap. 2.

los permanentes. En las próximas líneas analizaré la forma en la que se conjuga esta acumulación de respuestas legales dirigidas al elenco de situaciones de conflicto de interés recogido actualmente en la LSC.

2 LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

2.1 PRELIMINAR

El regulador ha asignado tradicionalmente a la violación de la prohibición de competencia efectos más severos que a otros tipos concretos de deslealtad o infidelidad cometidos por los administradores. He repetido en varias ocasiones que este conflicto destaca por su gravedad y es esta precisamente la que ha motivado que se conceda a su incumplimiento un tratamiento particularmente gravoso en las normas societarias. Veamos en qué se traduce este tratamiento legal especial tras los cambios introducidos en la LSC por la Ley 31/2014.

2.2 EL CESE DEL ADMINISTRADOR *EX* ARTÍCULO 230.3 II LSC

Tanto las normas societarias previgentes —aun con ciertas diferencias en sede de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada— como la LSC en vigor han sancionado el incumplimiento de la interdicción de competencia por parte de los administradores mediante su cese del órgano de representación y gestión. Pensemos que el cese constituye una sanción de extrema gravedad para el administrador, puesto que implica que este se vea privado de la posibilidad de ejercer dicho cargo. Se trata pues del instrumento de defensa del interés social más firme previsto en la regulación societaria.

Seguidamente se analizarán las cuestiones procedimentales fundamentales relativas al cese del administrador competidor, así como los requisitos materiales que

han de concurrir para que dicho cese esté justificado conforme a la LSC. Asimismo, se atenderá al carácter —obligatorio o discrecional— que reviste el acuerdo del cese que ha de adoptar la junta general y se examinará la eventual renuncia del administrador competidor como vía alternativa a su cese.

2.2.1 Procedimiento

2.2.1.1 La solicitud del cese del administrador competidor. Órgano competente para resolver sobre el cese

De conformidad con la vigente redacción del artículo 230.3 II LSC, tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como para las sociedades anónimas, se establece que: *«En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante».*

Atendiendo a la dicción literal de este precepto, la legitimación activa para solicitar el cese del administrador que ha infringido la prohibición de competencia le es reconocida a cualquier socio, con independencia del porcentaje que representen las acciones o participaciones sociales de su titularidad sobre el total que componen el capital social. En su caso, este porcentaje solamente será relevante a los efectos de conocer el respaldo necesario que el socio solicitante deberá obtener a fin de que su petición de cese pueda prosperar.

En lo referente al órgano social al que compete resolver acerca de la referida solicitud del cese, tras la unificación del régimen relativo al cese de los administradores incurso en un conflicto de competencia para todas las sociedades de capital de la mano de la Ley 31/2014, el Juez de lo Mercantil no es ya competente para resolver sobre el cese de los administradores competidores en las sociedades limitadas. En otras palabras, la referida Ley 31/2014 ha extendido la regulación

prevista para las sociedades anónimas a las limitadas, siendo actualmente la junta general el órgano titular de esta competencia, asimismo, en el ámbito de este último tipo social⁵⁴¹.

2.2.1.2 La adopción del acuerdo del cese: el momento *oportuno*

La literalidad del artículo 230.3 II LSC establece que la junta general «*resolverá sobre el cese*», es decir, deberá adoptar un acuerdo social concreto que verse sobre este particular, al que precederán el correspondiente debate y deliberación oportunos en sede de este órgano social.

En relación con lo anterior, estimo necesario dejar claro —por muy obvio que sea—, que el objeto de este acuerdo dista del objeto correspondiente a un acuerdo relativo a la dispensa para el desarrollo de una actividad competitiva. Es decir, el acuerdo que versa sobre el cese se sitúa en un momento posterior a aquel en el que se adopta el acuerdo favorable al otorgamiento de una dispensa al administrador competidor, concretamente, en el momento en el que ha «*devenido relevante*» el conflicto autorizado (art. 230.3 II LSC). Así, los cambios ocasionados en las circunstancias que rodean a un conflicto de competencia previamente autorizado pueden propiciar que un socio alerte sobre la necesidad de que la junta se reúna de nuevo, ahora, con el propósito de decidir si debe o no imponer la pena máxima al administrador⁵⁴². En este orden, debemos tener presente que la adopción del acuerdo del cese supondría *de facto* la revocación del permiso singular concedido previamente —*a sensu contrario*, un acuerdo contrario al cese implicaría la renovación de dicho previo permiso⁵⁴³—.

⁵⁴¹ Recordemos que, conforme a la letra del previgente artículo 230.2 LSC, se preveía que: «*En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior*».

⁵⁴² Sobre la necesidad de que la junta general revise los acuerdos de dispensa de conflictos permanentes de interés cuando varíen las circunstancias que rodean al mismo, *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.3.2.3 y 2.3.3.2.

⁵⁴³ Sobre la revocación de la dispensa concedida para permitir el desarrollo de actividades

Sin perjuicio de ello, no debemos pensar que la existencia de una dispensa previa constituya una condición *sine qua non* para que pueda acudir al mecanismo del cese previsto en el artículo 230.3 II LSC. En la práctica, resulta muy probable que un administrador desarrolle una actividad competitiva relevante sin el beneplácito de la junta general y que esta, una vez tenga conocimiento de este hecho y, a instancia de cualquier socio, deba decidir sobre su cese. Considero que el legislador no ha pretendido excluir estos casos del supuesto de hecho previsto en el artículo 230.3 II LSC.

Por consiguiente, entiendo que este precepto se debe interpretar en el sentido de incluir en el mismo tanto las actividades competitivas previamente autorizadas, como aquellas nuevas —o de nueva noticia— para la junta general. En suma, la junta general deberá resolver sobre el cese ya sea porque los cambios experimentados por el conflicto han provocado que resulte imperiosa la revisión de su dispensa —por ejemplo, entre otros, porque la sociedad ha comenzado a desarrollar una nueva rama de negocio que entraña competencia, aun potencial, con la actividad que lleva a cabo el administrador por cuenta propia o ajena—, ya sea porque el administrador haya venido compitiendo con la sociedad sin dispensa previa⁵⁴⁴. En este último caso, una decisión denegatoria del cese del administrador competidor supondría, *de facto*, una autorización específica o dispensa para llevar a cabo dicha actividad en competencia.

competitivas, *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.3.6.

⁵⁴⁴ En opinión de parte de la doctrina, de la dicción literal del artículo 230.3 II LSC solamente cabe interpretar que el cese se refiere al administrador que actúa sin dispensa dado que, en caso de existir esta, este precepto se debería referir a la revocación de la dispensa en lugar de al cese del administrador (*Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», cit.). En mi opinión, el fin de este artículo no puede limitarse a tal supuesto. Considero que el mismo podría también aplicarse cuando se quiere revisar una dispensa concedida como consecuencia de la variación de las circunstancias que la motivaron o cuando, tratándose de un conflicto público y aceptado por la sociedad, se produce un cambio en sus circunstancias. En este sentido *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 424, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 77.

2.2.2 Requisitos materiales: la relevancia del conflicto

A continuación atenderé a los requisitos que han de concurrir a los efectos de que sea procedente que la junta decida a favor del cese del administrador competidor. A tal fin, resulta necesario analizar qué ha de entenderse por el adjetivo *relevante* previsto en el artículo 230.3 II LSC en orden a que se active la obligación de la junta general consistente en pronunciarse sobre el cese.

En coherencia con lo expuesto previamente en este trabajo acerca de los requisitos que ha de cumplir un conflicto para poder considerarlo *efectivo*⁵⁴⁵, considero que la relevancia a la que se refiere el citado precepto de la LSC se corresponde con la necesidad de que el mismo se produzca en el *mercado relevante* —valga la redundancia—, tanto en términos objetivos, como geográficos y temporales⁵⁴⁶. En mi opinión, el regulador no insinúa establecer ninguna condición adicional mediante la inclusión de la referencia a la *relevancia* del conflicto cuando se refiere al cese en el artículo 230.3 II LSC. Entiendo que, simplemente, se pretende dejar claro que la adopción de un acuerdo sobre el cese del administrador, dada su naturaleza de *ultima ratio*, exige que nos hallemos ante un conflicto de interés real y efectivo.

Dicho lo anterior, resulta necesario analizar si la constatación de conflictos de competencia puntuales —cuya inclusión en el artículo 229.1 f) LSC vengo defendiendo en este trabajo⁵⁴⁷— debería activar la pena más grave consistente en el cese del administrador o si, por el contrario, la ausencia de la nota de la permanencia del conflicto debe conducirnos a decantarnos por la aplicación de remedios más leves. Desde mi punto de vista, el carácter ocasional de una actividad competitiva no conlleva *per se* su irrelevancia o ineffectividad. En este sentido, es posible que el administrador desarrolle un acto aislado en competencia con la sociedad administrada

⁵⁴⁵ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.4.

⁵⁴⁶ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.2.

⁵⁴⁷ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.3.

en el mismo mercado relevante y que sus intereses, o los de un tercero involucrado en dicho acto, estén realmente en conflicto con el interés social. Ello me lleva a sostener que no deben excluirse estos conflictos del ámbito de aplicación de la obligación de abstención prevista en el referido precepto de la LSC. Consiguientemente, de acuerdo con la dicción literal del artículo 230.3 II LSC, cualquier socio podría solicitar el cese del administrador competidor ocasional en caso de que el riesgo de perjuicio para la sociedad fuera relevante como consecuencia de tal actividad competitiva, sin que resulte necesario que *devenga relevante* con ocasión de su permanencia en el tiempo.

Ahora bien, en el ámbito de estos conflictos puntuales, es cierto que la ausencia de la permanencia y, por tanto, la paralización del perjuicio ocasionado al interés social —o del riesgo de que este llegue a ocasionarse— serán en muchos casos motivo suficiente para que la junta general resuelva en contra del cese. Conocedores de ello, los socios solicitantes del cese en virtud del artículo 230.3 II LSC podrían tratar de castigar al administrador ocasionalmente competidor acudiendo a los remedios menos drásticos previstos para los conflictos de interés puntuales en los artículos 227.2, 232 y 236 LSC. Sin embargo, a tal fin, será necesario que se reconozca a los socios su legitimación activa para poder servirse de los mismos⁵⁴⁸.

2.2.3 El carácter obligatorio o discrecional del cese

Tras exponer los requisitos de procedimiento y materiales correspondientes al cese que nos ocupa, deviene imprescindible analizar el margen de maniobra con el que cuenta la junta general para, con estricta sujeción a los mismos, decidir acerca de la conveniencia del cese. En otras palabras, ¿puede la junta general decidir libremente sobre el mantenimiento o el cese del administrador infiel cuando un socio solicita su

⁵⁴⁸ *Vid. infra* Cap. V, ap. 4.

salida de la sociedad?, ¿constituye la existencia de un conflicto de competencia relevante un límite infranqueable en su apreciación sobre dicho cese?

A fin de dar respuesta a estas cuestiones, primeramente, considero importante atender de nuevo a la literalidad de los términos empleados en el artículo 230.3 II LSC, el cual establece que la junta general «resolverá sobre el cese». De tal literalidad se colige que este órgano no está obligado en todo caso a destituir al administrador incurso en un conflicto de competencia de forma inmediata o automática⁵⁴⁹. Esto es, a diferencia de la dicción del artículo 224.1 LSC en el que claramente se obliga a la junta a destituir de manera inmediata a los administradores que están incursos en cualquiera de las prohibiciones legales *ex* artículo 213 LSC —entre las cuales no se recoge la prohibición de desarrollar actividades competitivas⁵⁵⁰— en el referido artículo 230.3 II LSC, al igual que en el artículo 224.2 LSC⁵⁵¹, queda reflejada la

⁵⁴⁹ En este sentido, a favor de la discrecionalidad de la junta general, entre otros, *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 425, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 149, GARRIDO DE PALMA, V. M., ARANGUREN URRIZA, F. J., «Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial», cit., p. 465, MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», cit., p. 233, LÓPEZ DE MENDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 206, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentarios al régimen general de las sociedades anónimas*, cit., p. 24. Bajo la redacción del vigente artículo 230.3 II LSC, esta discrecionalidad se ha extendido también al ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada. En este sentido, hasta la reforma operada por la Ley 31/2014 el artículo 230.2 LSC preveía una auténtica causa de incompatibilidad para el desempeño del cargo que impedía al Juez de lo Mercantil desestimar la petición del cese del administrador competidor (sobre este particular, *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.658).

⁵⁵⁰ Además de en el artículo 213 LSC, las causas de incompatibilidad para ostentar la condición de administrador de una sociedad de capital se regulan, en el ámbito estatal, en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, la cual establece en su artículo 13 I la obligación consistente en la dedicación exclusiva en los términos siguientes: «Los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena».

⁵⁵¹ Me parece necesario atender a la interpretación jurisprudencial que se ha venido haciendo del artículo 224.2 LSC (previgente art. 132.2 LSA 1989) para valorar la eventual obligatoriedad del cese del administrador competidor en aplicación del vigente artículo 230.3 II LSC, pues ambos se refieren al cese de los administradores incursos en conflictos permanentes de interés (sobre la relación entre los vigentes artículos 224.2 y 230.3 II LSC, *Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2.3). En interpretación del previgente artículo 132.2 LSA 1989 (actual art. 224.2 LSC), los tribunales han venido entendiendo que la constatación de una situación de conflicto permanente constituye un

necesidad de que se lleve a cabo una apreciación más detenida y casuística del supuesto de hecho⁵⁵².

Así las cosas, la junta general cuenta con la discrecionalidad suficiente para analizar y valorar la situación de conflicto y decidir entre, o bien destituir al administrador, o bien autorizar la situación de doble lealtad. Lo más habitual será que, constatada la situación concurrencial, la junta adopte un acuerdo favorable al cese. Sin embargo, aun cuando se aprecie que existe un conflicto de tal naturaleza, este órgano social será soberano para acordar mantener al administrador envuelto en el conflicto en caso de que dicho mantenimiento no perjudique o, incluso, beneficie al interés social. Siendo ello así, qué duda cabe de que el acuerdo de la junta general contrario al cese en un supuesto evidente de conflicto estructural de interés que

límite infranqueable a la discrecionalidad de la junta general para estimar o desestimar el cese del administrador incurso en tal conflicto. Entre otras, son ilustrativas las consideraciones vertidas por la AP de Barcelona en su sentencia de 14 de diciembre de 2005 sobre este particular, en la que se señala que: *«el reconocimiento de la junta para apreciar la existencia o no del conflicto de intereses, se ha dicho por doctrina autorizada y es criterio que compartimos, tiene un límite: la junta vendrá obligada a acordar el cese o separación si constata que la persona nombrada tiene, mantiene o es portadora de intereses opuestos a la sociedad. [...] puede concluirse que con la genérica formulación de los intereses contrapuestos, el art. 132 faculta y obliga a la Junta General a impedir, entre otras, situaciones estructurales en el órgano de administración que propicien prácticas de competencia desleal, o establezcan las condiciones idóneas para desarrollarlas, y por esta vía el ordenamiento societario actúa como sistema preventivo de la concurrencia ilícita, defendiendo el interés de la sociedad frente a inmisiones de competidores»* (FF.DD. Octavo y Noveno, JUR 2006\85907). En este sentido se pronunció también el TS en su sentencia de 12 de junio de 2008, en la que consideró que: *«La propia existencia del precepto y su redacción (“cesarán”) revela que la adopción del acuerdo de cesación no es facultativo para la junta, y así lo viene entendiendo la doctrina jurisprudencial»* (F.D. Tercero, RJ 2008\3221). En mi opinión, a pesar de constatar la existencia de un conflicto de interés efectivo, la junta es soberana para acordar que el administrador siga desempeñando su cargo, no estando obligada a acordar su cese en todo caso. Considero que es esta la interpretación que mejor encaja en la regulación de la dispensa prevista hoy en el artículo 230.2 y 3 LSC (a favor de esta interpretación se han manifestado, entre otros, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., pp. 116-118, y ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», cit., p. 478).

⁵⁵² En este sentido *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», cit., p. 425, SERRANO CAÑAS, J., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 100, nota núm. 88, pp. 406-407 y nota núm. 759, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 149, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 161.

suponga un quebranto patrimonial para la sociedad podrá ser objeto de impugnación⁵⁵³.

En relación con lo anterior, cabe advertir que el riesgo de que se adopte un acuerdo contrario al interés social y favorable a los intereses del administrador competidor será imperioso en caso de que este sea, a su vez, socio mayoritario de la sociedad⁵⁵⁴. Ha de tenerse en cuenta que sus propios votos, junto con los votos de otros socios a los que, en su caso, pueda influenciar como consecuencia del poder que ejerce sobre el resto, conllevarán la imposibilidad de adoptar un acuerdo favorable a su cese⁵⁵⁵.

2.2.4 La renuncia del administrador como alternativa a su cese

Una vez analizado el supuesto del cese, estimo de interés atender a la posibilidad de que sea el propio administrador desleal el que renuncie a su cargo. Más concretamente, ¿podría interpretarse que el administrador involucrado en un conflicto de competencia que ha devenido relevante estaría obligado, de oficio, con base en su deber de lealtad, a presentar su renuncia?

Tal obligación de renuncia no está expresamente recogida en la LSC. En principio, parece que el administrador daría íntegro cumplimiento a su deber de lealtad mediante la pronta y completa comunicación de la situación de conflicto al

⁵⁵³ Sobre el ejercicio de la acción de impugnación en este ámbito, *Vid. infra* Cap. V, ap. 4.3.1.

⁵⁵⁴ Sobre los conflictos de interés que afectan a los socios mayoritarios y, en concreto, sobre su consideración como administradores ocultos, *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.3.

⁵⁵⁵ En este sentido, *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., pp. 42-43. A pesar de su escasa relevancia en la práctica, añadiré que en el marco de las sociedades comanditarias por acciones el socio colectivo que ostente la condición de administrador sobre cuyo cese deba decidir la junta deberá abstenerse de votar (art. 252.4 LSC). Es preciso tener en cuenta que el cese del administrador de una sociedad comanditaria por acciones implica la necesidad de modificar sus estatutos sociales y activa la responsabilidad ilimitada del administrador cesado con respecto de las deudas sociales posteriores a la publicación de su inscripción en el BORME (art. 252.2 y 3 LSC).

órgano social competente en cada caso (art. 229.3 LSC). Considero que la renuncia tampoco podría ser exigida al administrador en virtud de la obligación de carácter genérico prevista en el artículo 228 e) LSC consistente en la adopción de medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto. Recordemos que esta última es una obligación preventiva de tales situaciones conflictivas, es decir, se trata de una obligación que nace con anterioridad a la propia existencia del conflicto que daría lugar a la renuncia del administrador.

Ahora bien, ¿podría sostenerse que resulta imposible dar cumplimiento al deber general de lealtad (art. 227.1 LSC) por el administrador que compite de forma efectiva con la sociedad? Desde mi punto de vista, *prima facie*, la respuesta debería ser afirmativa, puesto que, en abstracto, el administrador estaría actuando de forma infiel hacia el interés social. No obstante, no podemos olvidar que dicho deber genérico —sin perjuicio de su imperatividad (art. 229.1 LSC)— no impone una prohibición para el desempeño del cargo a los sujetos incursos en un conflicto de interés (art. 213.1 LSC). En tanto en cuanto la existencia de una situación concurrencial no constituye *ex lege* un supuesto de prohibición para ocupar el puesto de administrador, no cabría exigir a este que abandonase dicho puesto por este solo motivo.

Ante esta regulación, el administrador incurso en una situación conflictiva que haya sido debidamente nombrado para representar y gestionar una sociedad de capital actuará lealmente cuando cumpla debidamente con su deber de comunicar la situación de conflicto que le afecte (art. 229.3 LSC) —tanto cuando dicho conflicto exista antes de su designación, como cuando nazca después de la misma—. A mi parecer, la exigencia de una renuncia al administrador superaría lo impuesto por el legislador y resultaría, incluso, incompatible con el instituto de la dispensa previsto en la LSC —en fin, con el carácter relativo y flexible de la imperatividad de esta prohibición—⁵⁵⁶. Sentado lo anterior, interpreto de la lectura conjunta de los

⁵⁵⁶ A favor de exigir la renuncia al administrador incurso en una situación de conflicto permanente se pronuncia SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades*

preceptos relevantes de la vigente LSC que no corresponde sino a la junta general, en cada caso concreto y dentro de los límites procedimentales y materiales a los que he hecho referencia anteriormente, decidir si el administrador infiel debe o no ser removido de su puesto.

2.3 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO-ADMINISTRADOR *EX* ARTÍCULO 350 LSC

Para poner fin a la exposición de los remedios especiales frente a las conductas concurrenciales del administrador, me referiré a la causa legal de exclusión del socio-administrador que incumple la prohibición de desarrollar actividades competitivas. Según reza el artículo 350 LSC, «*La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir [...] al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia [...]*»⁵⁵⁷. Se trata de una cláusula legal de exclusión —es decir, de salida del socio acordada por la sociedad⁵⁵⁸— recogida ya en los textos legales previgentes reguladores de la sociedad de responsabilidad limitada⁵⁵⁹.

En relación con esta particular causa de exclusión, para empezar, es preciso distinguir el ámbito de aplicación de este precepto del correspondiente al cese del administrador competidor al que se refiere el artículo 230.3 II LSC.

mercantiles, cit., pp. 408-410.

⁵⁵⁷ En el marco de las sociedades personalistas, el incumplimiento de la obligación de no competencia lleva aparejada la rescisión parcial del contrato de sociedad (art. 218.5º CCom). Esta rescisión estaría basada en el mecanismo civil de resolución contractual respecto de una de las partes, en este caso, del socio. (*Vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, R., RUEDA PÉREZ, M. A., *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Comares, Granada, 1997, p. 105).

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁵⁹ El artículo 31 LSRL 1953 ya recogía esta causa de exclusión en los siguientes términos: «*También podrá disolverse parcialmente la Compañía excluyendo a alguno de los socios por los motivos previstos en los números 1º, 2º y 7º del artículo 218 del Código de Comercio, o al socio administrador que infrinja la prohibición establecida en el artículo 12 de esta Ley. Será aplicable a la disolución parcial el artículo 219 del Código de Comercio. La exclusión del socio deberá constar en instrumento público y ser inscrita en el Registro Mercantil*».

A este respecto, primeramente, se debe tener en cuenta que, salvo disposición estatutaria en contrario, no es necesario ostentar la condición de socio o accionista para el desempeño del cargo de administrador (art. 212.2 LSC). Siendo ello así, en caso de que el administrador infiel no ostentara participación alguna en el capital social, su cese del cargo bastaría para lograr su completa desvinculación con la sociedad. No obstante, en caso contrario, si el administrador fuera a su vez socio de la sociedad, además de su cese del cargo de administrador podría resultar conveniente su exclusión en pro del interés social. En cualquier caso, tal y como ha sido señalado jurisprudencialmente, la cesión y la exclusión no son acuerdos incompatibles ni excluyentes⁵⁶⁰, pudiendo ser decretada la exclusión sin el previo cese del órgano de administración, o viceversa. Ambas consecuencias tienen como fin la salida o baja del socio-administrador y, como fundamento, sancionar al mismo⁵⁶¹.

Dicho ello, en segundo lugar, de la lectura de este precepto queda claro que se trata de una causa de exclusión prevista únicamente para las sociedades de responsabilidad limitada. En este sentido, debe ser advertido que la exclusión es una institución que ha venido ligada en origen a los tipos sociales personalistas y, más recientemente, al prototipo de sociedad capitalista cerrado, es decir, a la sociedad de responsabilidad limitada⁵⁶². Sin embargo, de conformidad con la opinión de la

⁵⁶⁰ *Vid.* la STS de 26 enero de 2006 (F.D. Primero, RJ 2006\454).

⁵⁶¹ *Vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, R., RUEDA PÉREZ, M. A., *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, cit., pp. 3 y 95, GARCÍA VILLAVEDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, cit., p. 237, BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada», cit., p. 1.047. No obstante, la consideración sancionadora de la exclusión ha sido criticada por parte de la doctrina. Así, la exclusión no es una forma de sanción sino, más bien, una forma de resolución de contratos, un instrumento que permite a los socios desprenderse del socio que dificulta la búsqueda del fin común (*Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998, Vol. I, pp. 104-105). A favor de la consideración de la exclusión como «instrumento de defensa para la conservación de la empresa» se pronunció el TS en su sentencia de 26 de marzo de 1994 (F. D. Segundo, RJ 1994\2523). En cualquier caso, la condición de *sanción* no puede interpretarse en sentido estricto dado que el accionista excluido recibe en su integridad el valor razonable de su cuota, sin descuento alguno (en este sentido, *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la ley de Sociedades de Capital. Estudio Legal y Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 950).

⁵⁶² Hemos de tener en cuenta que la propia LSRL 1953 carecía de un régimen propio de

doctrina que venía defendiendo la aplicación de la institución de la exclusión en las sociedades anónimas⁵⁶³, esta causa de exclusión podría asimismo ser aplicable hoy en el seno de este tipo social en caso de que sus accionistas acordasen unánimemente su previsión en los estatutos sociales, eso sí, de forma concreta y precisa (art. 351 LSC y art. 207.1 RRM)⁵⁶⁴. La exigencia de la unanimidad es buena muestra del deseo de

exclusión y se remitía en su artículo 31 a la regulación correspondiente a las sociedades colectivas prevista en el CCom.

⁵⁶³ Entre otros, *Vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, cit., p. 244, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», cit., p. 106, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., p. 980.

⁵⁶⁴ La redacción originaria del artículo 351 LSC no permitía que en los estatutos sociales de las sociedades anónimas, a diferencia de en los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada, pudiesen incluirse causas de exclusión. La propia DGRN se negó a aceptar tal posibilidad al considerar que: «*la aplicación de las causas de exclusión en una sociedad de tipo capitalista ha de ser examinada con disfavor, máxime si se observa que la propia ley, incluso en el supuesto de que el socio tuviere el carácter de administrador social y realizase actos graves competitivos para la actividad social puede ser cesado en su cargo (art. 83 antiguo) pero no privado de su cualidad de accionista*» (RDGRN de 16 de septiembre de 1983, RJ 1983\7016). Fue la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, la que extendió dicha posibilidad a las sociedades anónimas (art. Primero. Diecinueve). Conviene tener presente que las leyes reguladoras de la sociedad anónima previgentes no atendieron a la exclusión del accionista, salvo de forma indirecta, en lo que concierne al accionista moroso. En concreto, la LSA 1989 previó la amortización de las acciones del accionista moroso, con la consiguiente reducción del capital social, en caso de no ser posible la enajenación de las mismas por su cuenta y riesgo (art. 45 LSA 1989). Conforme a la opinión de un sector de la doctrina, el motivo de esta escasa regulación se encuentra en que en el marco de las sociedades anónimas no se presta atención al comportamiento de los accionistas, ni a la trascendencia que el vaciamiento patrimonial puede tener en la inseguridad de los terceros (*Vid.* SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derecho de separación y la exclusión del socio», *RdS*, núm. 36, 2011, p. 3, versión electrónica). En mi opinión, si tenemos en consideración que el legislador ha previsto un estatuto de deberes prácticamente igual para todas las sociedades de capital y si atendemos, muy especialmente, a la unificación del régimen sobre el cese de los administradores de todas las sociedades de capital que incurrir en un conflicto de competencia (art. 230.3 II LSC), es plausible que en las sociedades anónimas quepa prever estatutariamente la infracción de la prohibición de competencia como causa de exclusión del accionista-administrador. A este respecto, es preciso subrayar que, en la práctica, no todas las sociedades anónimas son grandes sociedades de carácter abierto. Muy al contrario, dejando al margen las sociedades anónimas cotizadas, el *modelo español* de sociedad anónima no es sino una técnica de organización que tanto sirve a las sociedades abiertas como a las cerradas (en este sentido, *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», cit., p. 107, nota núm. 88). Por último, me parece de interés traer a colación la regulación de la exclusión del socio competidor prevista en el artículo 271-14.1 ACM, el cual pone fin a esta distinción unificándola para todas las sociedades de capital en los términos siguientes: «*Las sociedades de capital podrán acordar la exclusión del socio administrador que hubiera infringido*

evitar que la mayoría pueda imponer motivos concretos de exclusión sin escuchar a los socios minoritarios, quienes quedarían igualmente afectados por los mismos.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que el acuerdo de la exclusión, al igual que el acuerdo relativo al cese, no es obligatorio sino facultativo para la junta general. Así, se deberán valorar las circunstancias concretas de cada caso para decidir si procede o no la exclusión del socio-administrador. Igualmente, en el supuesto de que este órgano hubiera acordado conceder una dispensa al administrador a fin de que este pudiera competir con la sociedad (art. 230.3 I LSC), no procedería su exclusión con motivo en esta situación de conflicto de competencia autorizada, al menos, en tanto en cuanto esta dispensa no fuera revocada de conformidad con lo previsto en el artículo 230.3 II LSC⁵⁶⁵.

3. LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

3.1 PRELIMINAR

En el apartado anterior se han examinado los remedios especiales previstos en la LSC para hacer frente al conflicto permanente que surge como consecuencia de infringir la prohibición de competencia. En las siguientes líneas se abordará el análisis de los mecanismos previstos en este mismo cuerpo normativo para terminar con los restantes conflictos de interés de carácter permanente a los que se hace hoy referencia en el artículo 229.1 f) LSC. Muy especialmente, se atenderá a los supuestos

la prohibición de competencia o que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por infracción de los deberes con los que deben desempeñar el cargo». Cabe subrayar que, dado que la regulación del ACM se limita mayormente a reproducir literalmente las previsiones reguladoras de las sociedades de capital incluidas en la Ley 31/2014, el referido artículo 271-14.1 constituye una modificación societaria sustantiva y destacable en dicho cuerpo normativo.

⁵⁶⁵ Sobre la revocación de la dispensa, *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.3.6.

particulares de cese previstos en los artículos 224.2 y 230.3 II LSC, prestando especial atención a sus respectivos ámbitos de aplicación y a la relación existente entre ambos tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014.

3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CESE DEL ADMINISTRADOR *EX* ARTÍCULO 224.2 LSC

Conforme a lo previsto en el artículo 224.2 LSC, *«Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general».*

Seguidamente analizaré el ámbito de aplicación de este precepto a fin de conocer si el mismo podría servir como fundamento para castigar los conflictos permanentes de interés aludidos en el artículo 229.1 f) LSC. Así mismo, resulta hoy obligatorio atender a su relación con el supuesto de cese previsto en el artículo 230.3 II LSC.

3.2.1 La ubicación del artículo 224.2 en la vigente LSC

Con carácter preliminar, debe atenderse a la ubicación de este precepto en la LSC⁵⁶⁶. El artículo 224.2 se encuentra en el Capítulo II *«Los administradores»* del Título VI *«La Administración de la Sociedad»*, es decir, en el capítulo general regulador de los administradores sociales. Por tanto, este precepto se sitúa al margen del Capítulo III en el que se contiene la ordenación de *«Los deberes de los administradores»* entre los que se encuentra el deber de lealtad.

⁵⁶⁶ Se considera defectuosa esta ubicación por parte de VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la ley de Sociedades de Capital. Estudio Legal y Jurisprudencia*, cit., p. 611. Comparto su opinión, en el sentido de que se tendría que incluir en el artículo 229 o en el 230 LSC.

Esta concreta ubicación podría acrecentar las cuestiones acerca de su ámbito de aplicación. *Prima facie*, podríamos pensar que, alejada esta norma del sistema de deberes previsto en la LSC (Cap. III), la misma debe ser leída al margen del mismo. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el artículo 224.2 LSC es fruto de una labor de refundición operada en el año 2011⁵⁶⁷ y que la versión vigente del estatuto de los deberes de los administradores trae causa de la Ley 31/2014, considero que no debemos dar mayor trascendencia a que la regulación del cese del artículo 224.2 LSC no se haya incluido en el referido Capítulo III. Al fin y al cabo, este precepto se refiere a la tenencia de intereses opuestos a los de la sociedad, por lo que considero que está estrechamente relacionado con el deber de lealtad que los administradores deben a la sociedad y, en concreto, con la obligatoria búsqueda de su *mejor interés* (art. 227.1 LSC). Ello me lleva a defender la necesaria lectura conjunta e integradora del artículo en cuestión con el vigente sistema de deberes de los administradores.

Ahora bien, esta lectura no será sencilla, en tanto que resultará necesario delimitar, por un lado, en qué casos de deslealtad hemos de acudir al desubicado artículo 224.2 LSC y, por otro lado, su relación con el otro supuesto especial de cese de administradores previsto hoy en el artículo 230.3 II LSC⁵⁶⁸. A esta concreta delimitación me referiré más adelante en este mismo capítulo.

3.2.2 Aplicación del artículo 224.2 LSC en el ámbito de las sociedades anónimas. Aplicación analógica en las sociedades de responsabilidad limitada

Para empezar, es importante tener en cuenta que, conforme a la literalidad de este precepto, el mismo se dirige solamente a las sociedades anónimas. Por tanto, en

⁵⁶⁷ El artículo 224.2 LSC es fruto del texto refundido de la LSC aprobado por el RDLeg 1/2010, de 2 de julio, en el cual se incorporó el contenido del previgente artículo 136.2 LSA 1989.

⁵⁶⁸ *Vid. infra* Cap. V, ap. 3.2.3.

las sociedades de responsabilidad limitada la tenencia de intereses opuestos a los de la sociedad no daría lugar, *ex* artículo 224.2 LSC, al cese del administrador.

Antes bien, si atendemos al fundamento de este cese, vemos que el mismo se encuentra en el propio interés de la sociedad tutelada en prescindir del administrador en quien concurre el riesgo de que anteponga intereses ajenos —ya sean propios o de un tercero— a los de la sociedad⁵⁶⁹. En otras palabras, es el deber de lealtad que vincula a los administradores el que justifica la aplicación del cese cuando estos actúan de forma infiel hacia el interés social. En este orden, si el deber de lealtad es igual para los administradores de todas las sociedades de capital (arts. 227 y ss. LSC) y, a mayor abundamiento, si el cese está previsto de la misma forma para los administradores de las sociedades anónimas y limitadas en los supuestos de conflicto permanente de interés en el artículo 230.3 II LSC —identidad de razón *ex* artículo 4.1 CCiv—, considero que no hay motivo que justifique el rechazo de la aplicación analógica del mentado artículo 224.2 LSC en sede de las sociedades limitadas⁵⁷⁰.

En conclusión, no aprecio ninguna razón que motive un tratamiento diferenciado distinto al carácter predominantemente cerrado que separa *en abstracto* a la sociedad limitada de la anónima y que, no olvidemos, no se ha sido tenido en cuenta por el redactor de la Ley 31/2014 para regular los deberes de los administradores en la vigente LSC⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.590. Mediante este artículo se protege un interés privado, a diferencia del interés público que se pretende proteger mediante el artículo 224.1 LSC. De lo anterior se deriva el distinto régimen aplicable en uno y otro caso.

⁵⁷⁰ A favor, *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.590.

⁵⁷¹ Es preciso tener en cuenta que el régimen de deberes de los administradores introducido por la Ley 31/2014, salvo excepciones, es un régimen unificado que afecta por igual a todas las sociedades de capital, con independencia de su tamaño y de su carácter cerrado o abierto. La conveniencia de esta unificación ha sido cuestionada atendiendo, principalmente, al carácter consustancial de las situaciones de conflicto en las pequeñas sociedades en las que la propiedad y el control se encuentran en manos de los mismos sujetos. En este sentido, sobre el carácter *excesivo* del Derecho de sociedades en el marco de las sociedades de capital no cotizadas, *Vid.* GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes de los administradores en situación de conflicto de intereses», cit., p.

3.2.3 Ámbito de aplicación objetivo

La tarea consistente en determinar los supuestos de oposición de intereses a los que se refiere el precepto que nos ocupa no es fácil⁵⁷². Primeramente, y antes de analizar los supuestos concretos que podrían tener cabida en el artículo 224.2 LSC, considero importante analizar si el mismo aglutina toda clase de conflicto de interés o, únicamente, los de naturaleza permanente.

En respuesta a esta importante cuestión, opino que el cese previsto en el artículo 224.2 LSC se aplica únicamente cuando se constata la existencia de una situación de conflicto permanente de interés⁵⁷³. Entiendo que, en caso de que el legislador hubiera considerado necesario prever el remedio drástico del cese del administrador que se encuentra incurso en un conflicto de interés puntual —con la excepción, en mi opinión, de los eventuales conflictos de competencia ocasionales (art. 230.3 II LSC)—, así lo hubiera reflejado en el marco de los artículos 229 y 230 LSC. No ha sido precisamente este el camino elegido por el redactor de la norma. Antes bien, de conformidad con la LSC vigente, los supuestos ocasionales de deslealtad han recibido una respuesta menos gravosa en aplicación de lo establecido en los artículos 227.2, 232 y 236 LSC. En este orden, en el Capítulo III del Título VI

552, SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», cit., p. 52.

⁵⁷² Vid. POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», cit., p. 262.

⁵⁷³ En este sentido, conforme al previgente artículo 83 LSA 1951, Vid. GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 216-220. En este mismo sentido, a la luz del previgente artículo 132.2 LSA 1989, Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., p. 979, MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», cit., p. 1.514, SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 227. En atención a la dicción del artículo 224.2 LSC se pronuncia también en este sentido IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., pp. 145-147. Esta postura encuentra apoyo asimismo en la jurisprudencia. Así, cabe destacar que: «Como se recoge en la sentencia recurrida, el control que establece el art. 132.2 de la LSA es preventivo en defensa del interés de la sociedad, y entre sus concretas manifestaciones está la de evitar situaciones estructurales que faciliten prácticas desleales o, en general, situaciones que puedan perjudicar la posición competitiva de la sociedad» (SAP de Bizkaia de 20 de enero de 2012, caso Iberdrola, F.D. Noveno, AC 2012\288).

regulador del estatuto de los deberes de los administradores el cese ha sido previsto, única y exclusivamente, para castigar el incumplimiento de la prohibición de competencia y el desarrollo de actividades que provocan el nacimiento de los restantes conflictos permanentes *ex* artículo 229.1 f) LSC (art. 230.3 II LSC).

Así, el tratamiento más drástico para resolver el conflicto consistente en el cese del artículo 224.2 LSC —junto con el caso del cese previsto en el artículo 230.3 II LSC— debe reservarse para los conflictos permanentes. Y ello porque los instrumentos jurídicos previstos para resolver los conflictos puntuales se muestran ineficaces para tal fin (arts. 227.2, 232 y 236 LSC)⁵⁷⁴. Es decir, dado que no bastan las normas dirigidas a *resolver* el conflicto, deviene necesario en estos casos *deshacer* la propia relación conflictiva mediante la institución del cese⁵⁷⁵. A modo de ejemplo, si el conflicto se debiese en exclusiva a la percepción por el administrador de un *regalo* por parte de un tercero que excede de lo que puede considerarse como un acto de mera cortesía (*ex* art. 229.1 e) LSC), bastaría la exigencia de la devolución del enriquecimiento (art. 227.2 LSC) y, en su caso, el resarcimiento del daño ocasionado a la sociedad (art. 236.1 LSC). Por el contrario, si un administrador fuera, a su vez, administrador de una sociedad competidora y pudiese hacer uso de la información sensible que recibiese en su condición de administrador con intereses distintos a los

⁵⁷⁴ En este sentido, *Vid.* SÁNCHEZ RUIZ, M., «Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo», cit., p. 148, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., pp. 143-145.

⁵⁷⁵ Sobre la distinción entre las normas que resuelven los conflictos societarios y aquellas que, partiendo de su origen, deshacen la propia relación conflictiva conviene destacar que: «Normas del primer tipo son las que dibujan el gobierno de la sociedad, determinan quién y cómo se toman las decisiones y qué voluntad prevalece en caso de conflicto, lo que incluye las normas sobre la adopción de acuerdos sociales y gestión de la sociedad y la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales. Como normas que deshacen la relación conflictiva pueden calificarse la disolución de la sociedad, la exclusión del socio conflictivo y la separación del socio descontento. La aplicación de estas últimas implica el reconocimiento de que el conflicto no ha podido ser resuelto por vías extrajurídicas ni recurriendo a la aplicación de las primeras. En tal caso, no queda más remedio que terminar la relación que se ha vuelto indeseable para alguna de las partes.» (*Vid.*, textualmente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», cit., p. 89). Si bien este autor se centra en el estudio de los conflictos entre el socio y la sociedad, sus consideraciones y conclusiones me parecen de gran interés y trasladables, *mutatis mutandis*, al ámbito del cese del administrador incurso en un conflicto permanente.

de la sociedad tutelada, parece que la única solución —salvo que la junta general acordase lo contrario en atención a la inocuidad del acto— consistiría en su separación del órgano de administración y, en su caso, en su exclusión de la sociedad (art. 350 LSC).

En sintonía con lo indicado anteriormente, considero que no cabe entender que los conflictos ocasionales o puntuales tengan cabida en el artículo 224.2 LSC, tal y como ha sido defendido por parte de la doctrina⁵⁷⁶. Teniendo en consideración lo expuesto en las líneas precedentes, no procede acudir a la difusa redacción del referido artículo 224.2 LSC para activar el mecanismo del cese en supuestos para los que han sido elegidos otros remedios más leves en la vigente LSC. A pesar de que de la literalidad de este precepto no quepa *prima facie* excluir los conflictos ocasionales de su ámbito de aplicación, entiendo que de una interpretación sistemática de la regulación de los conflictos de interés y, en especial, atendiendo a la severidad del mecanismo previsto en el mismo, únicamente tienen cabida en él los conflictos permanentes —sin perjuicio de los eventuales conflictos de competencia de naturaleza puntual⁵⁷⁷—.

En suma, desde mi punto de vista, si el regulador hubiera pretendido establecer el cese del administrador *ocasionalmente infiel*, así lo hubiera previsto de forma expresa en el Capítulo III del Título VI de la LSC dirigido a regular los deberes de los administradores tras la promulgación de la Ley 31/2014. De lo expuesto previamente

⁵⁷⁶ A favor de esta interpretación, *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., pp. 1.594-1.595, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 44, FARRANDO MIGUEL, I., «Artículo 132.2 LSA 1989 y cese de administradores designados por la minoría debido a la existencia de un “conflicto de interés estructural y permanente” [Sentencia del JM núm. 1 de Bilbao, de 9 de julio de 2010 (ACS v. ACCIONA)]», cit., p. 7. En contra de incluir los conflictos puntuales en el artículo 224.2 LSC, *Vid.* IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., pp. 146-147, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., pp. 100-102, POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», cit., pp. 261-262.

⁵⁷⁷ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.2.1.3.

se colige que, siendo distinta la naturaleza de los conflictos permanentes y ocasionales, distinto ha de ser, asimismo, el mecanismo para enfrentarse a ellos.

3.2.3.1 Especial mención a la relación entre el artículo 224.2 LSC y el artículo 230.3 II LSC

En las líneas anteriores he indicado que se prevén supuestos especiales de cese de los administradores tanto en el artículo 224.2 LSC como en el artículo 230.3 II LSC. He advertido, asimismo, que ambos preceptos tienen origen en distintos cuerpos normativos y que su actual *desordenada* ubicación responde, precisamente, a tal distinta fuente. Pero, siendo ello así, ambos están previstos en la vigente LSC y, por tanto, están obligados a entenderse.

Si atendemos al supuestos del cese recogido en el artículo 230.3 II LSC, de su literalidad se aprecia que el supuesto concreto de oposición de intereses que permite activar el cese en su virtud es el conflicto que nace del desarrollo de actividades competitivas. Por tanto, a diferencia de la parquedad de la dicción del artículo 224.2 LSC, el artículo 230.3 II LSC nos indica de manera explícita el tipo conflictual al que se refiere.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe cuestionarse si, de manera implícita, el referido artículo 230.3 II LSC ha venido a acoger otros supuestos de conflicto distintos al derivado de la infracción de no competencia. En otras palabras, si este precepto se refiere al cese del administrador que incumple la prohibición de competencia prevista en el artículo 229.1.f) LSC, podría interpretarse que el mismo abarca, asimismo, los restantes supuestos *«que de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad»* previstos también en este último artículo. Es decir, ¿es posible cesar a un administrador incurso en un conflicto de carácter permanente distinto al conflicto de competencia en virtud del artículo 230.3 II LSC? A pesar de que la literalidad de este precepto no se refiera a los mismos y exista cierta descoordinación

entre estos dos repetidos artículos, considero que la respuesta debe ser afirmativa. Si, tal y como he sostenido anteriormente en este trabajo, el regulador ha pretendido poner a la misma altura los conflictos que surgen de la inobservancia de la obligación de no competencia y los restantes conflictos que tienen carácter estructural (art. 229.1 f) LSC)⁵⁷⁸, soy de la opinión de que el remedio para combatir todos ellos ha de ser el mismo. Por tanto, a instancia de cualquier socio, la junta general sería competente para resolver sobre el cese del administrador incurso en una situación de conflicto de interés estable o estructural diferente al conflicto que surge del desarrollo de actividades competitivas⁵⁷⁹.

Si seguimos la interpretación defendida previamente, ¿qué función cumple en la actualidad el artículo 224.2 LSC? He dicho que el ámbito de aplicación del artículo 230.3 II LSC abarca todos los conflictos permanentes —no solo los derivados del desarrollo de actividades competitivas—, tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada. Asimismo, he sostenido que el supuesto especial del cese indicado en el artículo 224.2 LSC engloba únicamente los casos de conflicto de naturaleza estructural o permanente, por lo que tampoco cabe acudir a este precepto cuando nos enfrentamos a un conflicto de interés ocasional. Así las cosas, considero que tanto el artículo 224.2 LSC como el artículo 230.3 II LSC abarcan el mismo tipo de conflicto —toda clase de conflicto de interés permanente—, por lo que, en principio, se podrían alegar ambos a fin de cesar al *administrador permanentemente infiel* en las sociedades anónimas y limitadas. No olvidemos que los regímenes previstos en uno y otro son coincidentes⁵⁸⁰, por lo que la aplicación de ambos conduciría a un idéntico resultado, es decir, al cese del administrador infiel.

⁵⁷⁸ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 1.2.1.

⁵⁷⁹ Así, con respecto de los conflictos permanentes no concurrenciales a los que hace alusión el artículo 229.1 f) LSC, cabe recordar que: «*Dudamos que esos otros conflictos puedan verificarse objetivamente de la misma manera, y cabe esperar que los tribunales lleven a cabo una interpretación del inciso, análoga a la ofrecida tradicionalmente en torno al artículo 224.2 (antiguo 132 LSA), respetuosa con la discrecionalidad de la Junta, tanto a la hora de apreciar la existencia de conflicto, como a la de mantener al administrador en el cargo*» (*Vid.*, textualmente, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», cit., p. 408).

⁵⁸⁰ *Vid.* RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», cit., p. 1.658.

Sin embargo, siguiendo el principio de especialidad —*lex specialis*—, estimo que sería más apropiado solicitar el cese del administrador incurso en un conflicto permanente de interés con base en el artículo 230.3 II LSC, sin perjuicio de que el mismo tuviera cabida también en el amplio y difuso supuesto de hecho previsto en el artículo 224.2 LSC. Igualmente, dado que los conflictos de interés están actualmente regulados en un capítulo especial de la LSC —el Capítulo III del Título VI—, parece más apropiado buscar remedio a estos en el marco de este mismo capítulo. No obstante, como señalaba anteriormente, no puede entenderse el sentido del artículo 224.2 LSC al margen de lo dispuesto en el mentado capítulo y, al mismo tiempo, su ubicación fuera del mismo no puede servir como fundamento para obviar su existencia. Por ello, entiendo que el mismo podría seguir sirviendo de fundamento para solicitar el cese del administrador permanentemente infiel en las sociedades anónimas e, incluso, analógicamente, en las limitadas.

En todo caso, habrá que esperar a conocer la interpretación que del artículo 224.2 LSC y, muy especialmente, de su relación con los artículos 229.1 f) y 230.3 II LSC hagan los tribunales para conocer los supuestos de conflicto que deben entenderse recogidos en cada uno de ellos. No olvidemos que la referencia genérica a los conflictos de interés permanente recogida en el artículo 229.1 f) LSC origina cierta inseguridad jurídica, no solo con respecto de los conflictos que el mismo pretende recoger⁵⁸¹, sino también, y principalmente, sobre el régimen que debe aplicarse en caso de que se constate su existencia. De conformidad con lo defendido anteriormente, soy de la opinión de que a estos otros conflictos permanentes de interés debería atribuírseles la misma consecuencia que al prototipo de conflicto permanente de interés, es decir, el eventual cese del administrador —siempre que, claro está, la junta general considere que el interés social exige resolver a favor de la solicitud del cese—.

⁵⁸¹ Se recoge una relación de los supuestos de conflicto que considero incardinables en el artículo 229.1 f) LSC en el Cap. III, ap. 3 de este trabajo.

3.2.3.2 La aplicabilidad de los artículos 224.2 y 230.3 II LSC para cesar al administrador designado por el sistema de representación proporcional

De acuerdo con lo expuesto anteriormente en este trabajo, el ejercicio del derecho de representación proporcional podría dar lugar al surgimiento de conflictos de interés de naturaleza estructural⁵⁸².

Mucho se ha discutido acerca del sistema a través del cual han de ser cesados los administradores designados en virtud del sistema excepcional de nombramiento previsto en el artículo 243.1 LSC. Podría argumentarse que, dado que estos administradores han sido designados por los accionistas minoritarios, deben ser estos necesariamente los únicos legitimados para acordar su cese⁵⁸³. No obstante, esta argumentación no encuentra apoyo ni en la literalidad de la regulación del cese prevista en la vigente LSC, ni en la interpretación de las normas societarias predecesoras de la misma realizada por la doctrina científica y jurisprudencial mayoritaria. Esta doctrina sostiene que los administradores nombrados en virtud del sistema de representación proporcional pueden ser cesados por la mayoría. Es más, esta mayoría puede cesarlos cuando concurre una justa causa (art. 224.2 LSC), y también, como ha sido aclarado por el TS, cuando no concurre la misma —separación *ad nutum*⁵⁸⁴—. No obstante, es preciso recordar a este respecto que para

⁵⁸² *Vid. supra* Cap. III, ap. 3.2.

⁵⁸³ A favor de esta interpretación, *Vid.* SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», cit., p. 20, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 223. Cese de los administradores», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1.589.

⁵⁸⁴ A favor de la aplicabilidad de la separación *ad nutum* en este concreto supuesto, entre otros, *Vid.* ALCOVER GARAU, G., «La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima y el principio mayoritario en el funcionamiento de la junta general de accionistas», *RdS*, núm. 2, 1994, pp. 83 y ss. Sin embargo, cierto sector doctrinal exigió la concurrencia de una justa causa a fin de evitar decisiones abusivas y despóticas (entre otros, *Vid.* GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 112, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 516-517, PETIT LAVALL, M.^a V., «Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012 (Residencial Monte Carmelo, S.A., c. IBERDROLA, S.A.)», cit., p. 5, POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de

que un socio pueda solicitar su cese, entonces sí, será indispensable la existencia de dicha justa causa.

En el caso que ahora nos ocupa, la repetida justa causa se correspondería con la tenencia «*bajo cualquier forma, de intereses opuestos con los de la sociedad*» (art. 224.2 LSC) por parte del administrador designado por el sistema de representación proporcional. Conforme a la opinión de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, como decía, la tenencia de dicho interés opuesto correspondería en origen al accionista que habría promovido su nombramiento, el cual, automáticamente, se habría trasladado al administrador *de la minoría*⁵⁸⁵. Tal origen ha llevado a la doctrina a sostener que, en verdad, el artículo 224.2 LSC recoge el conflicto entre la sociedad y el socio que promueve el nombramiento del administrador —conflicto socio-sociedad⁵⁸⁶—.

la Ley de Sociedades Anónimas)», cit., pp. 225 y ss.). La SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 respaldó la segunda de las citadas posturas al considerar que: «*tal como viene sosteniendo la generalidad de la doctrina, la facultad de la Junta General de separar ad nutum a los administradores, conforme al art. 131 [actualmente, el art. 223.1 LSC], encuentra un límite en el derecho de representación proporcional de las minorías consagrado en el art. 137 [actualmente, el art. 243.1 LSC], pero no excluye que puedan ser separados mediante justa causa, una de cuyas concretas expresiones es la que consagra el art. 132.2 [actualmente, el art. 224.2 LSC]*» (F.D. Quinto). No obstante, el TS en su sentencia de 2 de julio de 2008 respaldó la posibilidad de acudir a la separación *ad nutum* al entender que: «*Nuestro ordenamiento vigente no ofrece apoyo para considerar que el artículo 131 [actualmente, el art. 223.1 LSC] distingue, en orden a la separación, entre los consejeros designados por la mayoría y la de los que lo fueron por el sistema proporcional*» (F.D. Tercero, JUR 2006\85907). Más recientemente, en su sentencia de 11 de diciembre de 2012, el TS confirmó esta interpretación al afirmar que: «*resulta irrelevante que la norma (art. 132.2 LSA) [actualmente, art. 224.2 LSC] no imponga la separación de los administradores que infringen sus deberes de leal y diligente administración, ya que la infracción opera en el caso como justificación del ejercicio no abusivo por la mayoría de la facultad de cesar a los nombrados a designación de la minoría*» (F.D. Sexto, pár. 56, RJ 2012\3521).

⁵⁸⁵ Tal y como ha sido considerado en algunas sentencias judiciales, como por ejemplo, cuando se ha sostenido que: «*El art. 132.2 [actualmente, art. 224.2 LSC] en relación con el art. 137 [actualmente, art. 243.1 LSC], opera preventivamente y permite considerar los intereses que los consejeros representan y que han determinado su nombramiento, bastando con la constatación de circunstancias reveladoras de un riesgo o peligro para el interés de la sociedad, manifestado por la representación de un conflicto de intereses. Es el control preventivo que en defensa del interés de la sociedad posibilidad (sic) y exige el art. 132.2 de la LSA*» (SAP de Bizkaia de 20 de enero de 2012, caso Iberdrola, F.D. Noveno, AC 2012\288). La doctrina ha ido incluso más lejos al entender que: «*no puede hablarse solamente de un potencial riesgo de lesión del interés social, sino de un riesgo real o cierto de lesión de ese interés como consecuencia de la situación de conflicto existente, el cual debe valorarse desde la perspectiva de la sociedad a cuyo órgano de gobierno pretende acceder el vocal designado mediante el sistema de representación proporcional*» (Vid. 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)», cit., p. 5).

⁵⁸⁶ En este sentido, se ha postulado que: «*[...] la aplicación del art. 224.2 LSC no deriva de las*

No obstante ello, debemos tener presente asimismo el supuesto del cese previsto hoy en el artículo 230.3 II LSC. Es cierto que este precepto solo se refiere de forma expresa al desarrollo de actividades competitivas. Sin embargo, conforme a lo expuesto previamente, interpreto que el cese al que se refiere el repetido artículo 230.3 II LSC resulta de aplicación, aunque no se diga de forma expresa, a estos otros supuestos de conflicto permanente de interés (art. 229.1 f) LSC). Por lo tanto, el administrador designado por el sistema de representación proporcional podría ser cesado también en aplicación del mentado artículo. Es más, considero que, siguiendo el aludido principio de especialidad, este artículo debería primar frente al artículo 224.2 LSC como apoyo jurídico del cese del administrador incurso en un conflicto de interés permanente distinto al derivado de la infracción de la prohibición de competencia.

3.2.4 **Ámbito de aplicación subjetivo**

Analizado el ámbito de aplicación objetivo del artículo 224.2 LSC, debemos adentrarnos ahora en el estudio del ámbito subjetivo del mismo.

Así, para empezar, hemos de tener en cuenta que este precepto no solo se refiere a los administradores, sino también a otras personas —no determinadas— que «*bajo cualquier otra forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad*». En opinión de la doctrina autorizada, se entienden integradas dentro de esta expresión las personas por cuya cuenta actúa el administrador o las personas a las que presta servicios —conflicto de interés a través de persona interpuesta⁵⁸⁷—. Asimismo, parece que el legislador pretende integrar a las personas que desempeñan funciones similares a las

*cualidades o aptitudes personales de las personas nombradas por un socio competidor, sino de las circunstancias de dicho nombramiento, en concreto de las que concurren en el socio que la nombra» (Vid., literalmente, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, cit., p. 159).*

⁵⁸⁷ Vid. GALLEGU SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.597, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la ley de Sociedades de Capital, Estudio Legal y Jurisprudencia*, cit., p. 612.

propias de la administración social, cual es el caso de los directores generales, apoderados u otros altos cargos directivos⁵⁸⁸.

En este sentido y, aunque no se recoja expresamente, podría pensarse que quedarían integrados en el mismo las personas a las que, por extensión, les resulta hoy de aplicación el régimen de los deberes de los administradores y de responsabilidad (ap. 3, 4 y 5 del art. 236 LSC). Tal y como se viene argumentando anteriormente, si el artículo 224.2 LSC debe ser interpretado en consonancia con el estatuto de los deberes de los administradores contemplado en el Capítulo III del Título VI de la LSC, parece que los casos de tenencia de intereses opuestos a los que se refiere este precepto deben también entenderse a la luz de este nuevo estatuto.

Ahora bien, no podemos perder de vista que la junta general carece de competencia para acordar el cese de sujetos distintos a los administradores. Dicho de otro modo, el órgano soberano no es competente para resolver sobre el cese de los cargos directivos y, en general, sobre la revocación de los poderes otorgados, extremos sobre las que, en todo caso, habrá de pronunciarse el órgano de administración. Consiguientemente, el cese al que se refiere el artículo 224.2 LSC solo puede aplicarse a los administradores sociales —y solamente a los administradores *de derecho*—. En este orden, tampoco podrían ser cesados, obviamente, los administradores de hecho —incluidos los ocultos—, las personas físicas representantes de las personas jurídicas administradoras, ni las personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección cuando no exista delegación permanente de facultades (ap. 3, 4 y 5 del art. 236 LSC), puesto que el órgano soberano carece de competencia al efecto.

Antes al contrario, esta incompetencia de la junta no implica que estos sujetos no queden obligados al deber de anteponer el interés social en su actuación con

⁵⁸⁸ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 43.

respecto de cualquier otro⁵⁸⁹. Pero esta obligación encontraría hoy su fundamento jurídico en los apartados 3, 4 y 5 del propio artículo 236 LSC y no especialmente en el artículo 224.2 LSC. Por ello, considero que la mención que el artículo 224.2 LSC hace a las referidas personas tenedoras de intereses contrarios al social poco o nada aporta, máxime si tenemos en cuenta que el supuesto especial del cese del administrador al que este precepto se refiere no puede aplicárseles.

En mi opinión, de todo lo anterior se desprende que la dicción de este artículo 224.2 LSC no ha sido oportunamente revisada con el nuevo régimen aplicable a los deberes de los administradores tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014. Ello obligará a los distintos operadores del Derecho a realizar dicha labor de revisión y necesaria coordinación.

3.2.5 La renuncia del administrador como alternativa a su cese

En líneas anteriores he venido defendiendo la asimilación de los conflictos de interés de carácter permanente a los que se refiere el artículo 229.1 f) LSC, a los conflictos que surgen del incumplimiento de la obligación de no competencia, a todos los efectos —tanto en lo concerniente al régimen de la dispensa como al régimen del cese (art. 230.3 I LSC)—.

Siendo ello así, las consideraciones arriba expuestas sobre la eventual exigibilidad de la renuncia del administrador competidor serían extensibles a los administradores incurso en las restantes situaciones de conflicto de interés de carácter permanente *ex* artículo 229.1 f) LSC⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ En este sentido, *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.597. En la actualidad la extensión de los deberes que incumben a los administradores está recogida de forma expresa en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 236 LSC.

⁵⁹⁰ *Vid. supra* Cap. V, ap. 2.2.4.

3.3. ¿LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO-ADMINISTRADOR?

En el apartado anterior de este capítulo me he referido a la posibilidad de excluir al socio-administrador que incumple la prohibición de competencia en virtud del artículo 350 LSC. A la luz de la dicción literal de este artículo, el desarrollo de actividades que de cualquier otra forma sitúen al administrador en una situación de permanente conflicto (art. 229.1 f) LSC) no permitiría a la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio-administrador infiel. Es decir, el artículo 350 LSC no equipara los *restantes* conflictos permanentes recogidos hoy en el referido precepto al tradicional conflicto de competencia a los efectos de la exclusión del socio-administrador.

Desde mi punto de vista, este distinto tratamiento carece hoy de fundamento alguno si atendemos a la *ratio* de la exclusión del socio a la que he hecho referencia anteriormente⁵⁹¹. Con base en los mismos motivos por los que entiendo que el cese del administrador regulado en el artículo 230.3 II LSC ha de resultar aplicable también en los casos en los que el administrador se encuentra inmerso en una situación de conflicto estructural distinta a la originada como resultado de una actividad concurrencial⁵⁹², creo que una interpretación sistemática del artículo 350 LSC con el reformado artículo 229.1 f) LSC, debe conducirnos a la misma conclusión. El hecho de que el regulador no haya modificado el artículo 350 LSC en sintonía con la vigente dicción del apartado f) del artículo 229.1 LSC no me parece suficiente motivo para negar la posibilidad de excluir al administrador permanentemente infiel. No olvidemos que los motivos que podrían inclinar a la junta general a acordar la exclusión de un socio-administrador que compite con la sociedad podrían ser igual de razonables y suficientes cuando el administrador se halle en permanente conflicto de interés por otros motivos⁵⁹³.

⁵⁹¹ *Vid. supra* Cap. V, ap. 2.3.

⁵⁹² Estos motivos son los expuestos en el apartado 3.2.3.1 de este capítulo, a cuyo contenido me remito.

⁵⁹³ Imaginémoslo el supuesto de conflicto de un administrador que siendo a su vez socio de

En caso de negarse la aplicación de la exclusión con base en la constatación de una situación de conflicto permanente distinta a la derivada de una conducta competitiva, dicha exclusión podría fundamentarse en la obligación de indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la ley o a los estatutos en virtud de sentencia firme (art. 350 LSC). Ahora bien, como se expone más adelante, podría resultar complicado probar los requisitos exigidos para la procedencia de una acción de responsabilidad entablada conforme al artículo 236.1 LSC —especialmente, el daño causado—.

En cualquier caso, se podría establecer estatutariamente, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas, que cualesquiera actos desleales incardinables en el referido apartado f) del artículo 229.1 LSC facultarían a la junta general para excluir al socio-administrador que lleve a cabo los mismos (art. 351 LSC). La misma facultad podría preverse, así mismo, para cualesquiera otros casos de deslealtad regulados en el listado previsto en el artículo 229.1 LSC.

4 LOS REMEDIOS GENERALES FRENTE A LA DESLEALTAD: SU APLICABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

4.1 PRELIMINAR

En los apartados anteriores he expuesto los remedios especiales previstos en la LSC para hacer frente a la infracción de la prohibición de competencia y al desarrollo de otras actividades que sitúan al administrador en una situación de enfrentamiento constante con el interés social (art. 229.1 f) LSC). Dichos remedios o

una *joint venture* compuesta por tres socios, a partes iguales, actúa de forma constante en beneficio propio en lugar de en beneficio de la sociedad conjunta. En este caso, a pesar de no tratarse de un conflicto derivado del desarrollo de una actividad competitiva, la sociedad podría estar igualmente interesada en excluir a dicho socio-administrador estructuralmente conflictivo.

castigos se prevén en la LSC para esta clase de conflictos especialmente graves y no para los restantes conflictos de interés de naturaleza ocasional.

No obstante, además de las mentadas respuestas de carácter extraordinario, la LSC recoge tras la reforma operada por la Ley 31/2014 otras comunes o de carácter general aplicables a cualquier clase de deslealtad y, en consecuencia, también a los conflictos permanentes previstos en el artículo 229.1 f) LSC. Estos nuevos instrumentos los encontramos en el artículo 227.2 LSC, el cual prevé la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, así como en el nuevo elenco de acciones *especiales* previsto en el artículo 232 LSC⁵⁹⁴. Junto a estos nuevos instrumentos se encuentra la acción de responsabilidad regulada en el artículo 236 LSC, el cual presenta una nueva redacción tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014.

A continuación me centraré en el estudio de las particularidades que nos muestran estos instrumentos generales cuando los mismos son empleados para castigar la infracción de la prohibición de la obligación de no competencia y las restantes situaciones que provocan el nacimiento de conflictos de carácter permanente. Dado que los tribunales no han tenido ocasión aún de aplicar estos nuevos remedios, las consideraciones vertidas a continuación se basan en la lectura de la vigente LSC realizada en consonancia con la interpretación y aplicación que estos remedios han tenido en otros ámbitos ajenos al Derecho de sociedades —entre otros, en el ámbito del Derecho privado general y el ámbito del Derecho de la competencia desleal—.

⁵⁹⁴ Conviene señalar brevemente, a efectos aclaratorios, que estas acciones generales frente a la deslealtad de los administradores no deben confundirse con la propia eficacia frente a terceros de dicha actuación desleal. Es decir, la actuación desleal se ubica en un campo distinto al correspondiente a la representación sin poder (art. 1259 CCiv), salvo notoriedad (art. 234 LSC) (a este respecto, *Vid.* la RDGRN de 3 de agosto de 2016, RJ 2016\4270).

4.2 LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

4.2.1 Cuestiones generales

Una de las novedades más destacables de la reforma de la LSC introducida por la Ley 31/2014 la encontramos en el precepto que sirve de fundamento de la regulación del deber de lealtad, el artículo 227 LSC. En concreto, el apartado segundo del mismo establece de forma expresa que la deslealtad no solo impone la obligación de indemnizar el daño que haya sido causado al patrimonio de la sociedad, «*sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*»⁵⁹⁵. Esto es, con carácter adicional a la obligación resarcitoria tradicional, el legislador ha introducido el deber de *devolver* o restituir el beneficio que se haya obtenido de forma injusta, en otras palabras, vulnerando el deber de lealtad en cualquiera de sus facetas, incluida, cómo no, la prohibición de competencia y la obligación de abstenerse de desarrollar actividades que coloquen al administrador en una situación de conflicto de interés permanente (art. 229.1 f) LSC).

Como decía, este deber restitutorio es novedoso en el ámbito del Derecho de sociedades. Hasta la fecha, el administrador desleal únicamente venía obligado a indemnizar los daños causados al patrimonio social, lo cual exigía la prueba de la existencia de dicho daño, del dolo o la culpa del administrador y de la relación de causalidad (art. 236.1 LSC). Estas exigencias —y muy especialmente, la dificultad consistente en demostrar la existencia del daño y su cuantificación⁵⁹⁶— derivaban en

⁵⁹⁵ La obligación de devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador prevista en el vigente artículo 227.2 LSC se reproduce literalmente en el artículo 215-18.1 ACM.

⁵⁹⁶ La dificultad de probar la existencia de un daño y su cuantificación estriba en que, en numerosas ocasiones, la deslealtad del administrador no produce un daño emergente en el patrimonio social. Bien al contrario, resulta común que dicho *daño* se manifieste en la pérdida de un beneficio del que podría haberse lucrado la sociedad. En este orden, siguiendo las reflexiones realizadas por la doctrina autorizada, hemos de alejarnos de la concepción formal y estática del patrimonio social para explicar el perjuicio que causan las infracciones del deber de lealtad, ya que, como se ha destacado: «*si se observa el patrimonio social desde una perspectiva material y dinámica, o más*

ocasiones en la imposibilidad de *castigar* la deslealtad del administrador, quien podía beneficiarse de los bienes y derechos obtenidos como consecuencia de actos contrarios a su deber de lealtad. Esta realidad no estuvo exenta de críticas por parte de la doctrina autorizada que vino rogando el establecimiento de un régimen más riguroso que obligase al administrador a devolver lo obtenido de forma desleal⁵⁹⁷. Se trataba de una petición que podría describirse coloquialmente como *de sentido común*,

correctamente, como la empresa de la que es titular la sociedad, no existe dificultad alguna en apreciar en donde se produce el mencionado perjuicio. Las infracciones del deber de lealtad no causan siempre daños al patrimonio social en el primer sentido indicado, por el contrario, el efecto producido siempre por tales infracciones es el perjuicio de la empresa social en sentido objetivo» (Vid. literalmente, LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 94). Con idéntico criterio, se ha sostenido asimismo que: *«Las infracciones del deber de lealtad pueden no causar daño al patrimonio social strictu sensu, pero sí producirán un perjuicio a la empresa social (Vid. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 440, nota núm. 818).*

⁵⁹⁷ El autor que de forma más contundente ha exigido y ha propiciado la redacción actual del vigente artículo 227.2 LSC es PAZ-ARES (Vid. PAZ-ARES, C., «Artículos 1.665 a 1.708 CC», cit., pp. 1.420-1.42 y, muy especialmente, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo»). En este último trabajo este autor propuso una modificación de la entonces vigente LSA 1989 para incluir la obligación de restituir el enriquecimiento obtenido deslealmente por el administrador en los siguientes términos: *«La infracción del deber de lealtad determinará la obligación del administrador de indemnizar el daño causado y de devolver a la sociedad el lucro obtenido»* (Vid. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 26 y 58-59). Esta exigencia de la restitución del lucro deslealmente obtenido ha sido asimismo manifestada en el marco de la prohibición de competencia en los términos siguientes: *«[...] toda ganancia obtenida por (los socios o) los administradores (que pueden ser vistos como agentes de la sociedad) dentro de una determinada actividad —la habitual de la sociedad— aparece reservada al contenido del derecho de la sociedad (esto es, del principal). El enriquecimiento de esta manera obtenido debe considerarse injustificado y generador de una obligación restitutoria por contravenir el contenido atributivo que se dispone en la relación jurídica existente entre la sociedad y el administrador. El provecho del administrador solamente podría venir por la vía pactada: retribución o cualquier otra ventaja político-social o profesional»* (Vid. textualmente, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 131). Así mismo, consciente del problema que generaba la necesidad de probar el daño para que surgiese la responsabilidad del administrador desleal, se ha planteado como remedio disuasorio frente a las infracciones del deber de lealtad: *«[...] aplicar como sanción a dicha infracción el deber de restituir a la sociedad los beneficios obtenidos por el administrador como consecuencia de la infracción del deber de lealtad»* (Vid., literalmente, LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., pp. 92-94). Estas exigencias de la doctrina científica tuvieron reflejo en el texto elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de fecha 14 de octubre de 2013, cuyo apartado 4.2.2 estableció de forma clara y tajante que: *«se debe ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción (se trata de una vieja previsión ya contenida en el Código de Comercio para algunos casos paradigmáticos de violación del deber de lealtad, que ahora se generaliza a todos los supuestos)»*. La propuesta de redacción del artículo 227.2 LSC que contenía el texto elaborado por esta Comisión de Expertos fue literalmente incluida en la LSC con ocasión de la reforma operada por la Ley 31/2014.

dado que parece más que lógico que se pueda —y se deba— exigir la devolución de aquello que se haya conseguido sin título habilitante alguno. La exigencia de esta devolución ha sido prevista en los textos de Derecho antiguo⁵⁹⁸ y se impone también en nuestras normas comunes, tanto en el CCiv como en el CCom, en el marco de varias figuras contractuales⁵⁹⁹. Si bien estos últimos preceptos decimonónicos no se refieren expresamente a la «devolución del enriquecimiento injusto», mediante diferentes expresiones, persiguen idéntico fin restitutorio. Como consecuencia de ello, se vino exigiendo su aplicación analógica en el marco de la responsabilidad de los administradores desleales no solo por parte de la doctrina científica, sino también en distintos códigos de buen gobierno corporativo⁶⁰⁰. No obstante, nuestros tribunales no se mostraron a favor de dicha aplicación analógica por entender que la acción de enriquecimiento injusto es de naturaleza subsidiaria con respecto de la acción de la indemnización de daños y perjuicios⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Merecen ser destacados los siguientes textos: «*Ex iure aequum este nemine cum alterius detrimento auto injuria fieri locupletioem*» (Digesto 50, 17, 206), «*E aun dixeron (los sabios antiguos) que ninguno non deue enriquecerse torticeramente en daño de otro*» (Partidas 7, 34, 17).

⁵⁹⁹ En el CCom la exigencia de la devolución del enriquecimiento injusto la encontramos en su artículo 135, el cual exige la devolución de lo obtenido como consecuencia de aplicar los fondos de la compañía o la firma social con fines privados. Asimismo, en sede de la sociedad colectiva, los artículos 136 y 138 CCom exigen la devolución de lo obtenido en contravención de la prohibición de competencia. Igual exigencia se dirige al factor en el artículo 288 CCom. Adicionalmente, el CCiv también contiene normas en idéntico sentido. Así, el artículo 1683 CCiv impone al socio industrial la obligación de devolver las ganancias obtenidas por vulnerar la prohibición de llevar a cabo actividades competitivas y el artículo 1720 CCiv contiene la misma exigencia en el ámbito del contrato del mandato. Huelga decir que la obligación de restitución del enriquecimiento injusto de constante referencia encuentra su fundamento en el deber general de fidelidad (arts. 7 y 1258 CCiv).

⁶⁰⁰ Se decía así en el apartado III.2.-2.2 *in fine* del Informe Aldama: «[...] en los casos de violación de los deberes de lealtad se producen situaciones especialmente frustrantes desde el punto de vista de los inversores y de la opinión pública cuando las medidas legales adoptadas respecto del administrador infiel no consiguen la devolución de las cantidades con que se han enriquecido ilícitamente. La Comisión entiende que este tema excede del mandato recibido, pero no puede dejar de expresar su preocupación al respecto y su deseo de que esta situación sea tratada adecuadamente». Por su parte, el Código Conthe establecía la conveniencia de obligar a devolver el enriquecimiento obtenido como consecuencia de la infracción del deber de lealtad en los términos siguientes: «Se recomienda al Gobierno que haga más severo y eficaz el régimen de responsabilidad civil de los administradores desleales. Algunas de las posibles medidas que debiera estudiar a tal efecto serían: [...] e) La elevación de las sanciones, de forma que incluyan en todo caso la devolución del enriquecimiento injusto» (Anexo II «Responsabilidad de administradores por deslealtad», Recom. núm. 6).

⁶⁰¹ La complementariedad de ambas acciones está expresamente reconocida en el vigente artículo 227.2 LSC.

Fruto de esta incesante petición, el vigente artículo 227.2 LSC exige hoy de forma expresa esta *devolución*. Sin embargo, esta explícita referencia no despeja todas las dudas que pueden suscitarse en su aplicación. Habida cuenta de que se trata de un instrumento nuevo en sede de las sociedades de capital, cabe cuanto menos cuestionarse si se trata de la *acción de enriquecimiento injusto* tradicionalmente aplicada por los tribunales españoles con base en los referidos preceptos que prevén esta figura en el CCiv y en el CCom. Por ello, no cabe acudir ciegamente a la doctrina y a la jurisprudencia que se han ocupado del análisis y de la aplicación de esta acción para conocer cómo ha de aplicarse en el marco de la deslealtad de los administradores de las sociedades de capital. Por el contrario, sin perjuicio de tener en consideración las ideas vertidas por dicha doctrina científica y jurisprudencial, hemos de analizar esta acción en el contexto específico en el que ha de aplicarse. En lo que concierne a este trabajo, este contexto se corresponde con el correspondiente a los supuestos de conflicto permanente de interés previstos en el artículo 229.1 f) LSC.

4.2.2 Objeto de la devolución y titularidad sobre el mismo

A fin de comprender a qué se refiere el artículo 227.2 LSC cuando exige la devolución del «*enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*», es necesario detenerse a pensar cuál es el objeto de dicha devolución cuando la deslealtad se ha manifestado mediante el desarrollo de un acto desleal incardinable en el artículo 229.1 f) LSC. Se debe por tanto aclarar qué comprende dicho lucro y en qué formas puede manifestarse el mismo en este concreto ámbito de los conflictos de interés de carácter permanente.

En lo que a las actividades competitivas respecta, el enriquecimiento se correspondería con la contraprestación⁶⁰² —ya sea en forma de dinero u otros

⁶⁰² El enriquecimiento objeto de devolución en virtud del artículo 227.2 LSC no se manifiesta de forma tan clara en otros supuestos de deslealtad recogidos en el listado de los tipos desleales contemplado en el artículo 229.1 LSC. A modo de ejemplo, en lo que respecta al uso de información confidencial de la compañía (ap. c), podría resultar complicado probar cuál ha sido

bienes— recibida por el administrador competidor a cambio del desarrollo de tal actividad conflictiva —ya sea una venta de un producto o la prestación de un servicio— durante toda la vigencia de dicha actividad. Sin embargo, dado que nos encontraremos ante situaciones en las que, junto a la sociedad y el administrador, saldrán a escena terceros que contraten con este último, la devolución de lo entregado podría acarrear dificultades en la práctica, pudiendo incluso llegar a resultar imposible. A mayor abundamiento, debe considerarse que la sociedad carecería de acción contractual alguna para dirigirse contra dichos terceros, salvo que se pudiese acreditar que aquellos actúan por cuenta del administrador infiel⁶⁰³. Además, la propia identificación del objeto de la devolución podría en ocasiones resultar complicada. Si bien este objeto sería fácilmente determinable cuando el administrador desarrollase dicha actividad de forma directa y en nombre propio, en los casos en los que el administrador fuera, a su vez, administrador o socio de la sociedad que compitiera con la sociedad tutelada, la identificación del lucro obtenido por aquel podría resultar más complicada⁶⁰⁴. Por su parte, el lucro obtenido como consecuencia del desarrollo

el enriquecimiento obtenido por el administrador como resultado de no haber guardado el debido secreto. Pensemos que el nexo causal entre la revelación de la información confidencial y el lucro obtenido a su costa acogería, seguramente, a terceros que hiciesen posible la generación de dicho lucro. Por su parte, el aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad por el administrador (ap. d) también presenta ciertas complicaciones en el marco del deber de restitución al que me refiero, y es que, resultaría necesario cuantificar el lucro cesante al que ascendería la pérdida de dicha oportunidad de la que podría haber hecho uso la sociedad —lo cual exigiría valorar la oportunidad en su conjunto, analizando la inversión inicial necesaria, el retorno esperado, etc.—. Asimismo, esta cuantificación debería realizarse teniendo en consideración los gastos en los que hubiese incurrido el administrador con ocasión de la oportunidad de negocio de la que se hubiese aprovechado deslealmente. Es decir, la sociedad no tendría derecho a percibir, libre de gastos, el montante de los beneficios, sino la ganancia neta. Esta es la lectura que debe hacerse del vigente artículo 227.2 en el marco de las oportunidades de negocio (a este respecto, *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 372, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 134).

⁶⁰³ *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 372. Como apunta este autor, la reacción frente al tercero que se aproveche de dicha situación se encontraría en el plano resarcitorio y extracontractual.

⁶⁰⁴ Pensemos, por ejemplo, que el administrador que lo es a su vez de una sociedad competidora no es socio de la misma y no percibe retribución alguna por el desempeño del cargo. En tal caso, el enriquecimiento lo obtendría la propia sociedad competidora, no en cambio el administrador de forma directa, por lo que no se obtendría lucro alguno objeto de devolución por el propio administrador. Por el contrario, si el administrador fuera socio de la sociedad competidora, sería beneficiario de forma indirecta de dicho lucro —el cual podría llegar a manifestarse en la forma de un reparto de dividendos a favor del socio, de una contraprestación en caso de proceder a la

de actividades infieles que sitúan al administrador en una situación de conflicto permanente de interés distinto al derivado de incumplir la prohibición de competencia podría asimismo ser difícil de identificar⁶⁰⁵.

Dicho lo anterior, conviene aclarar que la regulación contenida en el artículo 227.2 LSC tiene como presupuesto que todo *lucro* obtenido por el administrador competidor o permanentemente desleal corresponde a la sociedad tutelada, con independencia de que previamente el mismo pertenezca o no al patrimonio social. Es decir, aunque la LSC no atribuya expresamente dicha titularidad a la sociedad con carácter previo a la exigencia de su devolución, es ella la titular, entre otros, de los beneficios de los que se haya *apropiado* el administrador con ocasión de la actividad competitiva no autorizada por la sociedad.

En otros términos, el provecho que el administrador puede obtener de la relación gestora que le une con la sociedad solamente puede tener su origen en el derecho a la retribución que pudiera corresponderle como consecuencia de su condición de administrador (art. 217 LSC) o del ejercicio de funciones ejecutivas (art. 249 LSC) —y, en su caso, en el derecho a obtener otra ventaja político-social que hubiera sido acordada entre las partes, por ejemplo, en el propio contrato entre la sociedad y el consejero delegado (art. 249.3 LSC)—. Por lo tanto, todos los beneficios obtenidos en el marco de la actividad de la sociedad que difieran de dicha retribución

venta de su participación o, en última instancia, de su cuota de liquidación—. En cualquier caso, huelga decir que resultaría complicado conocer con exactitud la parte del dividendo, contraprestación o cuota de liquidación que se correspondería con el beneficio obtenido como consecuencia del desarrollo de la actividad competitiva.

⁶⁰⁵ Si atendemos a los distintos casos que hemos considerado incardinables en los conflictos de naturaleza permanente distintos a los derivados del desarrollo de actividades competitivas aludidos en el artículo 229.1 f) LSC (*Vid. supra* Cap. III, ap. 3), no resulta fácil apreciar a primera vista el lucro que podría obtenerse por el administrador incurso en los mismos. Por ejemplo, un administrador designado en virtud del derecho de representación proporcional a instancia de un accionista que ostenta intereses contrapuestos con el interés social no obtendría, de forma directa, ningún lucro con motivo de ocupar dicho puesto en el consejo de administración —sin perjuicio de las retribuciones o *regalos* que pudiera obtener del accionista promotor, práctica que nos conduciría a otro supuesto distinto de conflicto (art. 229.1 e) LSC)—.

han de atribuirse a esta *ex lege*⁶⁰⁶. Ello se deriva de la idea básica consistente en que todo beneficio que trae causa o es obtenido a resultas del desarrollo de una relación fiduciaria —en este caso, de la relación de confianza existente entre el administrador y la sociedad—, salvo que se haya pactado otra cosa por ambas partes, pertenece al principal⁶⁰⁷. A modo de reflexión, añadiré que la titularidad sobre el beneficio ilícitamente obtenido a la que vengo haciendo referencia nos ayuda a entender la amplitud del ámbito de aplicación de esta nueva acción restitutoria⁶⁰⁸.

4.2.3 Presupuestos

Veamos a continuación qué presupuestos han de cumplirse para que proceda la aplicación de la acción de enriquecimiento injusto en el marco de la deslealtad del administrador, en especial, en los supuestos de conflicto permanente de interés recogidos en el artículo 229.1 f) LSC. A tal fin, considero oportuno partir del análisis de los requisitos generales que la doctrina y los tribunales han venido tradicionalmente exigiendo a fin de poder recurrir a esta acción para, posteriormente, concluir si deben o no concurrir todos ellos en sede societaria y, en especial, en el ámbito de los casos de deslealtad estructural que nos ocupan.

⁶⁰⁶ Vid. JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., pp. 370-371. PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 131. Este es el fundamento que justifica la obligación de devolución del enriquecimiento injusto en los artículos del CCiv y del CCom a los que se ha hecho referencia en el apartado 4.2.1 de este mismo capítulo.

⁶⁰⁷ Vid. PAZ-ARES, C., *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, cit., pp. 13-14, IRÁCULIS ARREGUI, N., «Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad», cit., p. 13.

⁶⁰⁸ Ha de tenerse presente que esta acción podría ejercitarse no solo cuando el administrador hubiera desplazado hacia su patrimonio privado bienes o derechos que correspondían *ab initio* a la sociedad, sino también cuando proviniesen de terceros con los que la sociedad no hubiera mantenido relación alguna. Tal sería el caso de las retribuciones desleales obtenidas de terceros por el administrador (art. 229.1 e) LSC). En este supuesto, la sociedad no tenía atribuido a su favor un derecho a obtener dicha retribución, sin embargo, en virtud del artículo 227.2 LSC, sí tendría derecho a exigir al administrador su devolución.

Si atendemos a los presupuestos establecidos por la jurisprudencia española⁶⁰⁹, en primer lugar, es necesario que el sujeto pasivo de la acción —en nuestro caso, el administrador presuntamente competidor o permanentemente desleal— haya obtenido un enriquecimiento o lucro —ya se manifieste este de forma positiva, debido a un aumento patrimonial, o negativa, por traer causa en la evitación de una pérdida—. En segundo lugar, se ha venido exigiendo que, junto al referido enriquecimiento y como correlativo de este, se produzca un empobrecimiento del actor —de la sociedad—⁶¹⁰. En tercer lugar, deberá apreciarse la ausencia de causa o justificación en el origen del enriquecimiento, es decir, la inexistencia de razón legal o comercial alguna que explique la desarmonía producida entre el patrimonio del enriquecido y del empobrecido. En otras palabras, no deberá existir una causa que motive el enriquecimiento del actor, esto es, un fundamento legal que posibilite que el lucro obtenido pueda mantenerse bajo la propiedad del administrador competidor o permanentemente infiel y no deba restituirse a la sociedad tutelada.

Resulta necesario ahora averiguar si estos tres requisitos exigidos con carácter general para la aplicación de la acción del enriquecimiento sin causa deben concurrir,

⁶⁰⁹ Entre otras, *Vid.* las SSTs de 7 de junio de 2004 (F.D. Sexto, RJ 2004\3987), de 15 de junio de 2004 (F.D. Tercero, RJ 2004\384), de 1 de junio de 2005 (F.D. Cuarto, RJ 2005\6294) y de 18 de noviembre de 2005 (F.D. Tercero, RJ 2005\7733).

⁶¹⁰ Parte de la doctrina ha manifestado que no cabe defender la necesidad de que exista un empobrecimiento o daño para poder ejercitar la acción de enriquecimiento injusto. En este sentido, doctrinalmente se ha opinado que: «[...] una concepción tal de la pretensión de enriquecimiento “convierte” a ésta en una peculiar acción de daños [...] y lo que es más grave, excluye la posibilidad de apreciar la pretensión de enriquecimiento en aquellos supuestos en los que resulta más necesaria, precisamente por la inexistencia de daño (por lo que ni habría posibilidad de indemnización, ni posibilidad de restituir el enriquecimiento)» (*Vid.*, así, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 100-101). En este orden, se defiende que: «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» (*Ibid.*, p. 334). No obstante lo anterior, la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia se han mostrado a favor de la exigencia de un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento injustificado (en este sentido *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, núm. 472, 1969, pp. 585-586, BUSTO LAGO, J. M., «Acciones personales del “Verus Dominus” frente al “Tradens a non domino” en supuestos de irrevindicabilidad», *RDACM*, núm. 11, 2015, pp. 29-51, y las SSTs de 19 de mayo de 1993 (F.D. Tercero, RJ 1993\3803) y de 20 de mayo de 1993 (F.D. Quinto, RJ 1993\3809), entre otras).

asimismo, para poder hacer uso del instrumento resarcitorio previsto en el artículo 227.2 LSC en el ámbito de los aludidos conflictos permanentes de interés.

Si bien la primera condición consistente en el enriquecimiento de un sujeto — el administrador competidor o permanentemente desleal— deberá existir en todo caso, se aprecia que las dos condiciones restantes no se presentan de forma igual en el marco de la regulación de esta figura en la LSC.

Por un lado, no es preciso el requisito relativo al empobrecimiento patrimonial. Así, en el campo de la deslealtad del administrador no puede exigirse que la sociedad sufra un daño o perjuicio correlativo al lucro injusto obtenido por el administrador. No se prevé así en la LSC y no es tal la intención del regulador al prever de forma expresa esta nueva acción en sede societaria. Muy al contrario, el legislador ha pretendido establecer una vía que permita perseguir la deslealtad incluso cuando la sociedad no sufra un daño como consecuencia de la misma⁶¹¹. Recordemos que ha sido precisamente la dificultad consistente en probar —y cuantificar— el daño deshonestamente ocasionado a la sociedad tutelada el motivo por el cual múltiples conductas desleales de los administradores han venido quedando *amparadas* por la previgente LSC.

Por otro lado, la condición consistente en la ausencia de una causa que justifique el enriquecimiento del administrador debe ser matizada, toda vez que la misma presenta ciertas especialidades en el ámbito que nos ocupa. En realidad, no será la ausencia de un motivo el que permita acudir a la vía restitutoria, sino más bien, el desplazamiento patrimonial obtenido deslealmente por el administrador⁶¹². En otras palabras, para que nazca la obligación que nos atañe es necesario que el administrador infrinja el deber de lealtad —en cualquiera de sus facetas (arts. 228 y

⁶¹¹ *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 301.

⁶¹² *Vid.* GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes de los administradores en situación de conflicto de intereses», cit., pp. 573-574.

229.1 LSC)—. Es este el presupuesto que necesariamente deberá existir para que se pueda hacer uso de esta acción resarcitoria en sede societaria.

Si atendemos a este último presupuesto que fundamenta el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto conforme a la vigente LSC, vemos que su previsión legal, en consonancia con los preceptos que regulan el deber de lealtad en esta norma, cumple una clara función preventiva. Sin perjuicio de la función restitutoria que también pueda desempeñar esta acción, no cabe duda de que el regulador, a través de este nuevo mecanismo, ha perseguido evitar que las conductas desleales puedan llegar a tener lugar⁶¹³. Por tanto, se aprecia fácilmente el deseo preventivo, —e incluso *punitivo*— del legislador ante la deslealtad de los administradores⁶¹⁴.

A los meros efectos aclaratorios, añadiré que tampoco resulta necesario para poder ejercitar esta acción la ausencia de otra acción especial para obtener la justa restitución del equilibrio patrimonial alterado como consecuencia de la conducta infiel del administrador. Es este un requisito adicional que ha venido siendo exigido por los tribunales españoles —exigencia que ha dado lugar a críticas por parte de la doctrina autorizada—⁶¹⁵. No obstante lo anterior, dado que se trata de una acción

⁶¹³ Así, se ha defendido que: «La obligación de que el administrador que infrinja el deber de lealtad tenga que devolver a la sociedad el enriquecimiento obtenido a causa de dicho incumplimiento abre una nueva etapa en la gestión de las sociedades de capital, ya que constituye un importante estímulo legal que va a reforzar la exigencia de que los administradores sociales antepongan siempre los intereses de la sociedad a los de índole personal» (*Vid.*, textualmente, EMPARANZA SOBEJANO, A., «El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto», cit., p. 138).

⁶¹⁴ El uso del remedio del enriquecimiento injusto para prevenir las infracciones del deber de lealtad fue defendido por parte de PAZ-ARES, C., «La anomalía de la retribución externa de los administradores», cit., p. 13. Sobre la función preventivo-punitiva que podría desempeñar el deber de enriqueciendo injusto, *Vid.* BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, cit., pp. 93-100.

⁶¹⁵ En contra del carácter subsidiario se han mostrado, entre otros, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, cit., pp. 104-105, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1989, pp. 110-111, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.605. A pesar de defender con carácter general que esta acción no tiene carácter subsidiario, se ha subrayado también que esta no puede ser admitida cuando su ejercicio suponga, con otro nombre, el de otra acción caducada o prescrita (en este sentido, *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», cit., p. 569).

recogida expresamente por el Derecho positivo vigente, el carácter subsidiario de esta acción debe actualmente descartarse de plano⁶¹⁶. Pero, para que la afirmación anterior no se limite al *law in the books* y se traduzca en *law in action*, será necesario que cambie la postura de los tribunales cuando tengan la ocasión de interpretar la literalidad del artículo 227.2 LSC y aplicarlo en un determinado supuesto. Y es que, como decía, hasta la fecha nuestros jueces han venido exigiendo para estimar la aplicación de la acción que nos ocupa la inexistencia de otro remedio reparador preferente. Es decir, se ha defendido jurisprudencialmente que esta acción no es dinamitadora del sistema jurídico y que se trata de una medida reparadora subsidiaria⁶¹⁷. Si bien es cierto que la letra de la LSC nos lleva a pensar que se producirá un giro en esta corriente jurisprudencial, también lo es que en ciertos casos podría resultar complicado deslindar los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto con los exigidos por otras acciones —muy especialmente, por la acción de responsabilidad—, lo cual podría generar complicaciones en su aplicación.

Para finalizar, a fin de recalcar la distinción entre esta acción y la resarcitoria, simplemente añadiré que no se requiere para su aplicación que el administrador desleal actúe dolosa o negligentemente. Es decir, la obligación de restitución nacerá asimismo cuando el administrador actúe de buena fe, siendo únicamente necesario que se infrinja el deber de lealtad y que se obtenga un enriquecimiento como consecuencia de ello⁶¹⁸. De lo anterior se desprende que es necesario leer y tratar la

⁶¹⁶ *Vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», en DÍEZ PICAZO, L., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 196.

⁶¹⁷ En este sentido, entre otras, *Vid.* las SSTs de 19 de febrero de 1999 (F.D. Primero, RJ 1999\1055), de 12 de julio de 2000 (F.D. Tercero, RJ 2000\6686), de 28 de febrero de 2003 (F.D. Quinto, RJ 2003\2723), de 3 de enero de 2006 (F.D. Primero, RJ 2006\258) y más recientemente, el Auto del TS de 16 de septiembre de 2014 (F.D. Cuarto, JUR 2014\246014).

⁶¹⁸ Tal y como señaló claramente el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 1994, cuando afirmó que: *«para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (Sentencias de 23 y 31 marzo 1992 y 30 septiembre 1993, entre otras) y, por otro lado, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, que podrá dar lugar a la exigencia de otro tipo de responsabilidades, no basta, por sí sola, para dar vida a la figura del enriquecimiento sin causa, si no concurren todos los requisitos que condicionan su existencia...»* (F.D. Cuarto, RJ

acción de enriquecimiento injusto societaria de forma autónoma e independiente a la acción de responsabilidad, tal y como se prevé en el propio artículo 227.2 LSC. Así, por ejemplo, el administrador competidor que sobrepase los límites de la dispensa concedida por la junta general para competir con la sociedad, aunque ignore dicha extralimitación en su actuación, deberá devolver la inmerecida ganancia que obtenga como resultado de dicha actuación infiel.

4.2.4 Legitimación

Sin perjuicio de que, conforme a lo que vengo señalando anteriormente, los presupuestos para aplicar la acción de enriquecimiento injusto son menos que los exigidos para la incoación de la acción de responsabilidad, la primera encuentra en la ausencia de la regulación de su legitimación activa una importante traba para su aplicación.

La LSC no prevé norma especial alguna que reconozca la legitimación de los socios para entablar la acción de enriquecimiento injusto —a diferencia de lo que ocurre en sede de la acción de responsabilidad de administradores (arts. 239 y 240 LSC)—, por lo que la misma corresponde, en aplicación de las normas generales, a la propia sociedad (art. 111 LEC). Además, no se requiere para que dicho ejercicio sea posible un «*previo acuerdo de la junta general*» (art. 238 LSC). Como consecuencia de lo anterior, corresponde al órgano de administración entablar esta acción.

Si tenemos en cuenta que la acción restitutoria se ejercita, precisamente, contra actuaciones desleales de los propios miembros del órgano de administración, no cuesta percatarse de que su aplicabilidad se complica. Pensemos que es poco probable que el mismo administrador desleal ejercite una acción para castigar su propia

1994\10111). Esta ha sido asimismo la postura compartida por la doctrina que se ha encargado del estudio de esta institución (*Vid.* BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, cit., pp. 94-95, GALLEGOS SÁNCHEZ, E., «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», cit., p. 1.606).

conducta o la de otro miembro del órgano de administración con el que tenga afinidad. Y no, no existe ninguna previsión en la vigente LSC que recoja la legitimación activa subsidiaria a favor de los socios.

4.3 OTRAS ACCIONES

Junto con la obligación de devolver el enriquecimiento injusto indicada anteriormente, el vigente artículo 232 LSC nos ofrece un abanico de acciones aplicables a cualesquiera infracciones del deber de lealtad y, consiguientemente, también a aquellas incardinables en el artículo 229.1 f) LSC. Ciñéndonos a la dicción literal del referido artículo 232 LSC, estas acciones son las siguientes: las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad⁶¹⁹.

Brevemente señalaré que las acciones recogidas en este artículo tienen como común denominador su naturaleza real. Es decir, todas ellas tratan de corregir los efectos producidos por la actuación u omisión desleal del administrador al objeto de restablecer la situación anterior a dicha actuación u omisión. Son pues acciones enfocadas a sanar las consecuencias derivadas de la ilicitud y no a sancionar al administrador social que las ha provocado⁶²⁰.

⁶¹⁹ El presente listado de acciones supone una novedad en el ámbito del Derecho de sociedades. Hasta la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC no se establecía un elenco de remedios similar a este. Al igual que la acción de enriquecimiento injusto, la previsión de estas acciones responde a las voces de la doctrina que han venido exigiendo el establecimiento de medidas dirigidas a reforzar el cumplimiento del deber de lealtad de los administradores en los últimos tiempos. En concreto, el conjunto de las acciones recogido en el vigente artículo 232 LSC tiene origen en la propuesta de PAZ-ARES presentada en su trabajo «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en el que planteó una modificación de la entonces vigente LSA 1989 para incluir las referidas acciones en estos términos: «*El ejercicio de la acción de responsabilidad no obsta el ejercicio de las acciones de impugnación, de cesación, de remoción y, en su caso, de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*» (cit., pp. 28 y 59). Este planteamiento fue acogido en el texto elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de fecha 14 de octubre de 2013, siendo reproducido, sin cambios, en la Ley 31/2014.

⁶²⁰ En este sentido, *Vid.* PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*,

La previsión de estas acciones en el artículo 232 LSC no supone una novedad absoluta. Es preciso tener en cuenta que las mismas ya venían estando disponibles en otras normas del ordenamiento jurídico español. En concreto, la acción de impugnación se ha recogido tradicionalmente en las normas encargadas de regular las sociedades de capital —la LSC vigente y las derogadas LSA 1989 y LSRL 1995—, la acción de anulación la reconoce el propio CCiv y las restantes se hallan previstas en otras normas de carácter especial⁶²¹. Antes bien, el hecho de que estas acciones hayan sido reconocidas y aplicadas en otros ámbitos del Derecho no nos ofrece respuestas claras a las cuestiones que se plantean de la lectura de la escueta redacción del artículo 232 LSC⁶²². A decir verdad, este precepto se limita a presentarnos un listado de acciones sin entrar a regular los pormenores de su aplicación en sede societaria. Como consecuencia de lo dicho previamente, entiendo que resulta necesario dedicar un espacio de este trabajo al análisis del carácter, de los presupuestos de aplicación y de las restantes particularidades que nos muestran estas acciones en el ámbito del Derecho de sociedades.

No obstante lo anterior, dado que excede del ámbito del presente trabajo, no se examinarán a continuación en detalle todos los pormenores de la aplicación de las

(Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 577.

⁶²¹ Las acciones de cesación y remoción han sido previstas en las siguientes normas: en la LCD, en el RDLeg 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

⁶²² Es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia española no admitía bajo las normas societarias previgentes la aplicación de estas acciones en el ámbito del Derecho de sociedades. Los tribunales entendían que solamente resultaban aplicables los remedios expresamente previstos en la normativa societaria, es decir, la acción de impugnación y la indemnización de los daños y perjuicios causados. Así, el TS sostuvo en su sentencia de 5 de noviembre de 1997 (F.D. Cuarto, RJ 1997/7933) que: «*el derecho societario sería un verdadero caos si se admitiese lo contrario, olvidando los efectos de toda actuación representativa en su ámbito*». (En este sentido, asimismo, *Vid.* la STS de 21 de noviembre de 1997 (F.D. Quinto, RJ 1997/8095), la STSJ de Navarra, de 19 de febrero de 2003 (F.D. Cuarto, RJ 2003/4446) y la SAP de A Coruña de 25 de abril de 2003 (F.D. Tercero, JUR 2003\228618).

acciones previstas en el artículo 232 LSC. Teniendo en consideración que en este capítulo se estudian los remedios para hacer frente a los distintos tipos de conflicto permanente de interés (art. 229.1 f) LSC), únicamente se analizará la aplicación de estas acciones en el marco de la deslealtad prevista en este tipo legal.

4.3.1 La acción de impugnación

La acción de impugnación es una acción con expreso reconocimiento previo en la LSC (arts. 204.1 y 251 LSC). En consecuencia, la nueva previsión en el marco de los deberes de los administradores (art. 232 LSC) no nos presenta novedades demasiado relevantes⁶²³. A saber, el incumplimiento del deber de lealtad por un administrador implica la infracción de un deber de naturaleza legal —previsto de forma expresa y detallada en los artículos 227.1 y siguientes de la LSC— y puede entrañar, también, la inobservancia de una norma estatutaria o de los reglamentos internos⁶²⁴ que desarrollen dicho deber legal e, incluso, la vulneración del interés social —principalmente, por ser adoptados los acuerdos por la mayoría en su propio interés y en detrimento injustificado de los restantes socios—. Estos supuestos serían constitutivos de las causas de impugnación de los acuerdos sociales de la junta general y del consejo de administración previstas en los artículos 204.1 y 251 LSC⁶²⁵, respectivamente.

⁶²³ El reconocimiento de la acción de impugnación en el artículo 232 LSC no responde al fin de prever las especialidades de su aplicación en el concreto ámbito que nos ocupa, sino más bien, al deseo de dejar clara constancia del carácter compatible de esta acción con las demás acciones previstas en el marco del incumplimiento de los deberes de los administradores. Sobre la posibilidad de aplicar de forma simultánea el régimen de responsabilidad y la impugnación de acuerdos sociales se pronunció con anterioridad al régimen introducido por la Ley 31/2014, ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 354.

⁶²⁴ Sobre la posibilidad de impugnar un acuerdo que infrinja los reglamentos internos de los órganos sociales, *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.3.3.1.

⁶²⁵ Este remedio solamente resultará aplicable cuando el órgano de administración revista la forma de un consejo —dado que la deslealtad que posibilita la impugnación se manifiesta en la función deliberativa que desempeñan los miembros de este órgano y no en el ejercicio de su poder de representación—, quedando por tanto limitada su eficacia en este ámbito (*Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, cit., p. 356). Sin embargo, la acción de impugnación podría ser aplicable también en el caso de los acuerdos de la

En el ámbito de los conflictos de naturaleza estable que ahora nos ocupan, entre los variados acuerdos que podrían ser objeto de impugnación por deslealtad pueden mencionarse, entre otros, aquellos acuerdos de la junta general que tengan por objeto la concesión o revocación de su dispensa (art. 230.3 I LSC) y el cese del administrador incurso en un conflicto permanente a solicitud de cualquier socio (art. 230.3 II LSC). Asimismo, podría impugnarse el nombramiento de un administrador por el consejo de administración en virtud del instituto de la cooptación (art. 244 LSC) en caso de que dicho nombramiento colocase al nominado en permanente situación de conflicto con el interés social.

Tales acuerdos podrían ser impugnados con base en distintos motivos: por considerar que contravienen la propia LSC, los estatutos sociales o los reglamentos internos de los órganos sociales, por ser acordados irregularmente por parte de la mayoría en contra de los intereses de la minoría (arts. 204.1 *in fine* y 204.1 II LSC)⁶²⁶ o, entre otros, sin la debida abstención del socio-administrador destinatario de la dispensa acordada por la junta general (art. 190.2 LSC)⁶²⁷. En caso de que se declarase la ineficacia de los acuerdos adoptados en los términos arriba indicados, se procedería a la inscripción de la sentencia en el RM, con la publicidad que de la misma se derivaría (art. 208.1 LSC)⁶²⁸.

junta general en los que se produzca una actuación del administrador en cuanto administrador, por ejemplo, cuando ejerce el voto de socios por delegación hecha en su favor en calidad de administrador (*Vid.* PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», cit., p. 580).

⁶²⁶ Con respecto de la impugnación del acuerdo sobre el cese con base en este motivo se pronunciaron, entre otros, GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», cit., p. 9 y FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 71. Así, se ha afirmado que el cese fundamentado en el conflicto de interés no supone una redundancia con respecto de la separación *ad nutum*: «porque la decisión de la mayoría, que conserva en la administración de la sociedad en contra del interés social y en beneficio de determinados socios un miembro competidor, será impugnable, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley [actualmente, artículo 204.1 LSC]» (*Vid.* RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., p. 282).

⁶²⁷ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.2.

⁶²⁸ En caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el RM, la sentencia declarativa de su ineficacia conllevaría la cancelación de su inscripción y la de los asientos posteriores que resultasen contradictorios con ella (art. 208.2 LSC).

4.3.2 La acción de anulación

Tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, el artículo 232 LSC que ahora nos ocupa prevé la acción de «[...] *anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad*». No se trata de una acción novedosa. Recordemos que la misma ha estado tradicionalmente reconocida en el artículo 1300 CCiv⁶²⁹. No obstante ello, es la primera vez que se reconoce de forma expresa y autónoma —desligada de la acción de impugnación de acuerdos sociales— en el ámbito de las sociedades de capital, lo cual nos obliga a estudiar su alcance.

En primer lugar, es preciso conocer si nos encontramos ante una clase de nulidad «*absoluta*» o «*de pleno derecho*», o «*relativa*», es decir, de anulabilidad. Un sector de la doctrina que se ha ocupado de analizar esta acción recientemente incluida en sede societaria sostiene que se trata de una nulidad absoluta⁶³⁰. No obstante, dicha afirmación debe ser matizada, toda vez que no todo acto contrario al deber de lealtad es, por tal motivo, nulo de pleno de derecho. Así, solamente cuando la actuación desleal sea sustantiva —no meramente tipológica—, de forma que la ilicitud se irradie a la causa propia del contrato, nos encontraremos ante una nulidad radical⁶³¹. Así, a fin de poder sostener que nos hallamos ante una nulidad plena *ex* artículo 232 LSC, será necesario no solo que el administrador infrinja el deber de lealtad, sino también

⁶²⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 1300 CCiv: «*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*».

⁶³⁰ *Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCIA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 436-437, LLEBOT MAJO, J. O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», *cit.*, p. 62.

⁶³¹ *Vid.* PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, *cit.*, p. 64.

que lesione efectivamente el interés social⁶³². En este orden, la ineficacia del acto se basaría en el daño ilegítimo causado a la sociedad y a sus socios (art. 1275 CCiv)⁶³³.

La anterior delimitación de la naturaleza de la nulidad aludida en el artículo 232 LSC resulta imprescindible para analizar los efectos que se derivan de la misma. En este sentido, la nulidad absoluta de la actuación desleal implicaría la ausencia de efecto alguno *ipso iure* —*quod nullum est nullum effectum producit*—. Como consecuencia de lo anterior, no cabría acudir a la dispensa *ex post* —o ratificación— de la conducta desleal, vía que quedaría abierta únicamente para aquellos actos desleales anulables (art. 310 CCiv)⁶³⁴. Así mismo, esta distinción es fundamental para delimitar el alcance de la legitimación activa de esta acción. Solamente cuando el acto sea considerado nulo de pleno derecho podrá cualquier tercero con interés legítimo —es decir, cualquier socio a título individual⁶³⁵— ejercitar esta acción, con base en la lesión producida a sus derechos económicos o políticos⁶³⁶. Esta acción de anulación no estaría sujeta a prescripción ni a caducidad (art. 1310 CCiv), a diferencia de la acción de anulación cuya duración es de cuatro años (art. 1301 CCiv)⁶³⁷.

⁶³² *Vid.* GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad», *Publicaciones URÍA MENÉNDEZ*, pp. 10-11, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?pid=5962>. Sostiene este autor que otra vía para poder rechazar la aplicación de la nulidad absoluta podría lograrse mediante la vía de la acción de anulabilidad. En concreto, postula que el vicio de la anulabilidad se encontraría en la emisión de la declaración de voluntad de forma desleal y de forma contraria al interés social (*Ibid.* p. 11).

⁶³³ *Vid.* las SSTS de 8 de abril de 2013 (F.D. Segundo, RJ 2013/4597) y de 23 de septiembre de 2014 (F.D. Quinto, RJ 2014\5044).

⁶³⁴ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.2.4.3.6. La ratificación o confirmación de los actos desleales anulables purificaría el vicio de deslealtad y provocaría la extinción de la acción (art. 1309 Cciv) (*Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 312).

⁶³⁵ *Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., p. 437, apoyándose en las SSTS de 8 de abril de 2013 (F.D. Segundo, RJ 2013/4597) y de 23 de septiembre de 2014 (F.D. Quinto, RJ 2014\5044). Por el contrario, a favor de la legitimación activa de la propia sociedad —como sujeto perjudicado— se pronuncia PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», cit., p. 579.

⁶³⁶ Los socios no estarán legitimados para iniciar la acción de anulación, salvo que estén vinculados por el contrato formalizado deslealmente por el administrador (art. 1302 CCiv).

⁶³⁷ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, cit., pp. 308-311.

En cuanto a los actos y contratos cuya nulidad podría ser declarada en virtud del artículo 232 LSC —centrándonos en los casos de deslealtad permanente *ex* artículo 229.1 f) LSC— serían aquellos que trajesen casusa de la infracción de la prohibición de competencia o del desarrollo de otras actividades que sitúen al administrador en constante conflicto. Pensemos por ejemplo que el administrador, sirviéndose de una sociedad en la que ostenta la condición de socio de control, ha desarrollado actividades competitivas para con la sociedad tutelada y que, en el marco de las mismas, ha firmado diversos contratos —sea de compraventa de bienes, sea de prestación de servicios—. La firma de estos contratos podría haber afectado negativamente a la sociedad, puesto que esta se habría visto privada de la posibilidad de competir en el mercado relevante en el que estuviera situada la contraparte de tales contratos —es decir, los clientes potenciales—. Tales contratos deslealmente celebrados por el administrador, dado que habrían causado un daño no legítimo a la sociedad y a sus socios, serían nulos por adolecer de causa lícita (art. 1275 CCiv).

No obstante lo anterior, no podría ser ejercitada la acción de anulación en los supuestos en los que la junta general hubiera autorizado el desarrollo de las actividades permanentemente conflictivas (art. 230.3 II LSC), ni cuando, aun no habiendo sido autorizadas *ex ante*, exista una ratificación *ex post* de las mismas (art. 1309 CCiv)⁶³⁸, —en caso de que se trate de un acto desleal anulable y no nulo de pleno derecho—. Antes bien, tal y como ha sido expuesto previamente en este trabajo, el carácter permanente del conflicto podría en ocasiones nublar el propio alcance de la dispensa concedida⁶³⁹. En otras palabras, en el marco de estos conflictos, aun cuando hubiera sido dispensada la actividad concurrencial, los cambios experimentados en la misma podrían provocar la insuficiencia de dicha dispensa —en definitiva, la ausencia de la misma—, lo cual abriría las puertas al ejercicio de la acción de anulación que nos ocupa.

⁶³⁸ *Vid.* PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», cit., p. 578.

⁶³⁹ Sobre la revisión de las dispensas de los conflictos permanentes de interés, *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.3.3.2.

Para finalizar, es importante añadir que esta acción encuentra en el principio de especialidad —*lex specialis derogat legi generali*—, así como en el principio de coherencia sistemática, un importante obstáculo para su aplicación⁶⁴⁰. En particular, no resultará aplicable cuando el acto o contrato desleal provenga de un acuerdo adoptado por los órganos sociales de la sociedad tutelada. En estos casos, ha de iniciarse la vía de la impugnación de dicho acuerdo (arts. 204.1 y 251 LSC)⁶⁴¹.

4.3.3 Las acciones de cesación y remoción de efectos

Analizadas las acciones con mayor tradición legal, ahora me centraré en el estudio de las acciones de cesación y remoción de efectos en el particular ámbito que nos atañe.

Como adelantaba, se trata de acciones que han sido reconocidas en otros ámbitos del Derecho, lo cual no debe conducirnos a pensar que su reconocimiento en la LSC suponga una copia de aquellas en sede societaria. Por tanto, considero importante subrayar que estas acciones de la LSC no son las acciones previstas en dichas normas especiales⁶⁴² y que, en consecuencia —y más aún ante el laconismo del artículo 232 LSC— se deben aclarar las particularidades que entraña su aplicación en los casos en los que se vulnera el deber de lealtad de los administradores por

⁶⁴⁰ *Vid.* GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad», cit. p. 5.

⁶⁴¹ Este principio de especialidad no obstaculiza el ejercicio de la acción de anulación cuando el órgano de administración no está estructurado de forma colegiada.

⁶⁴² Las acciones de cesación y remoción del artículo 232 LSC no son las acciones de cesación y remoción previstas en el artículo 32.1 2ª y 3ª LCD, dado que ello las privaría de utilidad (*Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., p. 430). Si bien es cierto que la vulneración del deber de lealtad podría implicar, en ocasiones, la constatación de una conducta desleal de entre las previstas en la LCD, ello no obsta a que nos encontremos ante realidades y marcos jurídicos distintos, los cuales, no olvidemos, persiguen la protección de fines bien diferentes. Así, la previsión de estas acciones en la LSC en modo alguno supone que no quepa acudir a las recogidas en la LCD cuando en la infracción del deber de lealtad de un administrador concurren los requisitos exigidos por esta norma para su aplicación.

incurrir en los casos de conflicto de interés estructural previstos en el artículo 229.1 f) LSC.

- (i) La acción de cesación tiene como fin la obtención de una resolución judicial que ordene la paralización de la infracción del deber de lealtad⁶⁴³ o, *a sensu contrario*, el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de dicho deber legal —acción de condena—⁶⁴⁴. Esta acción podría incluso obstaculizar el inicio de una actividad competitiva preparada pero no iniciada, es decir, podría tener como presupuesto único el riesgo de que se realice un acto permanentemente desleal —acción de prohibición—⁶⁴⁵, sin que resulte necesario que se materialice el mismo, ni que cause daño alguno⁶⁴⁶. De lo anterior se desprende que tanto la infracción de cualquier obligación derivada del deber de lealtad previsto ampliamente en la LSC, como el riesgo de que se perpetre la misma, son presupuestos para la aplicación de esta acción.

Dado que las obligaciones que nacen del deber de lealtad presentan mayormente una naturaleza negativa o de abstención (arts. 228 e) y 229.1 LSC), la acción de cesación buscará, en la mayoría de los casos, poner freno a aquellas conductas que vulneran la lealtad debida por el administrador a la sociedad. Cabe cuestionar si, a fin de que resulte aplicable, tales conductas desleales del administrador deben presentar una continuidad o estabilidad que deba ser

⁶⁴³ En este sentido se pronunció PAZ-ARES, C., en «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., p. 28.

⁶⁴⁴ *Vid.* PICÓ IJUNOY, J. «Artículo 12. Acciones de cesación, retracción y declarativa», en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Coords. ARROYO MARTÍNEZ, I., MIQUEL RODRÍGUEZ, M.), Tecnos, Madrid, 1999, p. 121.

⁶⁴⁵ En este sentido, *Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., p. 433, PORTELLANO DÍEZ, P., «Artículo 12. Acciones de cesación, retracción y declarativa», en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L.), Civitas, Madrid, 2002, p. 575. En contra de esta interpretación se pronuncia PEINADO GRACIA, J. I. (*Vid.* «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», cit., p. 585), quien entiende que el propio artículo 232 LSC debió haber incluido esta acción de prohibición, tal y como se recoge en el artículo 32.2º LCD, a fin de que quepa propiamente obstaculizar *ex ante* la conducta desleal del administrador.

⁶⁴⁶ *Vid.* MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 532.

paralizada⁶⁴⁷. Es cierto que, *prima facie*, el término *cesar* nos invita a pensar que la actuación desleal ha de mantenerse en activo para que esta acción pueda iniciarse. Sin embargo, tal y como he adelantado, el mero riesgo de que se desarrolle dicha actuación es suficiente para iniciar esta acción, por lo que su carácter duradero no puede constituir un requisito necesario para su aplicación.

En el marco de los conflictos que nos preocupan en este trabajo (art. 229.1 f) LSC), la acción de cesación podría iniciarse, entre otros, con el fin de que el administrador venda las participaciones sociales de una sociedad competidora o para que el administrador ponga fin a la prestación de un servicio dirigido a la clientela de la sociedad tutelada. Considero importante apuntar que podría resultar de interés entablar esta acción aun cuando se hubiera solicitado el cese del administrador competidor (art. 230.3 II LSC), en tanto que, tras el cese, el ya exadministrador podría dar continuidad a la actividad infiel que motivó dicho cese. Para garantizar su eficacia real, podría ser complementada mediante la acción de remoción que se analiza a renglón seguido⁶⁴⁸.

- (ii) La acción de remoción, por su parte, se ejercitará al objeto de remover o deshacer lo realizado por el administrador vulnerando el deber de lealtad⁶⁴⁹. Se trata por tanto de una acción encaminada a dejar las cosas como estaban antes de cometer el acto desleal. Teniendo en consideración el fin que persigue esta acción, conviene dejar claro que su aplicación no persigue la reparación o la indemnización de los daños causados como consecuencia del acto desleal, es

⁶⁴⁷ A favor del necesario carácter continuado de la conducta desleal a fin de poder aplicar la acción de cesación, *Vid.* LLEBOT MAJO, J. O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», cit., p. 61.

⁶⁴⁸ *Vid.* MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, cit., p. 534.

⁶⁴⁹ Esta acción está recogida asimismo en el artículo 1098 CCiv *in fine*. «*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*», así como en el artículo 32.3^a LCD.

más, la existencia de daños no constituye un requisito para la aplicación de esta acción⁶⁵⁰.

A diferencia de la acción de cesación, esta acción exige que la infracción del deber de lealtad se haya consumado y, además, que pervivan los efectos que hayan nacido de la misma y cuya desaparición se pretende. A este respecto, es preciso señalar que la referida necesaria consumación del acto desleal podría dificultar su aplicación en el ámbito de los conflictos permanentes de interés (art. 229.1 f) LSC). Pensemos, por ejemplo, en la venta de un producto por parte del administrador infringiendo la prohibición de competencia que pesa sobre él. Habida cuenta de que dichas ventas serán recurrentes —al menos, en la mayor parte de los casos— podría resultar complicado acreditar en qué momento se ha puesto fin a la actuación permanentemente desleal. Esta dificultad se superaría con facilidad mediante la aplicación conjunta de esta acción y de la acción de cesación, toda vez que sería el cese provocado por esta última la que pusiese fin a los efectos objeto de remoción, evitando su repetición.

El contenido de la remoción variará en función del acto desleal consumado. En el caso de deslealtad objeto del ejemplo anterior, la remoción consistiría en la devolución o destrucción de los productos objeto de la venta en competencia. Antes bien, esta devolución o destrucción se limitaría a aquellos que estuvieran en stock, puesto que no cabría exigirla con respecto de los productos vendidos a terceros ajenos a la esfera personal y patrimonial del administrador infiel⁶⁵¹. Así, la estimación de esta acción supondrá para el administrador una obligación positiva o *de hacer* para cuyo cumplimiento habremos de acudir a las normas generales previstas en el CCiv⁶⁵².

⁶⁵⁰ Vid. MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, cit., p. 535.

⁶⁵¹ A este respecto, en el ámbito del Derecho de competencia desleal, Vid. MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, cit., p. 536.

⁶⁵² La obligación *de hacer* impuesta en caso de estimarse la acción de remoción podría

Sin perjuicio de que, como se ha expuesto en párrafos anteriores, las acciones de cesación y remoción pueden perseguir objetivos importantes para hacer frente a la deslealtad y a sus efectos, es importante delimitar bien su ámbito de aplicación, máxime en atención a los espacios que abarcan otras acciones disponibles en la LSC.

Así las cosas, en consonancia con lo indicado al analizar la acción de anulación⁶⁵³, se debe respetar, de un lado, el principio de especialidad normativa — *lex specialis derogat legi generali*—, en el sentido de que no podemos acudir a estas acciones cuando existen otras previstas para fines concretos en la LSC. De otro lado, se debe observar la propia coherencia sistemática de la LSC⁶⁵⁴. En consecuencia, en caso de que el acto desleal tenga origen en un acuerdo de la junta general o del consejo de administración, deberíamos acudir a la vía especial de la impugnación de estos acuerdos (arts. 204.1 y 251 LSC) y no a las acciones de cesación y remoción. Asimismo, tampoco cabe ejercitar estas acciones para cesar o eliminar los efectos de contratos celebrados por el administrador como consecuencia, entre otros, de la infracción de la prohibición de competencia puesto que, para tal fin, se encuentra disponible la acción de anulación (art. 232 LSC).

instrumentarse a través de la sustitución de su actuación por el órgano judicial cuando el obrar debido sea personalísimo y, si no fuere posible, por medio de las multas coercitivas previstas con carácter general (*Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., p. 436). Es preciso añadir que, para conocer la forma en la que habrá de respetarse esta obligación de cumplimiento, se deberán tener en cuenta los artículos 1124 y siguientes del CCiv. Considero interesante traer a colación el establecimiento de un sistema de multas coercitivas propuesto para prevenir las conductas desleales, en especial, aquellas llevadas a cabo dolosamente, ya que como ha sido destacado: «*Si hubiese intervenido dolo en su conducta, el administrador, salvo disposición contraria de los estatutos, deberá abonar a la sociedad una cantidad adicional por el importe que resulte de multiplicar la cantidad obtenida en aplicación del apartado anterior por un coeficiente mínimo de uno con tres décimas [o uno y medio] y máximo de tres [o cinco]. El juez determinará el coeficiente que proceda en función de la gravedad de la conducta*» (*Vid.* PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», cit., pp. 27 y 59). Sin embargo, esta propuesta no fue incluida en la LSC con ocasión de la reforma operada por la Ley 31/2014. En cualquier caso, quedaría abierta la posibilidad de prever estatutaria o parasocialmente cláusulas penales que vengan a reforzar el régimen legal (en este sentido, *Vid.*, PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», cit., p. 572, y la RDGRN de 30 de marzo de 1999, RJ 1999\2189).

⁶⁵³ *Vid. supra*, Cap. V, ap. 4.3.2.

⁶⁵⁴ *Vid.* MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., pp. 432-436.

Es cierto que la especialidad de ciertas acciones frente a las mencionadas acciones de cesación y remoción podría limitar, de forma notable, su ámbito de aplicación en la práctica. Pero no es este el único límite o impedimento al que se enfrentan estas acciones. En realidad, la dificultad más llamativa para la aplicación de las mismas la hallamos, al igual que en el caso de la acción de enriquecimiento injusto, en la ausencia de la regulación de su legitimación activa⁶⁵⁵. A este respecto, me remito a lo dicho anteriormente con ocasión de la legitimación de esta novedosa acción restitutoria⁶⁵⁶.

4.4 LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

El sistema de acciones indicado en los apartados anteriores se complementa con el tradicional régimen de responsabilidad por daños regulado en la actualidad en los artículos 236 y siguientes de la LSC. Teniendo en consideración el objeto de este trabajo, en las próximas líneas no analizaré en detalle este régimen de responsabilidad societaria. Concretamente, expondré solo aquellos aspectos de esta ordenación que merecen ser destacados en relación con la infracción del deber de lealtad —en particular, con los casos de deslealtad estructural (art. 229.1 f) LSC)— y, muy especialmente, los aspectos que han sido reformados como consecuencia de la promulgación de la Ley 31/2014.

⁶⁵⁵ No obstante lo anterior, también es cierto que, en comparación con otras acciones, son menos los presupuestos que se exigen para su aplicación. Me refiero a que ninguna de estas dos acciones tiene como presupuesto para su ejercicio la producción de un daño al patrimonio social, ni la culpabilidad del administrador (art. 236.1 LSC). No olvidemos que han sido precisamente estos requisitos exigidos tradicionalmente por las normas societarias para el ejercicio de la acción de responsabilidad los que han impedido su estimación en muchas ocasiones, de lo que se podría augurar —al margen de las importantes trabas antes señaladas— que estas nuevas acciones podrían *facilitar* en cierto modo el castigo de la deslealtad de los administradores.

⁶⁵⁶ *Vid. supra* Cap. V, ap. 4.2.4.

4.4.1 La infracción del deber de lealtad como presupuesto de responsabilidad

De conformidad con la dicción del artículo 236.1 LSC, la responsabilidad de los administradores surge como consecuencia del daño causado con base en tres tipos de actos u omisiones, a saber: los contrarios a la ley, los contrarios a los estatutos y los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

En este contexto legal, para empezar, debemos ubicar la infracción de la prohibición de competencia y el desarrollo de actividades que entrañan un conflicto permanente de interés (art. 229.1 f) LSC) en alguno de estos tres tipos de actos u omisiones.

Para ello, hemos de tener en cuenta que la prohibición del deber de lealtad regulada en el artículo 229.1 f) LSC es una prohibición de naturaleza legal, por lo que su inobservancia nos situaría en el ámbito de los actos contrarios a la ley. Asimismo, con estricta sujeción a esta regulación legal *mínima*, los estatutos sociales y el reglamento del consejo de administración podrían también regular estos concretos supuestos de conflicto permanente. Siendo ello así, en caso de que no se respetasen las disposiciones estatutarias o infraestatutarias sobre esta materia, nos encontraríamos también ante una fuente de ilicitud⁶⁵⁷. En suma, nos hallamos ante una obligación negativa o de abstención cuyo contenido está fijado legalmente y que podría estarlo también estatutaria o infraestatutariamente.

⁶⁵⁷ A favor de considerar la violación de las previsiones de los reglamentos de la junta y del consejo de administración como fuentes de ilicitud, *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración», *RDM*, núm. 296, 2015, p. 7, versión electrónica, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, cit., p. 92. A diferencia de la previsión expresa del incumplimiento de estos reglamentos internos como causa de impugnación de acuerdos sociales (arts. 204.1 y 251.2 LSC) tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, este incumplimiento no se contempla como causa de ilicitud en el artículo 236.1 LSC.

No obstante, no cabe duda de que la constatación de un supuesto de conflicto incardinable en el mentado apartado f) del artículo 229.1 LSC constituye, al mismo tiempo, un incumplimiento de «*los deberes inherentes al desempeño del cargo*» —deberes de diligencia y de lealtad— Estos deberes encuentran su fundamento, a su vez, en la ley, en los estatutos e, incluso, en los reglamentos internos de los órganos sociales. En consecuencia, es preciso saber si, a pesar de ser un deber regulado en dichos cuerpos normativos de índole legal, estatutaria e infraestatutaria, podríamos incardinar este supuesto concreto en el tipo correspondiente a la actuación u omisión consistente en el incumplimiento de los antedichos deberes inherentes al cargo.

Según ha sido entendido por un sector de la doctrina autorizada, en atención a la imposibilidad de que la ley y los estatutos —y, en su caso, los reglamentos internos— prevean todos y cada uno de los deberes que son exigibles a los administradores, el deber de diligencia inherente al cargo del administrador (art. 225.1 LSC) opera como una cláusula general o de cierre completando las lagunas que pudieran existir. Es decir, la referencia a estos deberes *inherentes* (art. 236.1 LSC) se referiría únicamente al deber de diligencia —no al de lealtad— que vendría a determinar la conducta debida por el administrador en cada supuesto concreto que no estuviese específicamente regulado en dichos textos normativos⁶⁵⁸. En relación con lo anterior, es preciso recordar que, a diferencia de las obligaciones legal, estatutaria e infraestatutariamente establecidas, las obligaciones derivadas del deber general de diligencia son obligaciones de medios relacionadas con la función de la administración social⁶⁵⁹.

Con respecto de la idea indicada en el párrafo anterior, en mi opinión, no cabe excluir al deber de lealtad de la referencia a «*los deberes inherentes al desempeño del cargo*»

⁶⁵⁸ En este sentido se pronuncia GRIMALDOS GARCÍA, M.ª I., «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por la infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 339.

⁶⁵⁹ *Vid. supra* Cap. I, ap. 2.3.4.1.

incluida en el artículo 236.1 LSC. De conformidad con la vigente LSC, dichos deberes son dos: el deber de diligencia y el deber de lealtad —y, además, en toda su amplitud—, de lo que se colige que la infracción de cualquiera de ellos permitiría afirmar la constatación del tercer supuesto de antijuricidad previsto en el citado precepto. A mayor abundamiento, la profunda reforma de estos deberes introducida por la Ley 31/2014 y, en especial, la concretización de los tipos de deslealtad (art. 229.1 LSC), facilitarán en la práctica la identificación y constatación de este presupuesto de responsabilidad del administrador⁶⁶⁰.

Sin perjuicio de lo arriba expuesto, se trata esta de una distinción de carácter cuanto menos confuso⁶⁶¹ y que podría resultar discutible en la práctica. En realidad, esta diferenciación de los actos que podrían dar origen a la responsabilidad de los administradores cobra especial relevancia en el marco de la imputación, tal y como se indicará en el apartado siguiente de este trabajo.

4.4.2 La culpabilidad

Siguiendo el criterio predominante en nuestra tradición jurídica, la responsabilidad de los administradores sociales es una responsabilidad subjetiva o por culpa (arts. 1101-1104 y 1902 CCiv)⁶⁶². Si bien de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia predominantes no cabe duda de que los textos legales previgentes —LSA 1989, LSRL 1995 y LSC— no establecían un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, el artículo 236.1 LSC establece ahora de forma expresa que la responsabilidad nacerá: *«siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa»*. Aunque no se trata

⁶⁶⁰ La influencia que la reforma de los deberes de los administradores vaya a tener en la responsabilidad derivada de su incumplimiento ha sido señalada por QUIJANO GONZÁLEZ, J., en «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración», cit., p. 7.

⁶⁶¹ *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», cit., p. 448.

⁶⁶² Como excepción, es preciso hacer mención al régimen de responsabilidad por las deudas sociales al que se refiere el artículo 367 LSC.

de una novedad como tal, sí merece destacarse que, dado que se hace referencia al dolo y a la culpa en términos generales, podrá afirmarse su existencia incluso cuando se manifiesten levemente⁶⁶³.

Además de esta nueva expresión, el vigente artículo 236.1 LSC incluye en su segundo párrafo una presunción de culpabilidad *iuris tantum* para aquellos actos que sean contrarios a la ley o a los estatutos sociales, lo cual facilitará la concurrencia de tal requisito en estos casos⁶⁶⁴. Para entender mejor el ámbito de aplicación de esta presunción, es preciso retomar los diferentes tipos de actos u omisiones que pueden dar origen a la responsabilidad del administrador *ex* artículo 236.1 LSC —los actos u omisiones contrarios a la ley, los contrarios a los estatutos y los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo—.

Conforme a la literalidad de la presunción que nos atañe, la misma únicamente resulta aplicable cuando los actos u omisiones de los administradores son contrarios a la ley o a los estatutos sociales. Así, tal y como he expuesto previamente, se considera que el contenido de la obligación de lealtad regulada en el tipo previsto en el artículo 229.1 f) LSC —así como en los restantes apartados de este artículo y en el 228 LSC— y, en su caso, en los estatutos sociales, está determinado *ex ante*. Por tanto, su incumplimiento es reprochable en términos de culpabilidad por imperativo legal⁶⁶⁵.

⁶⁶³ *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración», cit., p. 10. Según este autor, esta genérica mención incluiría todas las variantes de la culpa, tanto de contenido, en relación con la función ejercida en cada caso, como de gravedad.

⁶⁶⁴ *Vid.* SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, (Dir. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 133-134. Desde mi punto de vista, si sostenemos que la infracción de los reglamentos internos de la junta general y del consejo de administración, junto con los de la ley y de los estatutos, pueden dar origen a la responsabilidad del administrador *ex* artículo 236.1 LSC, considero que esta presunción de culpabilidad debe resultar asimismo aplicable a aquella.

⁶⁶⁵ No obstante, cierto sector doctrinal considera que el incumplimiento del deber de lealtad no se incluye en esta presunción, lo cual exige la acreditación del dolo o la culpa. En este sentido, *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.),

Siendo ello así, corresponderá al administrador en este caso probar que en la infracción de esa concreta manifestación del deber de lealtad no existió culpa o dolo⁶⁶⁶.

4.4.3 La acción directa de responsabilidad social con base en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 II LSC)

Excede del objeto del presente trabajo realizar un análisis de las distintas acciones encaminadas a exigir la responsabilidad de los administradores —a saber, la acción social (art. 238 LSC), la acción subsidiaria de los acreedores (art. 240 LSC) y la acción individual (art. 241 LSC)⁶⁶⁷—. No obstante, considero que resulta indispensable mencionar brevemente la novedosa acción directa contra la deslealtad introducida por la Ley 31/2014 en el artículo 239.1 LSC.

En virtud de esta nueva acción, los socios que individual o conjuntamente tengan la facultad de solicitar la convocatoria de la junta general —es decir, aquellos representantes, al menos, del cinco por ciento del capital social (art. 168 I LSC) y del tres por ciento en las sociedades cotizadas (art. 495.2 a) LSC)—, están legitimados

Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 161.

⁶⁶⁶ Sin embargo, en el marco de las infracciones del deber de lealtad que tengan origen en el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo —los deberes de diligencia y lealtad—, no existe una presunción en este sentido. Al contrario, corresponde en este caso al demandante probar que el administrador obró culposa o dolosamente al incumplir la diligencia o lealtad debida. Cabe sostener que el legislador ha considerado que en el marco de las obligaciones de medios no resulta fácil asumir que existe un incumplimiento del deber de lealtad sin atender a la culpabilidad del administrador en sentido subjetivo (*Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», cit., p. 448).

⁶⁶⁷ Para un análisis de estas acciones, *Vid.* SALDAÑA VILLOLDO, B., «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 365-426, JUSTE MENCÍA, J., MASSAGUER, J., «Artículo 239. Legitimación de la minoría», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 468, JUSTE MENCÍA, J., «La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 141-188, DÍAZ ECHEGARAY, J., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, cit., pp. 277-342.

para incoar de forma directa la acción social de responsabilidad cuando la misma traiga causa de una infracción del deber de lealtad⁶⁶⁸. Por tanto, ya no será necesario esperar a que los administradores no convoquen la junta solicitada, que la sociedad rechace la interposición de la acción o que, aun habiendo sido acordada la misma, finalmente no se cumpla dicho acuerdo (art. 239.1 LSC). Así, en aras a reforzar la lucha contra las conductas infieles y, en suma, la protección del interés social, la Ley 31/2014 ha introducido a favor de los socios una herramienta para castigar las conductas desleales —la cual se adiciona a los restantes nuevos medios incluidos con idéntico fin (arts. 227.2 y 232 LSC)—⁶⁶⁹.

Gracias a esta acción directa⁶⁷⁰ se evita que la interposición de la acción de responsabilidad quede al albur de la actuación previa de los administradores y de la junta general. No cabe pasar por alto el riesgo de que administradores afines al infractor del deber de lealtad obstaculicen la convocatoria de la junta general dirigida a acordar la interposición de la acción o, incluso, se deshagan de cualquier tipo de prueba que pudiera ser determinante para estimar dicha deslealtad. En definitiva, la acción directa permite que la misma sea iniciada sin que los administradores tengan conocimiento previo sobre la intención de su incoación y, por ende, sin que puedan manipular su futuro⁶⁷¹.

Antes bien, en el ámbito de los conflictos permanentes de interés que nos ocupan, resultará complicado indicar el momento exacto en el que cabría afirmar el incumplimiento del deber de lealtad y, en consecuencia, el instante exacto en el que

⁶⁶⁸ A favor de reducir este umbral al previsto para la impugnación de los acuerdos sociales —1% en sociedades no cotizadas (art. 206.1.I LSC) y 0,1% en cotizadas (art. 495.2 b) LSC)—, se pronuncia PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 60.

⁶⁶⁹ *Vid.* SALDAÑA VILLOLDO, B., «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», cit., p. 385, JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 239. Legitimación de la minoría», cit., p. 468.

⁶⁷⁰ El ejercicio directo de esta acción no altera su legitimación indirecta (art. 10 LEC), dado que será el patrimonio social y no el de los socios el que pretenderá ser reparado (*Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social», cit. p. 165).

⁶⁷¹ En este sentido, *Vid.* SALDAÑA VILLOLDO, B., «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», cit., p. 386.

estos socios podrían interponer la acción directa. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos de deslealtad dispensada que experimentan una variación tal que implica a todas luces la insuficiencia de la autorización previa. Podría resultar complicado para los socios —carentes quizá de control alguno en el órgano soberano y, presumiblemente, con acceso limitado a información sobre estos asuntos— probar que la dispensa no cubre ya la actuación del administrador y que la misma está perjudicando al interés social. Recordemos que, a diferencia de la acción de enriquecimiento injusto, la acción de responsabilidad exige siempre la constatación de un daño (art. 236.1 LSC). Con respecto de este daño, considero importante subrayar que, a fin de que el mismo no siguiese generándose, sería necesario que la junta general prohibiese tal conducta o cesase al administrador infiel *ex* artículo 230.3 II LSC⁶⁷². Para finalizar añadiré que, habida cuenta de que los socios carecen de legitimación activa para entablar la acción de cesación, la misma no resultaría efectiva para tal fin⁶⁷³.

4.4.4 La exención de responsabilidad *ex* artículo 236.2 LSC

Es cierto que la dicción del artículo 236.2 LSC no ha variado con ocasión de la reforma que la Ley 31/2014 ha introducido en la LSC. Sin embargo los cambios incluidos en otros preceptos reguladores del estatuto de los deberes inmanentes a la condición de administrador hacen que resulte necesario *releer* este artículo. En realidad, es necesario atender a lo regulado por este precepto teniendo en consideración el vigente régimen de dispensa, en especial, en lo referente a aquella dirigida a los conflictos permanentes *ex* artículo 229.1 f) regulada en el artículo 230.3 I LSC⁶⁷⁴.

Así las cosas, nos debemos preguntar sobre el régimen de responsabilidad aplicable al administrador que incurre en una situación de *conflicto permanente autorizado*.

⁶⁷² Conviene recordar la causa legal de exclusión del socio-administrador responsable en las sociedades limitadas (art. 350 LSC).

⁶⁷³ *Vid. supra* Cap. V, ap. 4.3.3.

⁶⁷⁴ Para un análisis del régimen aplicable a esta dispensa, *Vid. supra* Cap. IV., ap. 2.2.

En particular, es preciso dilucidar sobre la aplicabilidad de la responsabilidad del administrador recogida en el artículo 236.1 LSC cuando el mismo actúa con la autorización singular de la junta general (art. 230.3 I LSC)⁶⁷⁵. Siguiendo la literalidad del referido artículo 236.1 LSC: «*En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido autorizado o ratificado por la junta general*». La clara y tajante dicción de este precepto nos conduce a pensar que la dispensa no exime de responsabilidad al administrador que lleva a cabo la actuación conflictiva. Donde el legislador no ha previsto una excepción, no deberíamos nosotros establecerla —no al menos con carácter general— para los casos en los que el administrador haya actuado bajo dispensa. Cuestión distinta es que, en ciertos casos, no quepa sostener la responsabilidad del administrador. Veamos a qué casos me estoy refiriendo.

Para empezar, es preciso atender a las causas que pueden motivar la responsabilidad del administrador. Conforme al artículo 236.1 LSC, en el caso de los conflictos permanentes de interés, la responsabilidad podría estimarse como consecuencia del incumplimiento de la LSC (art. 229.1 f) LSC), de los estatutos, de los reglamentos internos o «*de los deberes inherentes al desempeño del cargo*». No obstante, el deber de lealtad impone al administrador diferentes obligaciones —obligaciones positivas o de actuación, así como negativas o de abstención—, pudiendo ser la infracción de cualquiera de ellas el origen de la responsabilidad del administrador.

Teniendo ello en consideración, entiendo que el administrador que informa puntual e íntegramente sobre la situación de conflicto (art. 229.3 LSC) y que obtiene

⁶⁷⁵ Es preciso aclarar que, si bien en el artículo 236.2 LSC solamente se hace alusión a la autorización de la junta general, nada obsta a aplicar, por extensión, idéntica consecuencia a las autorizaciones concedidas por el órgano de administración. Recordemos que la competencia de este órgano en modo alguno excluye la competencia de la junta general para conocer sobre cualquier tipo de conflicto (art. 230.2 III LSC). Opino que carece de fundamento pensar que una autorización concedida por el órgano de administración pueda dar lugar a un resultado distinto al previsto en el referido artículo (en este sentido, con respecto de la dicción del derogado artículo 133.4º LSA 1989, *Vid.* SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 421). Siendo ello así, el administrador será responsable aunque cuente con la autorización de la junta general o del consejo de administración, siempre y cuando concurren los requisitos legales previstos al efecto.

la preceptiva dispensa (art. 230.2 y 3 LSC), en tanto que ha cumplido con su deber de transparencia, no puede ser estimado responsable por deslealtad por este hecho concreto frente a la sociedad en caso de que, actuando de acuerdo con el alcance de tal autorización de la junta, el acto termine resultando lesivo para aquella. De lo anterior se desprende que el administrador, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigírsele frente a terceros, no será responsable frente a la sociedad cuando la conducta desleal haya sido debidamente permitida. Con carácter adicional, tampoco podría estimarse la responsabilidad de los administradores encargados de valorar la existencia o inexistencia de un conflicto de interés cuando su decisión haya sido debidamente motivada y se haya respectado, en su caso, el deber de abstención del administrador conflictuado (art. 228 c) LSC), dado que no concurriría dolo, culpa, ni infracción de la LSC o de los estatutos sociales (art. 236.1 LSC)⁶⁷⁶.

No obstante, y sin perjuicio de los importantes matices expuestos anteriormente, la dispensa no eximiría de responsabilidad frente a terceros al administrador incurso en una operación conflictiva de la que se derive un perjuicio⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ *Vid.* MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 82. En el ámbito del deber de diligencia, cabría cuestionar la aplicación del artículo 236.2 LSC cuando los administradores se limitan a ejecutar lo acordado por la junta general sobre un conflicto determinado. Imaginemos que el administrador informa a la junta sobre la conveniencia de firmar una alianza con una sociedad competidora en el mismo sector para ampliar su mercado en el exterior de forma más sólida y esta, una vez analizados todos los términos y condiciones de dicha alianza, autoriza la misma. El hecho de que dicha alianza se traduzca en un perjuicio para la sociedad por el motivo que sea —entre otros, porque los productos vendidos o los servicios prestados por la alianza en el mercado objetivo no obtienen la aceptación esperada en el plan de negocio o porque existen limitaciones administrativas en dicho territorio que no habían sido tenidas en cuenta— no debería motivar la responsabilidad del administrador que se ha limitado a acatar las órdenes de la junta general. En tales casos, cabe defender que la mera ejecución de lo acordado no podría derivar en responsabilidad del administrador (*Vid.* MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 87, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración», cit., p. 17). En opinión de estos autores, esta postura quedaría reforzada tras la previsión legal relativa a la intervención de la junta general en asuntos de gestión contenida en el artículo 161 LSC.

⁶⁷⁷ En este sentido se pronuncian EMPARANZA SOBEJANO, A., «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», cit., p. 297, GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses», cit., p. 572 y, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*,

Cabe subrayar, además, que esta responsabilidad de los administradores ha quedado reforzada tras la previsión del principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros recogida en el artículo 228 d) LSC⁶⁷⁸.

4.5 LA COMPATIBILIDAD ENTRE LOS REMEDIOS ENCAMINADOS A COMBATIR LAS INFRACCIONES DEL DEBER DE LEALTAD

En los apartados anteriores me he referido a las diferentes acciones —generales y especiales— que la LSC contempla para combatir la deslealtad de los administradores que se manifiesta de forma permanente. Con ánimo de que las mismas sirvan al fin perseguido, la propia LSC establece su carácter complementario en orden a que las conductas desleales, ya sea por una vía o por otra, o por la acumulación de algunas de ellas, no queden impunes⁶⁷⁹.

Concretamente, son dos los artículos de la LSC que tratan sobre este particular. Por un lado, el artículo 227.2 LSC nos indica la posible acumulación de la acción de responsabilidad y de la acción de enriquecimiento injusto⁶⁸⁰. Por otro lado, el artículo 232 LSC establece la compatibilidad entre la acción de responsabilidad y las restantes

cit., p. 416. En sentido contrario, entendiendo que la dispensa constituye un acto especial de autorización al que no resulta de aplicación el artículo 236.2 LSC, *Vid.* DÍAZ MORENO, A., *La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*, cit., p. 6. Los terceros afectados por la actuación desleal del administrador podrían entablar la acción subsidiaria, en caso de ser acreedores sociales —siempre y cuando pudiesen acreditar la preceptiva insuficiencia del patrimonio social (art. 240 LSC)— o, en caso de haber sufrido una lesión de sus propios intereses, la acción individual (art. 241 LSC).

⁶⁷⁸ *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», cit., p. 451.

⁶⁷⁹ Así, se ha destacado que: «El hecho de que el ordenamiento jurídico conceda varias acciones a partir de un mismo supuesto de hecho responde al deseo de que queden adecuadamente cubiertos todos los intereses afectados; la necesidad práctica de simplificar no justifica el amalgamamiento o la confusión entre los remedios legales ofrecidos» (*Vid.* BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, cit., p. 106).

⁶⁸⁰ En sede de las sociedades colectivas, se postula a favor de la acumulación de la acción de enriquecimiento injusto (art. 136. II CCom) y la de responsabilidad (art. 144 CCom), PAZ-ARES, C., en «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», cit., pp. 645-646.

acciones previstas en el mismo⁶⁸¹. En las próximas líneas analizaré cómo se articula el carácter complementario de las acciones previstas en la LSC partiendo de la distinción presentada en estos dos artículos.

En primer lugar, me referiré a la complementariedad de la acción de enriquecimiento injusto con la acción de responsabilidad. Como decía, es el propio artículo 227.2 LSC el que prevé la obligación de devolver el enriquecimiento injusto con carácter adicional —como indicaba antes, no subsidiario— al deber de indemnizar el daño causado al patrimonio social. Esto es, cabe exigir cumulativamente la indemnización de los daños y perjuicios causados y la restitución del lucro obtenido deslealmente. Ahora bien, para ello, habrán de concurrir los presupuestos propios de ambas acciones para que estas puedan ser ejercitadas a la vez. En consecuencia, cuando se cumplan los requisitos que una y otra exigen, podrán aplicarse ambas. Sin embargo, esta aplicación conjunta no puede implicar que como consecuencia de la suma de la indemnización y de la restitución de la ventaja obtenida deslealmente, la situación patrimonial de la sociedad quede mejorada. En otras palabras, en caso de que el administrador deba restituir el enriquecimiento injusto, la cuantía a la que ascienda dicha restitución deberá tenerse en cuenta a los efectos del cálculo del eventual daño que además deba resarcirse⁶⁸². Con todo, en caso de que dicho enriquecimiento sea mayor al daño ocasionado —el cual podría incluso no existir—, ello no obstará a que deba devolverse íntegramente en virtud del artículo 227.2 LSC. Añadiré que el plazo de prescripción de una y otra acción difiere, siendo de cuatro años para la acción de responsabilidad (art. 241 *bis* LSC) y, ante el silencio que guarda la LSC al respecto, de cinco años para la acción de enriquecimiento injusto (art. 1964 CCiv).

En segundo lugar, trataré sobre la compatibilidad entre la acción de responsabilidad y las restantes acciones del artículo 232 LSC. Al igual que con

⁶⁸¹ Esta acumulación de acciones se reproduce en el artículo 215-18.2 ACM.

⁶⁸² *Vid.* JUSTE MENCIA, J., «Artículo 227. Deber de lealtad», cit., p. 375.

respecto de la acción de enriquecimiento injusto, el ejercicio de la acción de responsabilidad no cierra la vía para acudir a otras acciones para hacer frente al administrador permanentemente infiel. Por supuesto, será necesario a tal fin que se cumplan los presupuestos para la aplicación de estas acciones. Pero esta compatibilidad no se predica solamente entre la acción de responsabilidad y cada una de las restantes acciones individualmente consideradas. Al contrario, es posible acumular la acción de impugnación con la acción de cesación, o esta última con la acción de remoción, entre otras posibles combinaciones. Incluso la acción de nulidad, cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), podría ser acumulable con las restantes, dando lugar a la extensión objetiva de la competencia del Juez de lo Mercantil⁶⁸³. Sin perjuicio de lo anterior, tal y como ha sido expuesto al analizar el contenido del elenco de acciones previsto en el artículo 232 LSC, deberá respetarse el principio de especialidad a la hora de aplicar estas acciones, dejando de lado aquellas de naturaleza genérica frente a las de carácter especial, así como la coherencia sistemática de la LSC⁶⁸⁴.

En tercer lugar, a pesar que la LSC nada diga al respecto, me referiré a la complementariedad entre la acción de enriquecimiento injusto y las acciones especiales contenidas en el artículo 232 LSC. A mi entender, la ubicación separada y quizás poco apropiada de la acción restitutoria (art. 227.2 LSC) no debería conducirnos a pensar que la aplicación de la misma excluye la de las restantes⁶⁸⁵. Así, nada obsta a que puedan ejercitarse, de forma cumulativa la acción restitutoria y la acción de cesación del incumplimiento de la lealtad, entre otras.

Por último, me gustaría aclarar que, junto con las antedichas acciones, se encuentra el remedio del cese previsto con carácter especial en los artículos 224.2 y

⁶⁸³ *Vid.* las SSTs de 10 de septiembre de 2012 (F.D. Tercero, RJ 2013\1605) y de 23 de mayo de 2013 (F.D. Tercero, RJ 2013\3707).

⁶⁸⁴ *Vid. supra* Cap. V, ap. 4.3.2. y 4.3.3.

⁶⁸⁵ En este sentido se pronuncia MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», cit., pp. 438-439.

230.3 II LSC, así como la exclusión del socio-administrador competidor prevista en el artículo 350 LSC⁶⁸⁶. Huelga decir que la imposición de estas contundentes respuestas de carácter especial en el ámbito de un supuesto de conflicto de interés permanente no obsta a la interposición de otras acciones⁶⁸⁷. Por ejemplo, aun cesado el administrador competidor, podría resultar oportuna la interposición, entre otras, de la acción de anulación encaminada a dejar sin efecto los contratos suscritos en nombre y representación de la sociedad por el administrador como consecuencia del desarrollo de una actividad competitiva.

⁶⁸⁶ *Vid. supra* Cap. VI, ap. 3.2 y 3.3.

⁶⁸⁷ En sentido opuesto, es preciso indicar que la interposición de la acción social de responsabilidad contra el administrador desleal determinaría su cese inmediato (art. 238.3 LSC).

CAPÍTULO VI.- PARTICULARIDADES DE LA LEALTAD Y DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS

1. PRELIMINAR

El objeto de este capítulo consiste en analizar las particularidades más notables relativas al deber de lealtad de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas, así como de los conflictos de interés de carácter permanente que surgen en el ámbito de estas. El análisis de estos rasgos especiales se acometerá prestando especial atención a las razones que motivan su existencia en sede de las compañías cotizadas. Ello nos permitirá, a su vez, reflexionar acerca de la función que cumple la regulación positiva y el *soft law* en este campo, así como sobre la eventual conveniencia de extender este régimen a las sociedades de capital no cotizadas⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Sobre la aplicación de las reglas de gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades no cotizadas, *Vid.* HIERRO ANIBARRO, S., ZABALETA DÍAZ, M., «Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 39-79.

2. PUNTO DE PARTIDA: EL *INTERÉS SOCIAL* DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS

2.1 EL INTERÉS SOCIAL EN LA LSC Y EN EL CUBG

Anteriormente en este trabajo he expuesto que el interés social, mejor dicho, el *mejor interés social*, constituye hoy el fin que ha de guiar y ordenar la conducta del administrador leal (art. 227.1 LSC)⁶⁸⁹. Es este un concepto especialmente contestable que ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinales que han ido evolucionando al son de los cambios sociales y de las distintas normas reguladoras de las sociedades de capital, las cuales han optado, en ocasiones, por incluir su siempre difícil y cuestionable definición⁶⁹⁰.

En el campo de las sociedades anónimas cotizadas, aun cuando los artículos de la LSC especialmente destinados a la regulación de estas sociedades guarden silencio al respecto, el interés social presenta matices particulares en comparación con el interés social de las sociedades de capital que carecen de tal carácter. Las principales causantes de que este interés presente ciertas singularidades en este campo las encontramos en la naturaleza abierta de las sociedades que acceden a la financiación bursátil, en su habitual pertenencia a estructuras grupales, en su directa y estrecha relación con el mercado —y con los distintos operadores que integran el mismo—, así como en la necesaria tutela permanente de los inversores⁶⁹¹. En relación con estos

⁶⁸⁹ *Vid. supra* Cap. I, ap. 2.3.

⁶⁹⁰ La Ley de Transparencia definió el interés social como el «*interés de los socios*» (art. 127 *bis* LSA 1989).

⁶⁹¹ Conviene hacer mención al particular problema de agencia que nace en el ámbito de las grandes sociedades cotizadas. Junto con los problemas de agencia que surgen entre accionistas y administradores (*Vid. supra* Cap. I, ap. 1.2.1) y entre los accionistas de control y los accionistas que carecen del mismo (*Vid. supra* Cap. III, ap. 3.5), en estas sociedades nos encontramos con un tercer problema de agencia, en este caso, entre sus accionistas y otras partes interesadas en la misma, tales como los acreedores, empleados y clientes (sobre este particular, *Vid.* MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, cit., pp. 44-45). De este concreto problema de agencia se deriva la necesidad de que el interés social de las grandes compañías cotizadas deba tener en cuenta el interés de los agentes involucrados en la misma (a este respecto, *Vid.* MATEU DE ROS, R., *La Ley*

últimos, debe recalcar que su presencia en el accionariado provoca que los administradores dirijan su actuación gestora a la búsqueda de la maximización del valor de su inversión o, en otras palabras, a su rentabilidad⁶⁹².

Advertida la ausencia de una regulación legal del interés social de la sociedad cotizada, hemos de acudir al terreno del denominado *soft law*—basado en el principio *comply or explain*—, en particular, al régimen contenido en el vigente CUBG. En concreto, es la Recomendación 12 CUBG la que se refiere al interés social en el marco de la responsabilidad del consejo de administración de las cotizadas. De acuerdo con el contenido de esta recomendación, el concepto al que nos referimos ha de ser entendido como: «*la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa*»⁶⁹³. Ahora bien, en la búsqueda de este específico interés social, esta recomendación establece en su

de *Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas. La Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley de Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 145).

⁶⁹² Sobre la necesaria búsqueda de la rentabilidad de la inversión y su influencia en la delimitación del concepto del interés social en las sociedades anónimas cotizadas se pronuncia UREBA en los siguientes términos: «*El interés social se conecta así no con el interés de la empresa que aglutina la rentabilidad en la inversión de los aportantes con los demás intereses presentes en la empresa como unidad económica y social, sino como un nuevo interés general, el de la funcionalidad y eficiencia de los mercados de capitales, que por su dimensión y globalización pasan a tener trascendencia pública. [...] Ciertamente, sin una rentabilidad sostenida para el inversor, la dirección de la sociedad cotizada no podría atraer y retener la inversión institucional (sin perjuicio de su creciente rotación en la estructura accionarial de las sociedades cotizadas bajo el criterio de gestión de cartera de valores), siendo una expresión más de la bursatilidad, es decir, de ese especie de estatuto de la sociedad cotizada por su singular vinculación a los mercados de capitales*» (Vid. ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», cit., pp. 102-103). Acerca de la influencia que ejerce la presencia de los inversores en la administración de la sociedad cotizada y, en consecuencia, en la interpretación del complejo concepto del interés social, asimismo, Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 869-872.

⁶⁹³ Este criterio se ha incluido asimismo en el ámbito de la regulación de la remuneración de los administradores en el artículo 217.4 LSC de la mano de la reforma introducida por la Ley 31/2014: «*[...] El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*» (Vid. ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», cit., p. 106).

segundo párrafo que se: *«procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».*

Teniendo en consideración el contenido de la referida Recomendación 12 CUBG, es evidente que en el marco de las sociedades cotizadas la concepción contractualista del interés social, la cual se corresponde con el interés de los socios, ha de ser matizada —y mucho— con las ideas del *shareholder value* o el entendimiento del interés social como la creación de valor para el accionista, misión que incumbe a los administradores⁶⁹⁴. En otras palabras, se vincula a los administradores con el mercado y se les impone la obligación de maximizar el valor de los inversores desde la perspectiva financiera de la empresa⁶⁹⁵. Antes bien, ello no significa que a los intereses de la sociedad se superpongan otros ajenos a la misma, sino que el interés público deberá traducirse en la mejor consecución de aquellos⁶⁹⁶. Es decir, no cabe hacer una lectura *formal* del interés social alejada del mercado en el que actúa la sociedad titular de dicho interés, sino material⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», cit., p. 1.663, ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», cit., p. 107. En palabras de MEGÍAS LÓPEZ: *«el interés social (en la actual sociedad cotizada) se nutre —y debe ser así— de elementos propios de las tradicionales teorías contractualistas e institucionalistas, sin etiquetas, sin adscribirse total y concretamente a ninguna de ellas»* (*Vid.* MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, cit., p. 153). En este sentido asimismo, *Vid.* HERNANDO CEBRÍA, L., «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la "tercera vía" societaria», cit., p. 87, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 22.

⁶⁹⁵ *Vid.* ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», cit., p. 107. Este autor se muestra crítico con la incorporación, mediante una recomendación del CUBG, de la definición de lo que ha de entenderse por interés social en el ámbito de las cotizadas (*Ibid.*, pp. 106-108).

⁶⁹⁶ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», cit., p. 1.669, «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», cit., p. 868.

⁶⁹⁷ Sobre este particular, me parece oportuno traer aquí a colación las reflexiones del autor MATEU DE ROS: *«El interés social es, desde un punto de vista formal, el interés expresado en cada momento por la mayoría de los socios —la mayoría expresada en los términos del 201 LSC— en el marco de los estatutos*

En este orden, siguiendo lo previsto en la arriba transcrita Recomendación 12 CUBG, las sociedades anónimas cotizadas han incorporado definiciones del *interés social* similares o prácticamente iguales a aquella en sus reglamentos del consejo de administración⁶⁹⁸.

*sociales y de los principios jurídicos generales de la buena fe, prohibición del abuso de derecho y garantía del orden público, es decir, de los derechos y libertades fundamentales en la medida en que un acuerdo social pudiera resultar contrario a los mismos (arts. 2014). Y desde un punto de vista material, puede definirse como “la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa» (Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R. *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 64).*

⁶⁹⁸ Tal es el caso, entre otros, del artículo 7 del Reglamento del Consejo de Administración de TELEFÓNICA, S.A. (texto aprobado el 25 de noviembre de 2015): *«1. El Consejo de Administración desempeñará sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispensará el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y desarrollará sus funciones de conformidad con el interés social, entendido como el interés de la Sociedad; y, en este sentido, actuará para garantizar la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, para promover su continuidad y para maximizar su valor económico. 2. En la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos, y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, el Consejo de Administración procurará conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la Sociedad en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente»;* del artículo 7 del Reglamento del Consejo de Administración de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. («DIA») (texto aprobado el 26 de julio de 2016): *«El consejo de administración, en el desarrollo de sus funciones, perseguirá siempre el interés social de la Sociedad, entendiendo por tal la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la Sociedad, considerando, al mismo tiempo, los demás intereses legítimos, públicos o privados, que confluyen en el desarrollo de su actividad empresarial, y especialmente los de los trabajadores, proveedores, clientes y restantes grupos de interés. 2. Asimismo, el consejo de administración velará para que, en las relaciones con los grupos de interés (stakeholders), la Sociedad respete las leyes y reglamentos, y su comportamiento esté en todo momento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios en los que ejerza su actividad y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente»;* y del artículo 17 del Reglamento del Consejo de Administración de REPSOL, S.A. (texto aprobado el 27 de julio de 2016): *«[...] Su actuación se guiará únicamente por el interés social, interpretado con plena independencia y referido a un ámbito temporal razonable, procurando la mejor defensa y protección de los intereses del conjunto de los accionistas, de quienes procede su mandato y ante quienes rinde cuentas, así como limitar en lo posible los efectos negativos de la actividad industrial y empresarial de la Sociedad y valorando adecuadamente, como parte del proceso de decisiones en el que intervenga, la realidad social y otros intereses concurrentes».* En opinión de UREBA, son en todo caso los socios los que han de asumir lo previsto en el párrafo primero de la Recomendación 12 CUBG en los estatutos sociales, y no los administradores de forma directa en el reglamento del consejo de administración (a este respecto, Vid. ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», cit., p. 108).

2.2 EL INTERÉS SOCIAL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Si bien es cierto que los grupos de sociedades y su interés no es una cuestión que afecte de forma exclusiva a las sociedades cotizadas —puesto que las sociedades no cotizadas también son integrantes de grupos societarios—, no lo es menos que la mayor parte de ellas forman parte de estos grupos, ocupando en muchos casos la posición dominante de los mismos⁶⁹⁹.

Siendo ello así, considero necesario recordar brevemente que, conforme a lo señalado anteriormente en este trabajo⁷⁰⁰, el interés del grupo tiene su origen en la propia creación de la empresa grupal y se corresponde con la realización de la defensa y promoción del interés de dicha organización empresarial⁷⁰¹. Se trata pues del interés común de las sociedades integrantes del grupo que sirve de directriz de la actuación del mismo dirigida por la matriz.

Este concepto del *interés del grupo* resulta indispensable para poder comprender las normas internas de las sociedades cotizadas que recogen referencias al mismo. Como veremos, dichas alusiones se contemplan muy especialmente en el marco de las reglas dirigidas a los conflictos permanentes de interés que afectan a las cotizadas y a los que me referiré más adelante en este mismo capítulo⁷⁰². Pero, además, resulta conveniente atender a este concepto también en relación con el propio interés social

⁶⁹⁹ Sobre la regulación de los grupos de sociedades en el mercado de valores, *Vid.* RUIZ PERIS, J. I., «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», *RDM*, núm. 218, 1995, pp. 1447-1520. Asimismo, sobre la escasa atención prestada a la regulación de los grupos societarios por los códigos de buen gobierno previgentes, *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Los grupos de sociedades en el Código Unificado de Gobierno Corporativo», *RDMV*, núm. 5, 2009, pp. 9-22.

⁷⁰⁰ Sobre el interés de grupo y su incidencia en la constatación de la efectividad de los conflictos de competencia, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.4.

⁷⁰¹ *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», *RdS*, núm. 15, 2000, p. 72. En palabras de GIRÓN: «*el grupo propiamente como tal, aparece cuando frente al aislamiento del interés de cada sociedad aparece un interés colectivo del grupo*» (*Vid.* GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)*, cit., p. 203). Sobre los grupos de sociedades y el interés del grupo, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.4.

⁷⁰² *Vid. infra*, Cap. VI, ap. 3.3.

de las sociedades cotizadas que integran un grupo —interés social *v.* interés del grupo—, puesto que, como veremos en las próximas líneas, su coexistencia puede llegar a *modular* su alcance.

3. PARTICULARIDADES DEL DEBER DE LEALTAD. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE (ART. 229.1 f) LSC)

3.1 PRELIMINAR

La regulación del deber de lealtad en general y de los conflictos de interés regulados en el artículo 229.1 f) LSC en particular, resulta igualmente aplicable a los administradores de las sociedades anónimas cotizadas, en tanto que sociedades de capital (arts. 1.1 y 495.2 LSC).

No obstante ello, debe subrayarse que dicha regulación no se encuentra especialmente confeccionada para las sociedades cotizadas y sus particularidades. Siendo ello así, las normas internas de estas sociedades —mayormente, sin perjuicio de otros textos privados, los preceptivos reglamentos del consejo de administración (art. 528 LSC)— recogen regímenes particulares dirigidos a regular en detalle la forma en la que ha de actuarse en el marco de los conflictos de interés, prestando especial atención a la pertenencia de la sociedad cotizada a una estructura grupal. Junto a estos cuerpos normativos privados, ha de atenderse asimismo al derecho blando o *soft law* contenido en el vigente CUBG sobre este concreto particular, el cual prevé también ciertas recomendaciones relacionadas con los conflictos de interés que afectan a los consejeros de las cotizadas.

3.2 ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO: LOS SUJETOS AFECTADOS POR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD

Dado que las sociedades anónimas cotizadas han de estar gestionadas y representadas, necesariamente, por un consejo de administración (art. 529 *bis* 1 LSC)⁷⁰³, son sus miembros los sujetos principalmente afectados por la regulación del deber de lealtad (arts. 227 y ss. LSC). Con independencia de la clase o categoría de consejero ante el que nos encontremos —ejecutivo, no ejecutivo, dominical o independiente (art. 529 *duodecies* LSC)⁷⁰⁴— todos ellos quedan obligados a observar

⁷⁰³ Sobre el preceptivo sistema monista de administración que rige en las sociedades anónimas cotizadas en el ordenamiento jurídico español, *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G., «La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el derecho comparado», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 727-768, MARTÍN DE VIDALES, M., LÓPEZ-JORRÍN, Á., «El consejo de administración de las sociedades cotizadas», en AA.VV., *La Sociedad Cotizada*, (Coords. VIVES, F., PÉREZ-ARDÁ, J.), Colección GARRIGUES, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 261-269, MARTÍ MOYA, V., DEL VAL TALENS, P., «Sociedades Cotizadas (II). Consejo de Administración y Gobierno Corporativo», cit., pp. 485-486.

⁷⁰⁴ Conforme al contenido del artículo 529 *duodecies* LSC se distinguen las siguientes categorías de consejeros: «1. Son consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en esta la consideración de dominicales. Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración, se considerará como ejecutivo. 2. Son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos. 3. Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados. 4. Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos [...]». Considero importante traer a colación que, si bien la categorización de los distintos tipos de consejero no tiene ninguna implicación con respecto de la inscripción del nombramiento de los administradores de las cotizadas en el RM, el ACM sí contiene una norma que introduce una novedad a este respecto. En concreto, su artículo 283-27 reza así: «1. Para la inscripción del nombramiento de un miembro del consejo de administración de una sociedad cotizada en el Registro Mercantil, el acuerdo de la junta general o del consejo deberá expresar la categoría del consejero, siendo dicha mención suficiente para su inscripción y sin que el registrador mercantil pueda entrar a valorar el cumplimiento de los requisitos para la adscripción a la referida categoría. 2. En todo caso, una asignación incorrecta de la categoría de consejero no afectará a la validez de los acuerdos adoptados por el consejo de administración». Se trata de una norma que

dicho deber. Ahora bien, la sospecha hacia su incumplimiento varía sustancialmente en función de la tipología de consejero de que se trate. Adicionalmente, existen otros sujetos que, a pesar de no ostentar la condición de consejero ni estar incluidos entre aquellos a quienes, por extensión, les resulta igualmente aplicable el estatuto de deberes de la LSC (art. 236.3, 4 y 5 LSC), quedan también obligados a respetar dicho régimen legal —y, en su caso, otras normas internas que desarrollan o complementan el mismo—.

3.2.1 Especial recelo hacia los consejeros dominicales

En primer lugar, considero necesario recordar la definición de *consejero dominical* recogida hoy legalmente en el artículo 529 *duodécies* 3 LSC: «*Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados*».

En un apartado anterior de este trabajo me he referido a la estrecha vinculación —incluso *confusión*— que existe entre los consejeros dominicales y los accionistas, la cual puede dar lugar al nacimiento de conflictos permanentes de interés. En suma, he defendido que estos conflictos estructurales que afectan a los dominicales son incardinables en el artículo 229.1 f) LSC⁷⁰⁵. Con ánimo de evitar repeticiones innecesarias y, centrándome en el objeto de estudio del presente capítulo, me parece oportuno señalar aquí aquellas normas que, con motivo de la sospecha de la parcialidad de los dominicales, están dirigidas a controlar su presencia en el consejo

vendría a reforzar las exigencias de transparencia en el ámbito de las cotizadas, y ello aunque la misma excluya la asignación de las categorías del escrutinio del registrador.

⁷⁰⁵ Sobre la figura del consejero dominical, los conflictos estructurales de interés que afectan a los mismos y la incardinación de estos conflictos en el artículo 229.1 f) LSC, *Vid supra* Cap. III, ap. 3.4.

de administración en aras a evitar el riesgo de que incurran en los antedichos conflictos de interés.

Por un lado, la propia LSC establece límites o trabas a los dominicales ante su eventual *conversión* en consejeros independientes al indicar que: «*Los consejeros dominicales que pierdan tal condición como consecuencia de la venta de su participación por el accionista al que representaban solo podrán ser reelegidos como consejeros independientes cuando el accionista al que representarían hasta ese momento hubiera vendido la totalidad de sus acciones en la sociedad*»⁷⁰⁶.

Pero no solo el legislador sospecha del riesgo de la presencia de los dominicales en el consejo. Por su parte, el CUBG trata de imponer la transparencia en este ámbito al recomendar que en la información sobre los consejeros que se contenga en la página web corporativa se indique, en el caso de los dominicales, «*el accionista al que representen o con quien tengan vínculos*»⁷⁰⁷. Igualmente, se exige transparencia en el nombramiento de estos consejeros por accionistas titulares de acciones representativas de un porcentaje inferior al tres por ciento⁷⁰⁸. Así mismo, cuando el accionista promotor transmite la participación accionarial que le permite mantener a *su dominical* en el consejo de administración, el CUBG recomienda la dimisión de este último⁷⁰⁹.

Con carácter adicional, las propias sociedades cotizadas conocen de primera mano la existencia de tales conflictos y, muy especialmente, los riesgos que de los mismos se derivan para el interés social. Ello ha propiciado que sus normas internas

⁷⁰⁶ Se muestra crítico con esta regulación, por incongruente con la definición del consejero dominical contenida en el artículo 529 *duodecies* 3 LSC, MATEU DE ROS CEREZO, R., en su trabajo «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., p. 18 y nota núm. 35, versión electrónica.

⁷⁰⁷ Recom. 18 CUBG.

⁷⁰⁸ Recom. 19 CUBG. Sobre los consejeros *micro dominicales*, *Vid.* MATEU DE ROS CEREZO, R., «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., p. 18.

⁷⁰⁹ Recom. 20 CUBG.

concreten y desarrollen las previsiones de la LSC y las recomendaciones del CUBG sobre este extremo. Así, en algunos casos, la propia definición del *conflicto de interés* prevista en estos preceptos internos hace alusión a aquel interés que atañe —aun de forma indirecta— a los consejeros dominicales, previendo de forma patente que existirá un conflicto de interés cuando el asunto le afecte al accionista que propuso o efectuó su nombramiento o, incluso, a las personas relacionadas directa o indirectamente con aquellos⁷¹⁰. De esta forma, se evita la necesidad de tener que constatar que el consejero dominical se halla afectado por tal conflicto de interés permanente por extensión automática del conflicto que afecta al accionista promotor (arts. 229.1 f) y 224.2 LSC)⁷¹¹, o bien que el accionista promotor es responsable, en su caso, por tratarse de un verdadero administrador en la sombra u oculto de la sociedad tutelada (*ex art. 236.3 LSC*).

La consideración de la existencia de un conflicto permanente de interés en estos casos provoca la activación de la aplicación de las normas encaminadas a evitar y castigar tales conflictos en la propia LSC (arts. 227.2, 232 y 236) y en las reglas internas societarias. Así las cosas, por parte de ciertas sociedades cotizadas se regula la forma en la que han de actuar los consejeros dominicales en el ámbito de sus quehaceres. En este orden, algunas de ellas prevén de forma explícita, entre otros aspectos, la obligación de los dominicales de abstenerse en las votaciones de los acuerdos del consejo de administración cuando el accionista que propuso su

⁷¹⁰ Dice así el artículo 39.2 del Reglamento del Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A. (texto aprobado el 21 de febrero de 2017): «*Se considerará que existe conflicto de interés en aquellas situaciones previstas por la ley y, en particular, cuando los intereses del consejero, sean por cuenta propia o ajena, entren en colisión, de forma directa o indirecta, con el interés de la Sociedad o de las sociedades integradas en el Grupo y con sus deberes para con la Sociedad. Existirá interés del consejero cuando el asunto le afecte a él o a una persona vinculada con él o, en el caso de un consejero dominical, al accionista o accionistas que propusieron o efectuaron su nombramiento o a personas relacionadas directa o indirectamente con aquellos*». Se recoge una definición en idéntico sentido, entre otros, en el artículo 31.1 del Reglamento del Consejo de Administración de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A (texto aprobado el 4 de abril de 2017).

⁷¹¹ Sobre la extensión del conflicto que afecta al accionista al consejero dominical designado a instancia suya, *Vid. supra*, Cap. III, ap. 3.4.

nombramiento sea portador de un interés contrario al social⁷¹². De esta forma se logra concretar y desarrollar el alcance de la obligación básica de abstención prevista con carácter general para todos los administradores (art. 228 c) LSC) y que, por supuesto, afecta también a los consejeros dominicales. Y es que, resultaría cuanto menos cuestionable defender que el consejero dominical debería abstenerse de votar cuando el accionista que propuso su nombramiento se hallase incurso en un conflicto de interés. Esta postura se fundamentaría, única y exclusivamente, en dicha genérica obligación básica de abstención⁷¹³ en atención al listado de personas previsto en el artículo 231 LSC⁷¹⁴.

Asimismo, debe destacarse que algunas normas internas recogen expresamente que la constatación de tal situación de conflicto que afecta al consejero dominical provoca su falta de idoneidad —o la pérdida de la misma— para el ejercicio de su cargo⁷¹⁵. Dicho de otro modo, nos hallamos ante una causa de incompatibilidad o

⁷¹² En este sentido, dice así el artículo 34.2 c) del Reglamento del Consejo de Administración de INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. («INDITEX») (texto probado el 14 de junio de 2016): «[...] en el caso de los consejeros dominicales, deberán abstenerse de participar en las votaciones de los asuntos que puedan suponer un conflicto de interés entre los accionistas que hayan propuesto su nombramiento y la Sociedad».

⁷¹³ Esta obligación de abstención sería asimismo discutible en el seno de los grupos de sociedades. En particular, cabría cuestionar la obligación de abstención que afecta a los administradores *representantes* de la sociedad dominante de un grupo de sociedades en los órganos sociales de las sociedades dependientes —ya se trate de administradores personas físicas o personas físicas representantes de la matriz administradora— (sobre este particular, *Vid.* VICENT CHULLÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», cit., p. 30). Tal obligación se derivaría de la interpretación literal de la obligación de abstención prevista en el artículo 228 c) LSC, el cual no prevé excepción alguna en este sentido. Antes bien, la afirmación de la existencia de un conflicto de interés entre el interés grupal y el interés social propio de la sociedad dependiente proporcionaría una respuesta tan rápida como equivocada a un problema societario que requiere de una solución que considere la incuestionable existencia de los grupos societarios y, por supuesto, de su *interés grupal*. En este sentido, *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad v interés del grupo», entrada en el Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte, de 10 de enero de 2016, disponible en: <http://jsanchezcalero.com/administradores-de-una-sociedad-filial-deber-de-lealtad-v-interes-del-grupo/>. Sobre los conflictos que surgen entre el interés del grupo y las sociedades integrantes del mismo, *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.4.

⁷¹⁴ Voces autorizadas de la doctrina española han considerado que el accionista que promueve el nombramiento de los consejeros debería tener la consideración de *persona vinculada* a los efectos del artículo 231 LSC (*Vid.* PAZ-ARES, C. *Anatomía del deber de lealtad*, cit., p. 56).

⁷¹⁵ Conforme al artículo 2.3 del cuerpo normativo denominado «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de

prohibición para ocupar una silla en el consejo de administración de una sociedad cotizada no prevista de forma expresa en la LSC, ni recomendada por el CUBG⁷¹⁶ — si bien cabría entenderla implícita en la interdicción del desarrollo de actividades que posicionan al administrador en una situación de constante conflicto (art. 229.1 f) LSC)—. Para finalizar, considero oportuno añadir que, en caso de que el consejero dominical ocupase dicho puesto con anterioridad a la constatación de tal conflicto de interés, la misma activaría la obligación de presentar su renuncia al cargo⁷¹⁷.

3.2.2 Otros sujetos afectados por las obligaciones derivadas del deber de lealtad

Conforme a lo expuesto anteriormente en este trabajo, no son los administradores los únicos sujetos que se ven obligados a respetar el estatuto de deberes previsto hoy en la LSC (art. 236.3, 4 y 5 LSC)⁷¹⁸. En este orden, en las sociedades anónimas cotizadas también existen sujetos no miembros de los consejos de administración que quedan igualmente afectados por las normas que regulan los conflictos de interés, pero no por el indicado imperativo legal, sino como consecuencia de la aplicación de sus propias directrices. Así, las normas internas de las cotizadas vienen a concretar e incluso ampliar los supuestos de extensión previstos hoy en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 236 LCS a otros sujetos que, dado el riesgo

IBERDROLA, S.A. (texto aprobado el 25 de marzo de 2015): «[...] en aquellos supuestos en los que la situación de conflicto de interés sea, o pueda esperarse razonablemente que sea, de tal naturaleza que constituya una situación de conflicto estructural y permanente entre el consejero (o una persona vinculada con él o, en el caso de un consejero dominical, el accionista o accionistas que propusieron o efectuaron su nombramiento o las personas relacionadas directa o indirectamente con los aquellos) y la Sociedad o las sociedades integradas en el Grupo, se entenderá que el consejero carece, o ha dejado de tener, la idoneidad requerida para el ejercicio del cargo a efectos de lo dispuesto en el Reglamento del Consejo de Administración».

⁷¹⁶ A este respecto, es preciso recordar que la tenencia de intereses opuestos a los de la sociedad (art. 224.2 LSC) o el desarrollo de actividades que colocan al administrador en una situación de conflicto de interés permanente (art. 229.1 f) LSC), no suponen una incompatibilidad o prohibición para ocupar el puesto de administrador, ni provocan su cese de forma automática (Vid. *supra* Cap. V, ap. 2.2 y 3.2).

⁷¹⁷ Sobre la obligación de presentar la renuncia al cargo en las sociedades cotizadas, Vid. *infra*, Cap. VI, ap. 3.4.

⁷¹⁸ Vid. *supra* Cap. II, ap. 3.3.2.2.

de que sean portadores de intereses extrasociales, se estima conveniente o necesario mantenerlos bajo control.

Si miramos las normas internas de las sociedades anónimas cotizadas, vemos que los sujetos que amplían el elenco legal son, entre otros, aquellos designados por comisiones especiales en atención al cargo que desempeñan en la sociedad o en su grupo⁷¹⁹ e incluso, en ocasiones, el personal empleado, en caso de que tenga acceso a información confidencial para la sociedad⁷²⁰. Asimismo, se tiende a que queden afectos aquellos sujetos que ostentan cargos en el grupo de sociedades al que pertenezca la sociedad tutelada, lo cual evidencia la relevancia de las relaciones existentes entre las sociedades integrantes del mismo —operaciones vinculadas— y, muy especialmente, el fin de salvaguardar el interés del grupo junto con el interés social individual de cada sociedad⁷²¹.

⁷¹⁹ Conforme a las definiciones contenidas en el documento denominado «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con accionistas significativos, consejeros y dirección de NH HOTELES, S.A.» (texto aprobado el 26 de marzo de 2014), se entiende que las «*Personas sometidas a Reglas de Conflictos de Interés*» son las siguientes: «a) *Los Altos Directivos*. b) *Aquellas personas que designe el Comité de Cumplimiento de la Sociedad (en cuanto éste estuviera constituido), en atención a la posibilidad de que en ellas concurren potenciales conflictos de interés considerando el cargo que desempeñen en la Sociedad o su Grupo. El Comité de Cumplimiento les comunicará su condición de personas sometidas a reglas de conflictos de interés.*».

⁷²⁰ Conforme a lo previsto en el artículo 3 del denominado «Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores de INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A.» («INDITEX») (texto aprobado el 19 de julio de 2016), quedan incluidos en su ámbito de aplicación subjetivo, además de los administradores: «[...] b) *Los Consejeros*. c) *Los Altos Directivos*. d) *El auditor de cuentas externo de la Sociedad y de su Grupo*. e) *Los empleados que, a juicio de la DCN, puedan tener acceso a datos e informaciones que constituyan Información Privilegiada*». El artículo 6.1 del denominado «Reglamento Interno de Conducta en el Ámbito de los Mercados de Valores de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A. y su grupo de sociedades» (texto aprobado el 19 de septiembre de 2016) incluye asimismo como personas afectadas, además de a los administradores, entre otros, a: «b. *Los altos directivos de la Sociedad y/o de las sociedades integradas en el Grupo Gamesa. Se consideran miembros de la Alta Dirección las personas que tengan esta condición de acuerdo con el Reglamento del Consejo de Administración*. c. *Cualquier profesional de la Sociedad y/o de las sociedades integradas en el Grupo Gamesa que, por desarrollar su actividad en áreas relacionadas con los mercados de valores o por tener acceso habitual y recurrente a Información Privilegiada, sea designada por la Dirección de Ética y Cumplimiento, bien con carácter permanente, bien durante el plazo que en cada momento se determine.*».

⁷²¹ Por ejemplo, de conformidad con las definiciones contenidas en el documento «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de IBERDROLA, S.A., tienen la consideración de «*personas sometidas a reglas de conflictos de interés*»: «*Aquellas personas que designe la Unidad de Cumplimiento de la Sociedad (la “Unidad”), en atención a la posibilidad de que en ellas concurren potenciales conflictos de interés considerando el*

Por último, considero oportuno añadir que en algunos casos se recoge de forma explícita la sujeción del secretario y vicesecretario no consejeros —e incluso al letrado asesor de la compañía— a ciertas normas internas dirigidas a los consejeros⁷²².

3.3 ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO OBJETIVO: EL ALCANCE REAL DEL CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE

3.3.1 Preliminar

Atendiendo al objeto de estudio de este trabajo, las especialidades correspondientes al ámbito objetivo de los conflictos que se analizan en las próximas líneas se refieren al conflicto que se deriva del desarrollo de actividades competitivas, así como a los restantes conflictos de interés estructurales que contempla el artículo 229.1 f) LSC.

Conforme a lo adelantado, los conflictos de interés de carácter permanente previstos en este precepto afectan igualmente a los consejeros de las sociedades anónimas cotizadas. No obstante, esta afectación presenta detalles o peculiaridades como consecuencia de la complejidad de estas sociedades y sus especiales relaciones

cargo que desempeñen en la Sociedad o su Grupo. La Unidad les comunicará su condición de personas sometidas a reglas de conflictos de interés». Ha de advertirse que la infracción del deber de lealtad por consejeros o altos directivos de sociedades del grupo podría asimismo afectar a la sociedad tutelada, en tanto que integrante del grupo de sociedades. Es preciso señalar que este deber de lealtad *intragrupo* no debe confundirse con la ausencia de efectividad de los conflictos de competencia que pueden surgir en su seno. A esta ausencia de efectividad y, por tanto, de conflicto de competencia real, me referiré en el apartado 3.3.2 siguiente de este capítulo.

⁷²² De conformidad con el artículo 34 «*Deberes del Secretario y Vicesecretario del Consejo*» del Reglamento del Consejo de Administración y de sus Comisiones de INDRA SISTEMAS, S.A. (texto aprobado en junio de 2016): «*La regulación establecida en este Capítulo X será de aplicación también al Secretario y al Vicesecretario del Consejo en el supuesto de que no sean consejeros, en la medida en que resulte razonable atendiendo a sus funciones*». Por su parte, el «Reglamento Interno de Conducta en el Ámbito de los Mercados de Valores de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A. y su Grupo de Sociedades» establece en su artículo 6.1 a) que son personas afectadas, entre otras: «*a. Los miembros del Consejo de Administración, incluidos, en su caso, el secretario y vicesecretario no consejeros del Consejo de Administración y de sus comisiones y el letrado-asesor de la Sociedad y/o de las sociedades integradas en el Grupo Gamesa*».

en el mercado. En particular, el hecho de que, como decía, las sociedades cotizadas sean integrantes de grandes estructuras societarias —grupos de sociedades— propicia el nacimiento de este género de conflicto que afecta a los miembros de sus consejos de administración.

Dado que la LSC no recoge normas especiales relativas a los conflictos de interés para las sociedades cotizadas, las referidas singularidades las encontramos en el CUBG y en sus propios cuerpos normativos internos, tal y como se expone a continuación.

3.3.2 La extensión de la prohibición de competencia

Anteriormente en este trabajo se ha expuesto que las actividades competitivas pueden desarrollarse por los administradores tanto de forma directa como indirecta, por cuenta propia o ajena⁷²³. Esto es, no es necesario que la competencia se desarrolle de forma directa y en nombre propio por el administrador para poder apreciar un supuesto de conflicto de competencia con base en el artículo 229.1 f) LSC. Ello es trasladable, por supuesto, al ámbito de las sociedades cotizadas. Ahora bien, como se viene apuntando anteriormente, estas sociedades pertenecen habitualmente a grandes realidades grupales, lo cual *complica* aún más la delimitación real de los conflictos de competencia indirectos.

Así las cosas, muchas de estas sociedades se han preocupado por demarcar el campo que abarca la prohibición de competencia en el ámbito de su propia actividad en aras a aclarar la magnitud real de la interdicción presentada en el artículo 229.1 f) LSC. En este orden, es habitual que los reglamentos del consejo de administración de las compañías cotizadas prohíban de forma expresa que se lleven a cabo actuaciones competitivas a través de sociedades controladas por el propio

⁷²³ *Vid. supra* Cap. II, ap. 3.3.2.3.

consejero⁷²⁴. Asimismo, en ocasiones, se trata de limitar que se haga lo propio mediante el desempeño de un puesto ejecutivo o de las funciones propias de consejero en una sociedad competidora, así como por medio de la prestación de servicios a favor de la misma⁷²⁵. Igualmente, estas normas reconocen literalmente la existencia de un conflicto de competencia cuando el consejero es designado a instancia de una sociedad competidora, al entender que el conflicto se prolonga hacia este de forma permanente y estructural⁷²⁶.

El radio de la prohibición que nos ocupa también muestra importantes particularidades con ocasión de la pertenencia de la sociedad tutelada a un grupo societario⁷²⁷. Tal y como se ha expuesto previamente en este trabajo, los elementos que han de constatarse con carácter general para poder afirmar la existencia de un conflicto no sirven en el ámbito de los grupos de sociedades⁷²⁸. Debe recordarse que la dirección unitaria que caracteriza a estos grupos conlleva que la competencia que se produce entre las sociedades integrantes del mismo sea meramente *formal*—no real

⁷²⁴ De conformidad con el artículo 20.4 a) del Reglamento del Consejo de Administración de REPSOL, S.A.: «A los efectos de lo dispuesto en este artículo: a) se considerará que una persona se dedica por cuenta propia a actividades constitutivas de competencia con la Sociedad cuando desarrolle dichas actividades directamente o de manera indirecta a través de sociedades controladas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio».

⁷²⁵ De conformidad con el artículo 38.1 del Reglamento del Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A.: «El consejero no podrá ser administrador o directivo ni prestar servicios a otra sociedad o entidad que tenga un objeto social total o parcialmente análogo al de la Sociedad o que sea competidora de aquella o de cualquiera de las sociedades integradas en el Grupo». A fin de lograr transparencia sobre los cargos que ocupan los consejeros en otras compañías, sean o no competidoras, así como sobre otras actividades por ellos desarrolladas, el CUBG recomienda: «Que las sociedades hagan pública a través de su página web, y mantengan actualizada, la siguiente información sobre sus consejeros: [...] b. Otros consejos de administración a los que pertenezcan, se trate o no de sociedades cotizadas, así como sobre las demás actividades retribuidas que realice cualquiera que sea su naturaleza. [...]» (Recom. 18).

⁷²⁶ Así se recoge de forma expresa en el artículo 20.4 b) del Reglamento del Consejo de Administración de REPSOL, S.A.: «b) se entenderá que una persona se dedica por cuenta ajena a actividades que constituyan competencia con la Sociedad cuando tenga una participación significativa o desempeñe un puesto ejecutivo en una empresa competidora o en otra concertada con ésta para el desarrollo de una política común y, en todo caso, cuando haya sido designada como consejero dominical de la Sociedad a instancia de una de aquellas».

⁷²⁷ A fin de delimitar el campo de los potenciales conflictos de competencia en el seno de los grupos de sociedades, el propio CUBG indica en su Recomendación 2: «Que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad dependiente, ambas definan públicamente con precisión: a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo [...]».

⁷²⁸ *Vid. supra*, Cap. II, ap. 3.4.

y efectiva—. Siendo ello así, las sociedades cotizadas españolas han prestado especial atención a que la interdicción de competencia no se predique con respecto del grupo de sociedades al que pertenece la sociedad tutelada, y así lo hacen constar en sus normas internas mediante la previsión de ciertas especialidades y excepciones. Así, entre otros aspectos, se tiende a excluir la prohibición de competencia por cuenta ajena que tiene lugar mediante el desempeño de cargos en sociedades competidoras en el marco de las sociedades del grupo⁷²⁹. Estas excepciones alcanzan también, en ciertos casos, a los cargos ocupados por los consejeros en sociedades con las que se mantiene una alianza estratégica —entre otros, en las *joint-venture*⁷³⁰— o en las que actúan como dominicales de la propia sociedad tutelada⁷³¹.

Para finalizar este apartado señalaré que la preocupación por delimitar el área de la prohibición de competencia no se limita al tiempo durante el cual los consejeros ocupan una silla en el consejo. A pesar del silencio que guarda la LSC a este respecto, dada la gravedad de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la prohibición de competencia, las normas internas de las sociedades anónimas cotizadas recogen reglas encaminadas a prolongar esta prohibición —con distintos alcances— tras la terminación de la relación fiduciaria que une a la sociedad con el

⁷²⁹ A modo de ejemplo, el Reglamento del Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A. recoge la siguiente excepción a la prohibición de competencia en su artículo 38: «2. *Quedan a salvo las funciones y los cargos que puedan desempeñarse en sociedades del Grupo, en sociedades en las que se actúe en representación de los intereses del Grupo y en sociedades en las que participe cualquier sociedad del Grupo y no se actúe en representación de los intereses del Grupo, salvo que el Consejo de Administración, previo informe de la Comisión de Nombramientos, entienda que se pone en riesgo el interés social*». En el mismo sentido, el artículo 27 del Reglamento del Consejo de Administración de DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. («DIA») establece que: «*Quedan a salvo los cargos que puedan desempeñarse: (a) en sociedades del Grupo; o (b) en sociedades en las que se actúe en representación de los intereses del Grupo*».

⁷³⁰ Sobre los conflictos de competencia permanentes que afectan a los administradores en el marco de las sociedades paritarias, *Vid. supra*, Cap. III, ap. 3.6.

⁷³¹ Conforme a lo recogido en el artículo 30 g) del Reglamento del Consejo de Administración de TELEFÓNICA, S.A.: «*A los efectos de lo dispuesto en este apartado, se considerará que no se hallan en situación de competencia efectiva con la Sociedad, aun cuando tengan el mismo, análogo o complementario objeto social (i) las sociedades controladas por ésta (en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio); y (ii) las sociedades con las que la Sociedad tenga establecida una alianza estratégica. No se considerarán incursos en la prohibición de competencia los Consejeros dominicales de sociedades competidoras nombrados a instancia de la Sociedad o en consideración a la participación que ésta tenga en el capital de aquéllas*».

consejero —cualquiera que sea el motivo de dicha terminación—⁷³². La duración de esta obligación *post-contractual*, así como la posibilidad de que la sociedad libere al consejero de su cumplimiento mediante la oportuna dispensa —la cual, salvo regulación expresa en otro sentido, quedaría sujeta a las condiciones previstas para la dispensa de la prohibición de competencia *contractual* (art. 230.3 I LSC)⁷³³— varían en función de las realidades y temores de cada sociedad⁷³⁴. En realidad, será el interés legítimo de cada sociedad tutelada el que establezca el contorno de esta prohibición para el periodo que se inicie tras el cese del administrador. No obstante ello, no serán válidas las prohibiciones *post-contractuales* que injustificadamente restrinjan la libertad de empresa del exadministrador (art. 38 CE) o los límites impuestos por el Derecho privado común (art. 1.255 CCiv).

3.4 REMEDIOS ESPECIALES ANTE LA DESLEALTAD: LA RENUNCIA DEL ADMINISTRADOR

Al analizar el cese del administrador infiel regulado en el artículo 230.3 II LSC he señalado la posibilidad de que sea el propio administrador quien, adelantándose a la solicitud de dicho cese, presente su propia renuncia. Conforme a lo allí indicado⁷³⁵, considero que la LSC no exige tal actitud proactiva del administrador y no cabe

⁷³² De conformidad con la vigente LSC, la única obligación derivada del deber de lealtad que perdura tras la terminación del mandato del administrador es la obligación de guardar secreto prevista en el artículo 228 b) LSC: «*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera*».

⁷³³ *Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.

⁷³⁴ A modo de ejemplo, transcribiré a continuación las cláusulas relativas a la prohibición de competencia *post-mandato* previstas en las normas internas de algunas sociedades cotizadas españolas: (i) IBERDROLA, S.A.: «*El consejero que termine su mandato o que por cualquier otra causa cese en el desempeño de su cargo, no podrá ser administrador, ni directivo, ni prestar servicios en otra entidad que tenga un objeto social total o parcialmente análogo al de la Sociedad o que sea su competidora, durante un plazo de dos años*». *El Consejo de Administración, si lo considera oportuno, podrá dispensar al consejero saliente de esta obligación o acortar el periodo de su duración.* (art. 38.4 del Reglamento del Consejo de Administración); y (ii) REPSOL, S.A.: «*Una vez finalicen en el desempeño de su cargo, los Consejeros no podrán prestar servicios en otra entidad competidora durante el plazo de dos años, salvo que el Consejo de Administración les dispense de esta obligación o acorte la duración de la misma*» (art. 16.5 del Reglamento del Consejo de Administración).

⁷³⁵ *Vid supra* Cap. V, ap. 2.2.4 y 3.2.5.

entender que tal exigencia esté implícita en el deber genérico de lealtad que se regula ampliamente en el artículo 227.1 LSC.

Ahora bien, lo dicho con respecto de los administradores de las sociedades de capital no cotizadas debe ser matizado en el ámbito de las cotizadas. Las mayores exigencias de independencia y transparencia, junto con la constante necesidad de proteger a los inversores, me conducen hacia una conclusión diferente. En realidad, los distintos códigos de buen gobierno corporativo han venido aconsejando la dimisión de los administradores portadores de intereses que pongan en riesgo el interés social. Así, el CUBG recomienda hoy: *«Que las sociedades establezcan reglas que obliguen a los consejeros a informar y, en su caso, a dimitir en aquellos supuestos que puedan perjudicar al crédito y reputación de la sociedad y, en particular, les obliguen a informar al consejo de administración de las causas penales en las que aparezcan como imputados, así como de sus posteriores vicisitudes procesales»*⁷³⁶. Si bien esta recomendación no se refiere de forma expresa a los casos de deslealtad, considero que los mismos —incluido por supuesto, el desarrollo de actividades competitivas o permanentemente conflictivas (art. 229.1 f) LSC)—, perjudican, y mucho, al buen nombre y confianza que los acreedores, accionistas y el mercado tienen en una sociedad cotizada. Como consecuencia de ello, considero que resultaría asimismo aplicable en este concreto ámbito.

Siguiendo esta recomendación, las normas internas de las sociedades cotizadas españolas establecen la obligación de presentar la dimisión, entre otros, cuando su permanencia en el cargo pueda poner en riesgo el ejercicio leal de sus funciones, cuando haya perdido su honorabilidad o su idoneidad para ser consejero de la

⁷³⁶ Recom. 22. I CUBG. Junto con esta recomendación, la dimisión de los consejeros se halla prevista también en las siguientes: (i) Recom. 20 CUBG: *«Que los consejeros dominicales presenten su dimisión cuando el accionista a quien representen transmita íntegramente su participación accionarial. Y que también lo hagan, en el número que corresponda, cuando dicho accionista rebaje su participación accionarial hasta un nivel que exija la reducción del número de sus consejeros dominicales»*; y (ii) Recom. 24 CUBG: *«Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo»*.

sociedad o en el supuesto de que incurran en una situación de conflicto estructural y permanente⁷³⁷.

De momento estas recomendaciones no han sido *positivizadas* en la LSC, por lo que, si bien podrían darnos pistas sobre una eventual *tendencia* del regulador⁷³⁸, en la actualidad no son aplicables a las sociedades de capital no cotizadas⁷³⁹. A lo sumo, estas sociedades podrían establecer estas obligaciones en códigos internos de conducta o en códigos éticos inspirados en las normas de gobierno corporativo cuando el origen y la estructura del capital social y la composición del órgano de administración así lo aconsejen⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Conforme al artículo 47.2 de los Estatutos Sociales de IBERDROLA, S.A. (texto aprobado el 31 de marzo de 2017): «*Los consejeros deberán presentar su renuncia al cargo y formalizar su dimisión cuando incurran de forma sobrevenida en cualquiera de los supuestos de incompatibilidad, falta de idoneidad, conflicto de interés estructural y permanente o prohibición para el desempeño del cargo de consejero previstos por la ley o el Sistema de gobierno corporativo*». Esta obligación se desarrolla en el artículo 16.3 del Reglamento del Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A.: «*Los consejeros deberán poner su cargo a disposición del Consejo de Administración en los siguientes casos: [...] c) Cuando perdieran la bonorabilidad, idoneidad, solvencia, competencia, disponibilidad o el compromiso con su función necesarios para ser consejero de la Sociedad. En particular, cuando las actividades que desarrolle el consejero, o las sociedades que controle, directa o indirectamente, o las personas físicas o jurídicas accionistas o vinculadas a cualquiera de ellas, o de la persona física representante del consejero persona jurídica, pudieran comprometer su idoneidad*».

⁷³⁸ No olvidemos que la propia Ley 3/2014 que introdujo la reforma del deber de lealtad y de los conflictos de interés de carácter permanente objeto de estudio de este trabajo se nos presenta bajo el nombre de «*mejora del gobierno corporativo*», lo cual evidencia que su origen se encuentra, precisamente, en las normas de gobierno corporativo (Vid. EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 26).

⁷³⁹ En mi opinión, el traslado de estas recomendaciones a las sociedades no cotizadas, sin distinción, resultaría a todas luces excesivo. No podemos olvidar la realidad de las sociedades cerradas, ya sean anónimas o limitadas, en las que los conflictos de interés de los administradores forman parte de su día a día. En el marco de estas realidades sociales en las que apenas existe separación entre la propiedad y el control, la exigencia de la renuncia de los administradores incursos en una situación de conflicto dificultaría notablemente la estabilidad de sus órganos de administración y, en consecuencia, su normal funcionamiento. Antes bien, en aquellas sociedades no cotizadas de capital disperso, podría resultar conveniente atender a la gobernanza corporativa en busca de soluciones a los problemas que puedan poner en riesgo la consecución del mejor interés social (art. 227.2 LSC).

⁷⁴⁰ La previsión de normas inspiradas en los códigos de gobierno corporativo en sociedades no cotizadas podría resultar aconsejable, entre otros, cuando se pretende atraer la entrada de nuevos inversores en el capital de la compañía o cuando se prevé que la presencia de lazos familiares en el capital y en la administración podría dar origen a la aparición de conflictos. Sobre las vías para fortalecer el régimen aplicable a los conflictos permanentes de interés previsto en la LSC, Vid.

4. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES ESPECIALES

Las sociedades que acceden al mercado bursátil en busca de financiación tienen una estrecha relación con los distintos sujetos presentes en dicho mercado — inversores, acreedores, proveedores, trabajadores, etc.—. Como consecuencia de este carácter marcadamente abierto, resulta necesario el reforzamiento de su control interno y, cómo no, de la *transparencia*.

A continuación, antes de poner fin a este capítulo dedicado a las sociedades cotizadas, expondré la regulación de ciertos procedimientos internos relacionados con el deber de lealtad de los administradores de estas sociedades a los que me parece de interés hacer una breve mención.

4.1 EL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS

El carácter marcadamente abierto de las sociedades cotizadas de constante referencia en este capítulo obliga a establecer especiales medidas de control en el ámbito del nombramiento de las personas que se han de encargar de su representación y gestión. Ha de advertirse que nos hallamos ante entidades de estructura y organización complejas que requieren de gestores competentes y experimentados a su cargo.

Atendiendo a lo anterior, es claro que las condiciones, cualidades y aptitudes de los consejeros han de ser objeto de un especial control, no solo durante su mandato, sino también y celosamente, con carácter previo a su nombramiento⁷⁴¹. En

supra Cap. IV, ap. 2.3.3.

⁷⁴¹ Así lo exige, a modo de ejemplo, el Reglamento del Consejo de Administración de INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. («INDITEX») en su artículo 22.1: «*El Consejo de Administración y la Comisión de Nombramientos dentro del ámbito de sus competencias, procurarán que la elección de candidatos recaiga sobre personas de reconocida solvencia, competencia y experiencia, debiendo extremar el rigor en relación con aquellas llamadas a cubrir los puestos de consejero independiente*». En la misma línea, el artículo 26 b) 1 del Reglamento del Consejo de Administración de NH HOTEL GROUP, S.A. (texto aprobado el 21 de

otras palabras, no puede bastar y no basta en el ámbito de estas sociedades el acuerdo de la junta general de accionistas o del consejo de administración —en caso de cooptación— para designar a los miembros del consejo de administración. En particular, se requiere de una propuesta de nombramiento o reelección realizada por la comisión de nombramientos y retribuciones⁷⁴², en el caso de los independientes, y por el propio consejo de administración, en el caso de los restantes tipos de consejeros (arts. 529 *decies* 4 y 529 *quindecies* 3 c) y d) LSC). Esta propuesta debe ir acompañada de un informe justificativo del consejo en el que se valore la competencia, la experiencia y méritos del candidato, informe que quedará unido al acta del consejo o de la junta, según proceda (art. 529 *decies* 5 LSC). Además, en el caso de las propuestas de los consejeros no independientes, esta deberá ir precedida, del informe de la referida comisión de nombramientos y retribuciones (arts. 529 *decies* 6 y 529 *quindecies* 3 d) LSC)⁷⁴³. Es obvio, por tanto, que la falta de *independencia* de los consejeros es motivo de un control superior por parte de una comisión especial cuya composición garantiza, *prima facie*, la realización de un trabajo imparcial (art. 529 *quindecies* 1 LSC)⁷⁴⁴. No obstante lo previsto en los referidos artículos, el CUBG

junio de 2016) se refiere así a las funciones que corresponden a la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Gobierno Corporativo: «*Evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el Consejo de Administración. A estos efectos, definirá las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante y evaluará el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar eficazmente su cometido*».

⁷⁴² La comisión de nombramientos y retribuciones se encuentra hoy regulada en el artículo 529 *quindecies* LSC. La LSC permite que los estatutos o el reglamento del consejo de administración prevean la separación de esta comisión en dos: la comisión de nombramientos y la comisión de retribuciones (art. 529 *quindecies* 4 LSC). Por su parte, el CUBG recomienda que esta separación tenga lugar cuando se trate de «*sociedades de alta capitalización*» (Recom. 48). Para un estudio en detalle de esta comisión tras la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC, *Vid.* PALÁ LAGUNA, R., «La Comisión de nombramientos y retribuciones. La política de remuneración y el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (arts. 529 *novodecies*, 529 *quindecies* y 541 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 797-838.

⁷⁴³ En este informe la comisión de nombramientos y retribuciones, tras llevar a cabo la evaluación correspondiente, expone si el candidato propuesto reúne, entre otros, la capacidad, la formación, la experiencia y la idoneidad para ser designado consejero. En su caso, se eleva el informe favorable al consejo para la propuesta de designación del candidato a la junta general de accionistas.

⁷⁴⁴ Conforme a lo previsto en el artículo 529 *quindecies* 1 LSC: «*La comisión de nombramientos y*

faculta a los consejeros para proponer a la citada comisión de nombramientos y retribuciones candidatos para cubrir las vacantes que puedan generarse en el consejo de administración⁷⁴⁵.

Estas exigencias son igualmente aplicables con respecto de las personas físicas representantes de los consejeros personas jurídicas, debiendo su propuesta de nombramiento ser sometida al informe de la comisión de nombramientos y retribuciones (art. 529 *decies* 7 LSC). Debe tenerse en cuenta que, en caso contrario, la figura del administrador persona moral permitiría eludir los requisitos exigidos al administrador persona natural⁷⁴⁶. No cabe olvidar que, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, estas personas físicas representantes deben reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, quedan obligadas al cumplimiento de los deberes previstos en la LSC y son solidariamente responsables con la sociedad a la que representan (art. 236.5 LSC)⁷⁴⁷.

retribuciones estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración, dos de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes. El presidente de la comisión será designado de entre los consejeros independientes que formen parte de ella». Sobre la relevancia de esta composición a fin de garantizar el adecuado control en el nombramiento de los consejeros y en su retribución» (sobre la composición de esta comisión, Vid. PALÁ LAGUNA, R., «La Comisión de nombramientos y retribuciones. La política de remuneración y el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (arts. 529 novodecies, 529 quincecies y 541 LSC)», cit., pp. 810-811, MATEU DE ROS CEREZO, R., «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», cit., p. 12, versión electrónica).

⁷⁴⁵ Dice así la Recomendación 49 del CUBG: «[...] Y que cualquier consejero pueda solicitar de la comisión de nombramientos que tome en consideración, por si los encuentra idóneos a su juicio, potenciales candidatos para cubrir vacantes de consejero».

⁷⁴⁶ En este sentido se pronuncia PALÁ LAGUNA, R., «La Comisión de nombramientos y retribuciones. La política de remuneración y el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (arts. 529 novodecies, 529 quincecies y 541 LSC)», cit., p. 816. Sin embargo existen voces que postulan que la extensión resulta excesiva puesto que: «supone una intromisión de la sociedad administrada en el derecho de elección de su representante por el ente moral administrador» (Vid., con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, cit., p. 117).

⁷⁴⁷ Vid. *supra* Cap. II, ap. 3.3.2.2.

4.2 LA TRANSPARENCIA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Los mencionados controles especiales existentes para nombrar a los miembros de los consejos de las sociedades cotizadas no bastan para garantizar la inexistencia de conflictos de interés en su seno. Ello obliga a establecer normas que garanticen, en primer lugar, su pronto y completo conocimiento.

En un capítulo anterior de este trabajo se ha tratado sobre las reglas procedimentales encaminadas a lograr la transparencia de los conflictos de interés previstas en el artículo 229.3 LSC —deber de comunicación del conflicto⁷⁴⁸—. Como vengo diciendo, dicha regulación general también resulta de aplicación a las sociedades cotizadas. No obstante, estas sociedades, dada su envergadura y atendiendo a las propias limitaciones de la regulación de la LSC, tienden a especificar la forma en la que debe darse cumplimiento a dicha transparencia en sus normas internas⁷⁴⁹.

En este orden, algunas sociedades cotizadas han optado por desarrollar el deber de comunicación de los conflictos contenida en el artículo 229.3 LSC. Así, además de concretar el destinatario concreto de la comunicación⁷⁵⁰, especifican

⁷⁴⁸ *Vid. supra*, Cap. IV, ap. 2.2.4.1.

⁷⁴⁹ De conformidad con lo expuesto anteriormente en este trabajo, las normas internas de las sociedades no cotizadas podrían asimismo regular la forma en la que habría de garantizarse la transparencia sobre los conflictos de interés a fin de concretar el alcance real del artículo 229.3 LSC y, en consecuencia, facilitar y, al mismo tiempo, potenciar su cumplimiento (*Vid. supra* Cap. IV, ap. 2.3).

⁷⁵⁰ Conforme al artículo 3.1 del documento «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de IBERDROLA, S.A.: «El consejero que incurra en un conflicto de interés deberá comunicar esta situación por escrito, mediante notificación dirigida al secretario del Consejo de Administración de la Sociedad, quien remitirá periódicamente copia de las comunicaciones recibidas a la Comisión de Nombramientos, a través de su presidente». En otros casos, el destinatario es el presidente del consejo de administración: «El consejero que se encuentre en una situación de conflicto de interés o que advierta tal posibilidad deberá comunicarlo al Consejo de Administración, a través de su presidente [...]» (art. 31.4 del Reglamento del Consejo de Administración de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A.). Cuando las normas sobre conflictos de interés afectan a sujetos distintos a los propios consejeros, el destinatario puede incluso ser una comisión del consejo: «El resto de las Personas Afectadas, Gestores de Autocartera e Iniciados deberán poner en conocimiento de su responsable o superior jerárquico o de la Dirección de Ética y Cumplimiento, de manera inmediata, así como

también la forma en la que debe realizarse, el momento oportuno y el contenido de la misma⁷⁵¹. Es preciso señalar que, en el marco de los conflictos derivados del desarrollo de actividades competitivas, algunas normas internas obligan de forma expresa a comunicar la participación que se ostenta en sociedades competidoras, así como los cargos que se ejercen en aquellas⁷⁵². Adicionalmente, fruto de un claro fin preventivo, ciertos reglamentos internos establecen que el deber de comunicación es igualmente aplicable cuando el administrador —u otra persona sometida a las reglas relativas a los conflictos de interés— dude acerca de la propia existencia del conflicto, quedando obligado a abstenerse de realizar cualquier actuación hasta que se aclare este extremo⁷⁵³. Cumplida la obligación de comunicación, a fin de que la propia

mantener permanentemente actualizadas, aquellas situaciones que potencialmente supongan un Conflicto de Interés» (art. 20.2 del denominado «Reglamento Interno de Conducta en el Ámbito de los Mercados de Valores de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A. y su Grupo de Sociedades»).

⁷⁵¹ Tal es el caso del documento «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de IBERDROLA, S.A., el cual establece en su artículo 7.3 que: *«En esta comunicación, la persona sometida a reglas de conflictos de interés afectada por el conflicto de interés deberá indicar si el conflicto le afecta personalmente o a través de una persona vinculada, en cuyo caso deberá identificarla. Asimismo, precisará la situación que diera lugar al conflicto, detallando, en su caso, el objeto y las principales condiciones de la operación o decisión proyectada, su importe o evaluación económica aproximada, así como el departamento o la persona de la Sociedad o cualquiera de las sociedades del Grupo con la que se hubieran iniciado los correspondientes contactos. Una vez tenga conocimiento del inicio de dichos contactos, la persona sometida a reglas de conflictos de interés afectada por dicho conflicto de interés deberá realizar tal comunicación de forma inmediata y, en todo caso, antes de la correspondiente toma de decisión o de la ejecución de la operación»*.

⁷⁵² Siguiendo la previgente redacción del artículo 229.2 LSC, algunas sociedades cotizadas recogen en sus reglamentos internos la obligación de comunicar la participación que ostentan los consejeros en sociedades competidoras, así como los cargos y las funciones que desempeñan en las mismas (sobre el deber de informar acerca de estos conflictos, *Vid. supra*, Cap. II, ap. 3.3.2.3.1. (iii) y 3.3.2.3.2. (iii)). Entre otros, dice así el artículo 30 del Reglamento del Consejo de Administración de TELEFÓNICA, S.A.: *«Igualmente, los Consejeros deberán comunicar, tanto respecto de ellos mismos como de las personas a ellos vinculadas, (a) la participación directa o indirecta de la que sean titulares; y (b) los cargos o las funciones que ejerzan en cualquier sociedad que se encuentre en situación de competencia efectiva con la Sociedad»*. Mediante esta obligación los consejeros no solamente estarían obligados a comunicar aquellas situaciones de conflicto real y efectivo de interés a la luz de lo previsto en el vigente artículo 229.3 LSC, sino también cualquier participación de su titularidad en sociedades competidoras, o los cargos que ejerzan en ellas, aun cuando de estas situaciones no se derive una situación de conflicto real y efectivo.

⁷⁵³ Dice así el artículo 20.3 del «Reglamento Interno de Conducta en el Ámbito de los Mercados de Valores de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A. y su Grupo de Sociedades»: *«En caso de duda sobre la existencia de un Conflicto de Interés, la Persona Afectada, Gestor de Autocartera o Iniciado lo someterá a la consideración de la Dirección de Ética y Cumplimiento. Los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad se someterán las dudas a la Secretaría del Consejo de Administración. Se entenderá que existe duda siempre que, por la vinculación o cualquier otro motivo o circunstancia, pudiera plantearse, a juicio de un observador*

sociedad mantenga de forma ordenada la información recepcionada sobre los conflictos, algunas cotizadas han previsto el seguimiento de un registro interno de los mismos⁷⁵⁴.

Añadiré que la obligación de comunicar los conflictos de interés afecta a los administradores incluso cuando actúan fuera de los límites de su propia labor de representación y gestión (art. 209 LSC). En particular, cuando los administradores son designados para representar a accionistas en la junta general, la propia LSC les obliga a comunicar la existencia de conflictos con carácter previo a su nombramiento a fin de garantizar su imparcialidad (art. 523 LSC)⁷⁵⁵. Asimismo, se les limita su derecho de voto en asuntos delicados tales como su cese o las operaciones de la

imparcial y ecuaníme, un Conflicto de Interés con respecto a una actuación, servicio u operación concreta». Por su parte, el documento «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de IBERDROLA, S.A. prevé asimismo en su artículo 7.4 la obligación de comunicar los casos de conflicto dudosos en los términos siguientes: «Ante cualquier duda sobre si la persona sometida a reglas de conflictos de interés podría encontrarse en un supuesto de conflicto de interés por cualquier causa, dicha persona debe trasladar la consulta a su superior jerárquico, quien, a su vez, remitirá dicha comunicación a la Dirección de Finanzas y Recursos. Si el conflicto de interés afectara a un alto directivo de la Sociedad la consulta a que se refiere este apartado deberá dirigirse, directamente, al responsable de la Dirección de Finanzas y Recursos. La persona sometida a reglas de conflictos de interés deberá asimismo abstenerse de realizar cualquier actuación hasta que la Dirección de Finanzas y Recursos conteste a su consulta. La Dirección de Finanzas y Recursos, si lo estima conveniente, podrá elevar la consulta a la Unidad». La comunicación cautelar de los conflictos ha sido asimismo defendida por la doctrina autorizada (Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 183-184, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 375, MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, cit., p. 76).

⁷⁵⁴ Dice así el artículo 9 del documento «Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos» de IBERDROLA, S.A.: *«1. El responsable de la Dirección de Finanzas y Recursos elaborará un registro de conflictos de interés de las personas sometidas a reglas de conflictos de interés, que estará constantemente actualizado, con información detallada sobre cada una de las situaciones producidas. La información contenida en dicho registro se pondrá a disposición de la Unidad en los casos en que esta lo solicite. 2. La información referida en el apartado anterior será objeto de publicidad en los supuestos y con el alcance requeridos por la normativa aplicable en cada momento»*.

⁷⁵⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 523.1 LSC, el representante de un accionista en junta está obligado a informar sobre dicho conflicto con carácter previo a su nombramiento. A este respecto, la LSC prevé la posibilidad de que exista tal conflicto cuando el representante sea miembro del órgano de administración, de gestión o de supervisión de la sociedad, o del accionista de control o de una entidad controlada por este. Es decir, se sospecha de la parcialidad del administrador o del sujeto que ostente el control en la sociedad y se trata de limitar su influencia en el órgano soberano.

sociedad con el propio administrador, entre otros, salvo que el representado imparta instrucciones precisas de voto (art. 526 LSC)⁷⁵⁶.

4.3 LA CONCESIÓN DE DISPENSAS

Sobre la dispensa de los conflictos de interés he hablado anteriormente en este trabajo⁷⁵⁷. En particular, me he referido a las debilidades que presenta su regulación, especialmente, en el marco de los conflictos permanentes de interés⁷⁵⁸. En vistas a esta limitación legal, como se ha defendido anteriormente, nada obsta a que el mismo pueda ser *reforzado* en los estatutos o en otras normas de carácter interno de las sociedades, también de las cotizadas.

Así, ante el miedo a que una dispensa pueda ser concedida de manera *imprudente* —sin el oportuno control y análisis de las particularidades del conflicto de que se trate y de sus posibles consecuencias—, algunas sociedades cotizadas han optado por establecer normas más rigurosas para la concesión de estas autorizaciones singulares. En concreto, determinadas sociedades exigen que el acuerdo a ser adoptado por el órgano soberano o por el consejo de administración, según corresponda, vaya precedido de un informe de la comisión de auditoría o de la comisión de

⁷⁵⁶ Ante el supuesto de que el conflicto que afecte al representante impida el ejercicio de su derecho de voto, algunas normas internas prevén la posibilidad de designar a un representante subsidiario. A modo de ejemplo, dice así el artículo 24.12 de los Estatutos Sociales de NH HOTEL GROUP, S.A. (texto aprobado el 11 de diciembre de 2015): «[...] *el administrador o la persona que obtenga la representación no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto a las decisiones relativas a (i) su nombramiento o ratificación, destitución, separación o cese como administrador, (ii) el ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él y (iii) la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta. En previsión de la posibilidad de que exista conflicto, la representación podrá conferirse subsidiariamente a favor de otra persona*».

⁷⁵⁷ *Vid supra*, Cap. IV, ap. 2.

⁷⁵⁸ *Vid supra*, Cap. IV, ap. 2.3.

nombramientos, de consultores externos o, incluso, del propio consejo de administración cuando compete a la junta adoptar el acuerdo⁷⁵⁹.

El fin de la elaboración de estos informes no es otro que el reforzamiento de la información necesaria con la que ha de contar el órgano competente para poder adoptar el acuerdo de la dispensa con suficiente conocimiento de causa. Con carácter adicional a estos informes, en ocasiones, se estima oportuno establecer la exigencia de una mayoría reforzada para la adopción de estos acuerdos⁷⁶⁰. Recordemos que, conforme la LSC, en las sociedades anónimas —a diferencia de en las limitadas (art. 199 b) LSC)— basta la mayoría simple para adoptar un acuerdo de dispensa (art. 201 LSC).

⁷⁵⁹ De conformidad con el artículo 31.6 del Reglamento del Consejo de Administración de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A.: «La dispensa irá precedida del correspondiente informe de (a) la Comisión de Auditoría y Cumplimiento sobre la operación sujeta a un posible conflicto de interés en el que propondrá la adopción de un acuerdo concreto al respecto, o (b) de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones si se refiere a la dispensa del cumplimiento de obligaciones contractuales». Por su parte, el artículo 20.2 del Reglamento del Consejo de Administración de REPSOL, S.A. establece que: «Al tiempo de la convocatoria de la Junta General llamada a deliberar sobre la dispensa de la prohibición de competencia, el Consejo de Administración deberá poner a disposición de los accionistas los informes de la Comisión de Nombramientos y del consultor externo independiente previstos en el apartado 1.(b) anterior y, si lo considerase oportuno, su propio informe al respecto». A la exigencia de informes se refiere también el artículo 5.3 c) (vi) del Reglamento del Consejo de Administración de INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. («INDITEX») en este caso, cuando compete al consejo conceder la dispensa: «La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad de los consejeros, previo informe de la Comisión de Nombramientos, cuando la competencia no corresponda a la Junta General de Accionistas».

⁷⁶⁰ Dice así el artículo 20.1 c) del Reglamento del Consejo de Administración de REPSOL, S.A.: «que la Junta General acuerde expresamente dispensar la prohibición de competencia con el voto favorable del setenta y cinco por ciento (75%) del capital social presente y representado en la Junta General».

Conclusiones

I

El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (art. 227.1 LSC) obliga a estos a anteponer el interés social a cualquier otro, sea propio o de un tercero. Ser leal o fiel implica que el administrador social dirija su actuación, en todo momento, a la consecución del fin que motivó la firma del contrato social por los socios de la compañía —es decir, el mejor interés social—, evitando la creación de cualesquiera conflictos de interés.

II

Este deber de lealtad surge de la especial relación fiduciaria o de agencia que une al administrador con su principal, la propia sociedad administrada. En otras palabras, es la confianza depositada en la persona investida con las facultades de representación y gestión social la causa del nacimiento del deber de lealtad. Más concretamente, son los riesgos que nacen de la discrecionalidad con la que cuenta el administrador en su actuación —costes de agencia— los que provocan la necesidad de ponerle barreras, en forma de deberes generales de conducta, dirigidas a la reducción del riesgo de que anteponga intereses distintos al mejor interés social objeto de tutela. Esta lealtad no es más que el fiel reflejo del mismísimo deber general de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CCiv) presente en cualquier relación de gestión de negocios ajenos. Antes bien, este deber se manifiesta de manera reforzada en el ámbito societario como consecuencia, entre otros, del elevado nivel de transparencia exigido por los mercados, máxime en el ámbito de las sociedades cotizadas. Por tanto,

el deber de lealtad del administrador es un particular y especialmente intenso deber de buena fe.

III

El deber de lealtad de los administradores ha de ser analizado junto con su inseparable compañero, el deber de diligencia. Ambos, en toda su amplitud, constituyen conforme a la vigente LSC el imperativo estatuto de deberes de los administradores sociales. Es en realidad la vertiente positiva del deber de lealtad —la cual se traduce en una actitud activa de entrega al interés social— la que se entremezcla con el deber de diligencia y obliga al administrador a ejercitar su cometido sirviéndose de su pericia y de sus aptitudes en busca de la maximización de la inversión realizada por los socios, evitando posicionarse en situaciones conflictivas. En relación con este último fin y, sin perjuicio de la importancia del aludido vínculo, en la actualidad es la propia LSC la que impone al administrador deberes expresos de prevención de conflictos de interés, incluidos los potenciales.

IV

Las normas previgentes reguladoras de las sociedades de capital no recogieron un estatuto de deberes de los administradores sociales. En dichas normas el foco se centró, principalmente, en establecer las consecuencias derivadas de la infracción de tales deberes, pasando inadvertidas las normas encaminadas a regular los mismos de forma sustantiva. A pesar de que el interés en definir y delimitar el contenido propiamente dicho de los deberes de diligencia y lealtad comenzó a percibirse en las reformas aprobadas durante los últimos años del pasado siglo —LSA 1989 y LSRL 1995— y más notablemente, a principios del vigente —de la mano de la honda y plausible reforma introducida en la LSA 1989 por la Ley de Transparencia—, las mismas no alcanzaron dicho fin.

La primera regulación real y sustantiva de los deberes fiduciarios de los administradores no ha visto la luz hasta la modificación introducida en la LSC como

consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 31/2014. En particular, ha sido esta última ley la que por vez primera ha previsto y desarrollado un régimen autónomo del deber de lealtad en la regulación societaria española, al margen del deber que contaba con un mayor arraigo en este ordenamiento, el deber de diligencia. Así, junto con la previsión del deber general de lealtad (art. 227.1 LSC), la LSC contiene hoy un repertorio de obligaciones básicas (art. 228 LSC) y de prohibiciones (art. 229.1 LSC), fruto de la mayor sensibilización y conciencia sobre la necesidad de contar con un marco legal que ponga freno a los abusos en la administración de las sociedades de capital.

V

La naturaleza autónoma del deber de lealtad ha quedado cristalizada en el artículo 227.1 LSC. Este precepto recoge hoy con carácter general este deber, logrando no solo establecer las bases o elementos fundamentales del mismo —la representación fiel, la buena fe y la búsqueda del mejor interés de la sociedad—, sino también acoger aquellos actos desleales que no han sido previstos por el regulador —cláusula de cierre—. El legislador ha actuado de forma sensata al redactar esta cláusula universal, toda vez que la misma permite someter al régimen todas aquellas conductas deshonestas e infieles del administrador que, a pesar de no encajar en ninguno de los tipos legales, merecen igualmente ser prevenidas y, en su caso, castigadas. Ha de señalarse que, en el cambiante mercado en el que habitan las sociedades de capital, podrían ver la luz conductas desleales desconocidas hasta la fecha cuya novedad no debería ser motivo bastante para que quedasen al margen de la regulación de la LSC.

VI

La referencia al *mejor* interés social que contiene el artículo 227.1 LSC constituye una novedad en el ordenamiento societario español. El eternamente contestado concepto del *interés social*, guía del administrador fiel, debe ser ahora el *mejor*, precisión que no facilita la interpretación de tal complejo término. Así las cosas,

esta referencia ha de encuadrarse en el margen de discrecionalidad con el que cuenta el administrador social en su actuación y no debe ser interpretada como la imposición de una obligación de resultado, muy a pesar del carácter imperativo del régimen (art. 230. 1 LSC). Es decir, el administrador deberá poner los medios suficientes para alcanzar tal objetivo pero, cumplido este cometido, no podrá ser considerado desleal si no lo consigue. Si bien los criterios de la doctrina del *Business Judgment Rule* incorporada en el artículo 226 LSC por la Ley 31/2014 resultan aplicables en el ámbito del deber de diligencia del administrador, los mismos pueden servirnos como pautas orientativas —no imperativas— para medir si la conducta del administrador se ha dirigido, en efecto, hacia el *mejor* interés social.

VII

El artículo 228 LSC da comienzo a la concretización del deber de lealtad mediante la imposición de un elenco de *obligaciones básicas* que derivan de tal deber —algunas de ellas sin precedente en el ordenamiento jurídico español—. En atención al objeto de estudio de esta tesis destaca, entre ellas, la regla *ningún conflicto* (art. 228 e) LSC), la cual ha alcanzado carácter legal tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014. Como consecuencia de la aplicación de esta regla, el administrador debe hoy anteponerse al riesgo de generar situaciones de conflicto, evitando su surgimiento de forma efectiva. Es decir, de conformidad con lo previsto en el referido precepto, debe adoptar las «*medidas necesarias*» para impedir que nazcan los tan temidos conflictos de interés. A pesar de que la LSC no concreta en qué se traducen estas medidas, no basta con observar las obligaciones de abstención que se listan en el artículo 229.1 LSC —en desarrollo de la *no conflict rule* (art. 228 e) LSC)—. Esta novedosa regla nos recuerda que la actitud activa hacia la lealtad ha de ser integral, por lo que el administrador debe hacer todo lo que esté en sus manos para evitar el enfrentamiento de intereses, propios o ajenos, con el interés social. En definitiva, este régimen profiláctico impone al administrador la obligación de prevenir activamente cualquier situación en la que se vea forzado a optar entre dos intereses ante el riesgo de que no sea precisamente

el mejor interés social el elegido. En suma, este artículo nos muestra con claridad la naturaleza preventiva que inspira el nuevo estatuto de deberes de la LSC.

VIII

La referida genérica obligación preventiva consistente en evitar las situaciones de conflicto de interés —*no conflict rule* (art. 228 e) LSC)—, se concreta en casos particulares en el artículo 229.1 LSC. El elenco de tipos de deslealtad recogido en este precepto legal nos permite visualizar de qué manera puede manifestarse en la práctica la infidelidad del administrador, lo cual, a su vez, facilita que este conozca cuáles son las lindes entre la actuación leal y la desleal. Asimismo, esta enumeración de casos de deslealtad allana el camino hacia su persecución por los sujetos afectados por la misma y presumo que, al mismo tiempo, hacia su correcta calificación y enjuiciamiento por parte de nuestros tribunales.

IX

La prohibición de competencia está incluida en el referido repertorio de los supuestos de conflicto de interés (art. 229.1 f) LSC). Junto con otras situaciones de deslealtad más novedosas, el legislador ha mantenido este concreto caso conflictivo con hondo arraigo en el ordenamiento jurídico español. En efecto, se trata de una prohibición contemplada en la ordenación societaria contenida en el CCiv (art. 1683) y en el CCom (arts. 136-138), así como en las distintas normas reguladoras de las sociedades de responsabilidad limitada y —aun no exenta de dudas— de las sociedades anónimas. Fue el texto previgente de la LSC el que vino a igualar el tratamiento legal de esta prohibición para todas las sociedades de capital, si bien esta unificación no alcanzó al régimen correspondiente al cese del administrador competidor. En verdad, ha sido la Ley 31/2014 la que, consciente del sinsentido del diferente tratamiento previsto en la LSC, ha culminado la necesaria unificación real de la interdicción del desarrollo de actividades concurrenciales dirigida a todas las sociedades de capital (art. 230.2 y 3 LSC) —aunque aún persista alguna desigualdad entre ambos tipos sociales en lo concerniente a la mayoría requerida para adoptar el

acuerdo de dispensa (arts. 199 y 201 LSC)—. Sin embargo, en este contexto uniformador el redactor de la Ley 31/2014 se ha olvidado del artículo 224.2 LSC, el cual sigue dirigiéndose únicamente —al menos de forma expresa— a las sociedades anónimas.

X

La referida previsión de la prohibición de desarrollar actividades que entrañan competencia (art. 229.1 f) LSC) no basta para dar respuesta a todas las dudas que genera esta compleja situación conflictiva en la praxis societaria. La Ley 31/2014 ha hecho especial hincapié en dejar clara y expresa constancia de que es imprescindible que la competencia sea *efectiva* para que la misma exista a la luz de la LSC. Antes bien, esta referencia a la necesaria efectividad de la competencia no basta para entender adecuadamente cuándo existe la misma. Ello obliga a analizar pormenorizadamente el mercado relevante —tanto objetivo, como geográfico y temporal— del producto o servicio de que se trate, para lo cual hemos de servirnos, con carácter orientativo —nunca imperativo—, de los criterios y principios acuñados en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.

La referencia a la posibilidad de que dicha necesaria efectividad del conflicto tenga naturaleza potencial complica aún más la correcta delimitación objetiva de la competencia prohibida. A primera vista, es simplemente contradictorio que la competencia que en potencia pueda llegar a manifestarse exista en efecto. No obstante, esta imprecisión terminológica es fácilmente subsanable si se realiza una interpretación sistemática de la regulación del estatuto de deberes vigente en la LSC. De una lectura conjunta y armonizada de los artículos 227 a 230 LSC se infiere sin esfuerzo que únicamente debe activarse el procedimiento dirigido al control y eventual castigo de las conductas concurrenciales del administrador cuando aquellas son verdaderamente —no solo formal y teóricamente— conflictivas. La literalidad del estatuto de deberes no deja espacio para interpretaciones que ensanchen el terreno de esta prohibición.

XI

La Ley 31/2014 ha ampliado el radio de los sujetos afectados por la prohibición de competencia al extender su régimen a los administradores de hecho —incluidos los ocultos—, a las personas investidas de facultades de más alta dirección, así como a las personas físicas representantes de las personas jurídicas administradoras (arts. 236.3, 4 y 5 LSC). Esta extensión pone fin a la necesidad de que estos dos últimos sujetos deban ser considerados administradores de hecho para poder ser considerados responsables. Sin embargo, dicha expansión legal del régimen de responsabilidad no ha alcanzado a otras personas que deberían igualmente quedar vinculadas a los deberes que incumben al administrador social y al régimen de responsabilidad por su incumplimiento. No existen razones para que el artículo 236 LSC no incluya hoy al accionista o socio de control ante el peligro de que el ejercicio desleal de tal dominio perjudique al interés social.

XII

Sigue resultando complicado delimitar subjetivamente la prohibición de competencia cuando la actividad concurrencial se desarrolla por el administrador de forma indirecta, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Me refiero a los conflictos de interés que surgen con ocasión de la participación que los administradores ostentan en una sociedad competidora y a aquellos que se derivan del desempeño del cargo de administrador en la misma.

A pesar de la eliminación del contenido del previgente artículo 229.2 LSC en la vigente redacción del artículo 229.3 LSC, la obligación de información sobre estos concretos casos de conflicto no ha variado. Así, actualmente, en la medida en que estos conflictos indirectos sean reales y efectivos, deben ser objeto de la oportuna y preceptiva comunicación. Asimismo, siguiendo el mismo razonamiento, los administradores sociales deben informar sobre ellos en la memoria de las cuentas anuales. Por tanto, la reducción de la literalidad del referido precepto de la LSC producida tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 no debe entenderse en el sentido

de que se haya flexibilizado el deber de transparencia en el ámbito de estos conflictos. No existen razones para defender que la sociedad no deba estar debidamente informada sobre los mismos, máxime teniendo en cuenta su carácter permanente. Sencillamente, esta interpretación no casa con el claro fin preventivo presente en la reformada regulación de los deberes fiduciarios de la LSC.

XIII

Con ánimo de evitar el uso de sujetos interpuestos para desarrollar actividades prohibidas al administrador, la LSC establece que estas prohibiciones resultan igualmente de aplicación cuando los beneficiarios de dichas actividades son personas *vinculadas* al administrador (arts. 229.2 y 231 LSC). Si bien estos sujetos no pueden ser —y no son— los destinatarios de la interdicción contemplada en el artículo 229.1 f) LSC, dada su cercanía y vinculación con el administrador, el legislador ha presumido que actúan como meras correas de transmisión de los intereses de este.

Ahora bien, esta presunción admite prueba en contrario. Habida cuenta de la amplitud del elenco de dichas personas *vinculadas*, es insostenible defender que nos encontremos ante una presunción *iuris et de iure* que elimina cualquier margen de error sobre el recelo hacia la honestidad de familiares y otros seres teóricamente cercanos y afines al administrador. No obstante esta amplitud, aún existen sujetos que, a pesar de su palmaria vinculación con el administrador, no han sido merecedores de la sospecha del legislador. No existe razón para mantener al margen del listado del artículo 231 LSC, entre otros, al accionista que propicia el nombramiento de los administradores —v. gr. en virtud del ejercicio del derecho de representación proporcional—. Por ello, nos hallamos, necesariamente, ante un listado de carácter abierto.

XIV

La dirección unitaria que da lugar al nacimiento del grupo societario elimina la efectividad del conflicto de interés permanente que se deriva del desarrollo de actividades competitivas. Tal eliminación tiene lugar, entre otros, cuando un administrador desarrolla la misma actividad que otra de su propio grupo o cuando ostenta la condición de administrador en varias sociedades formalmente competidoras integrantes del mismo. Simplemente, dentro de esta diseñada y estudiada agrupación, no existe competencia real entre las actividades desarrolladas por sus integrantes.

Así mismo, la identificación del sujeto tutelado por esta prohibición se complica en el marco de estas realidades grupales. El hecho de que el mejor interés de la sociedad tutelada conviva con el interés del grupo a la que aquella pertenece dificulta la correcta y precisa identificación de aquel que ha de primar en cada caso. Por tanto, resulta preciso encontrar el equilibrio necesario entre ambos intereses, tarea a todas luces complicada, máxime ante la ausencia de regulación alguna al respecto en la vigente LSC. A pesar de la importante labor que está realizando la doctrina científica y jurisprudencial en este campo, dada la pasividad del legislador, los criterios que han de seguirse siguen hoy siendo vagos e inciertos.

XV

La Ley 31/2014 ha reconocido expresamente, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, que el desarrollo de actividades competitivas no es el único origen de los conflictos permanentes de interés. Estos conflictos permanentes que nacen de situaciones distintas a la infracción de la obligación de no competencia son hoy expresamente aludidos por el artículo 229.1 f) LSC. Son pues conflictos de carácter igualmente permanente y de especial gravedad que inciden de forma directa en la esfera comunitaria y, consecuentemente, en la búsqueda de la maximización de la inversión del socio. No obstante, este precepto no ofrece más que una lacónica

referencia a los mismos y en modo alguno insinúa los casos concretos que tienen cabida en él.

La anterior genérica mención obliga a atender a los escasos pero relevantes pronunciamientos de los tribunales y a los trabajos doctrinales que se han ocupado del estudio de estos conflictos permanentes con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 31/2014. Qué duda cabe de que han sido estos pronunciamientos los que han motivado la redacción actual del apartado f) del artículo 229.1 LSC. Pero, a pesar de la utilidad de recurrir a la doctrina jurisprudencial y científica, este valioso recurso no basta para superar la inseguridad jurídica que provoca dicha vaga alusión legal a estos *otros* conflictos de carácter permanente. Esta situación de incertidumbre obliga a los operadores del Derecho a tratar de aportar algo de luz en este terreno.

XVI

Tomando como punto de partida el origen de las situaciones de conflicto estructural o permanente, tienen cabida en tal general mención de los conflictos permanentes (art. 229.1 f) LSC) aquellos que nacen como resultado de extender al administrador social el conflicto que afecta al socio o accionista que promueve su nombramiento. Si tenemos en consideración el señalado origen de estos conflictos estables, el referido precepto acoge los conflictos que afectan al administrador que es designado en virtud del derecho de representación proporcional cuando el accionista promotor se halla incurso en una situación de conflicto. Asimismo, el administrador se encontraría posicionado en una situación de permanente conflicto incardinable en el artículo 229.1 f) LSC en caso de que el socio mayoritario o de control que instase su nombramiento fuera portador de intereses no coincidentes con el mejor interés social. *Prima facie*, el interés en conflicto que afecta al socio o accionista que propicia el nombramiento del administrador se extiende a este último, dando lugar al nacimiento de una situación de enfrentamiento estable con el interés tutelado.

XVII

La extensión del conflicto expuesta en la conclusión anterior no puede ser automática. Habida cuenta de que tal prolongación conlleva la inhabilitación del administrador *ex ante* para ocupar tal posición, únicamente cabe ejecutarla una vez constatado que el conflicto que afecta al socio promotor es real y efectivo y que el mismo va a colocar al administrador por él designado en un enfrentamiento estable con el interés social. Para abordar un análisis correcto de estos extremos, debe tenerse presente que el interés de la mayoría no ha de coincidir necesariamente con el interés social. En otras palabras, no cabe pasar inadvertida la posibilidad de que el interés de un socio mayoritario —incluso el de aquel que ostente el control—, puede estar en conflicto con el interés social. Así, si postulamos la necesidad de realizar tal extensión cuando, fruto del nombramiento a instancia del socio conflictuado, el administrador se posiciona en permanente conflicto, dicha extensión ha de realizarse tanto cuando el socio promotor es titular de una participación minoritaria, como cuando lo es de la mayoritaria. Y ello aunque sea en el plano teórico, puesto que la debilidad de la posición minoritaria impedirá que, en la práctica, se pueda poner fin a la situación conflictiva propiciada por la mayoría.

XVIII

El referido conflicto que se extiende del socio al administrador indicado en la conclusión anterior provoca que este último no pueda dar íntegro cumplimiento al deber de lealtad. Si sostenemos que el administrador es portador del interés del socio en conflicto, en verdad, el primero se verá obligado a actuar lealmente frente al segundo, además de frente al interés social. Serán por tanto dos los intereses que deberá perseguir y, en consecuencia, serán dos también los sujetos que requerirán su lealtad. Esta situación le impedirá actuar en exclusivo interés de la sociedad administrada y de forma independiente y desvinculada con respecto del socio que instó su nombramiento (arts. 227.1 y 228 d) LSC).

Esta suerte de doble lealtad es fácilmente apreciable en el ámbito de las sociedades paritarias. En esta tipología de sociedades de carácter cerrado las condiciones de los socios revisten una especial relevancia que motiva la propia existencia de la compañía. Dado que en ellas los socios ostentan el control de forma común y son ellos los que, asimismo, la administran de forma conjunta —ya sea de manera mancomunada o colegiada— es palmario el peligro consistente en que el interés de cada socio prime frente al común. Es decir, la *confusión* que se produce entre la propiedad y el control en esta clase de sociedades crea una predisposición del administrador para preferir su propio interés o el de un tercero e, inexcusablemente, preterir el social. Tales complicaciones derivadas de la exigencia de atender a dos lealtades se muestran de forma acusada en el marco de las sociedades conjuntas —*joint venture*— que son constituidas con una clara vocación colaborativa de sus socios. En ellas, los intereses de cada *venturer* no son siempre coincidentes con los de la sociedad, lo cual pone en un aprieto al administrador que debe hacer prevalecer uno de ellos. Dado que la LSC no recoge norma alguna que aclare cómo debe actuarse en el marco de los complejos conflictos que surgen en estas sociedades, considero que los pactos parasociales se convierten en instrumentos necesarios para delimitar *ex ante* las situaciones conflictivas que pueden afectar a la sociedad, así como para prever la forma de afrontarlos *ex post*.

XIX

La regulación del deber de lealtad del administrador y de la responsabilidad que se deriva de su incumplimiento es imperativa. La alusión al carácter expreso de este régimen incluida en el artículo 230.1 LSC por la Ley 31/2014 ha venido a confirmar que la interpretación realizada por la doctrina autorizada sobre este particular era correcta. Este carácter preceptivo se entiende a la perfección con el acusado fin preventivo que subyace en el estatuto de deberes vigente. De nada sirve establecer un deber genérico de lealtad —minuciosamente desglosado en obligaciones concretas dirigidas a potenciar la conciencia del administrador hacia la necesidad constante de velar por el mejor interés social— si este deber fiduciario carece de verdadera fuerza

vinculante. Esta explícita referencia a la imperatividad del régimen nos recuerda que no cabe dejar en manos del propio administrador la observancia de la fidelidad que él debe a su principal. Simple y llanamente, se han positivizado principios básicos del Derecho privado (arts. 6.2, 1102 y 1256 CCiv) en el ámbito societario.

XX

La naturaleza imperativa del régimen (art. 230.1 LSC) no es rígida ni absoluta. Las obligaciones que nacen del deber de lealtad no resultan directa y automáticamente aplicables al administrador, en todo caso. En otros términos, la actuación fiel del administrador no es incondicional. En caso de que así lo fuera, la sociedad tutelada podría llegar a verse afectada por la propia inflexibilidad del régimen. Ciertas conductas conflictivas pueden repercutir positivamente —a corto o a largo plazo y, en mayor o en menor medida— en la sociedad tutelada. El regulador sabe de las sinergias que pueden existir entre los propios competidores —aun potenciales—, lo cual obliga a establecer instrumentos que permitan moldear el régimen legal ante situaciones concretas que así lo exijan.

Sin embargo, esta eventual flexibilización del estatuto de deberes del administrador debilita la rotundidad con la que se manifiesta legalmente su imperatividad. Toda vez que es posible levantar las obligaciones que establece la propia LSC —con estricta sujeción a las condiciones formales y materiales exigidas—, debe dejarse clara constancia sobre la relatividad de esta imperatividad. En este orden, el régimen ha de cumplirse necesariamente, a menos que la sociedad dispense su cumplimiento. De lo dicho anteriormente se infiere sin dificultad que no nos hallamos ante un auténtico e íntegro régimen imperativo.

XXI

La posibilidad de amoldar o adaptar el carácter imperativo de constante referencia en la conclusión anterior no es absoluta. Únicamente cabe perdonar la observancia de la lealtad mediante la oportuna dispensa ante situaciones concretas y

singulares —nunca abstractas o generales—, incluso cuando el conflicto sea de carácter estable. Para poder levantar la prohibición de competir o de desarrollar cualquier otra actividad que provoque un conflicto permanente, la junta general debe conocer los pormenores de la concreta actividad conflictiva y, solamente tras analizar que la misma es inocua para el interés social, acordar si procede o no dicho perdón. Por el contrario, si el administrador contase *ex ante* con el beneplácito del órgano soberano para desarrollar actividades competitivas —de cualquier clase y condición— o cualesquiera otras que le posicionasen en permanente conflicto con el interés social, se despojaría a la junta de su competencia para resolver acerca de la conveniencia de conceder dispensas en los casos de conflicto permanente. En definitiva, el preceptivo deber de lealtad quedaría vacío de contenido.

XXII

La dispensa de los conflictos permanentes recogidos en el artículo 229.1 f) LSC —tanto los derivados del desarrollo de actividades competitivas como los restantes de carácter estructural— ha de ser concedida por la junta general, bajo ningún concepto por el órgano de administración (art. 230.3 *in fine* LSC). No es este el único requisito especial que el legislador ha incluido en aras a garantizar que las autorizaciones singulares de los temidos conflictos de carácter permanente no se aprueben de forma injusta y arbitraria. Así, es necesario también que se alcancen las mayorías precisas (arts. 199 y 201 LSC), eso sí, con la debida abstención de aquellos socios-administradores afectados por el conflicto y con la reducción de su porcentaje a los efectos de quorum (art. 190 LSC). Adicionalmente, los acuerdos de dispensa de estos conflictos permanentes deben ser expresos y fruto de una votación separada. En resumen, dada la relevancia de las autorizaciones de las conductas permanentemente conflictivas, el legislador, muestra de su afán preventivo, ha articulado garantías precisas encaminadas a impedir que la junta actúe de forma oscura e interesada.

XXIII

El procedimiento que ha de seguirse para dispensar un conflicto permanente de interés no está debidamente definido en la LSC. Se echa en falta el establecimiento de las fases que han de respetarse para cumplir debidamente el mismo. No obstante, aunque las escuetas y desordenadas referencias legales sobre este particular no esclarecen cuál es el camino a seguir, las mismas nos permiten cuanto menos conocer los pasos mínimos que deben darse.

El procedimiento ha de comenzar, necesariamente, con la debida comunicación de la situación de conflicto al órgano de administración (art. 229.3 LSC). Este deber de transparencia es fundamental e indispensable para que la sociedad conozca el *peligro* y adopte las medidas oportunas. A la vista de la relevancia de este *disclosure*, deviene imperioso que el mismo se materialice tan pronto como el administrador intuya que se encuentra inmerso en una situación de conflicto. Asimismo, la información proporcionada deberá ser completa para que la junta general pueda adoptar el acuerdo de la dispensa con la información suficiente y adecuada. Solo así se podrá asegurar que el acuerdo de dispensa responda satisfactoriamente a las circunstancias reales del conflicto en cuestión.

La LSC guarda silencio sobre la necesidad de que los administradores que recepcionen el aviso sobre el conflicto lo eleven a la junta. Ante esta ausencia de regulación, esta ineludible elevación no puede implicar una evaluación previa de la que necesariamente ha de acometer la junta general. Así, los administradores deben limitarse a dar traslado de la comunicación recibida, como mucho, con una estimación de su gravedad en vistas a la premura de convocar la reunión del órgano soberano y con indicación de su parecer sobre el conflicto debidamente motivado. Incluso cuando el administrador en conflicto no cumpla con su deber de transparencia *ex* artículo 229.3 LSC, los administradores están obligados a mantener informada a la junta sobre las situaciones de conflicto ajenas sobre las que tengan

conocimiento —aun cuando no sean notorias—. No será leal el administrador que calle y, por tanto, oculte una situación de conflicto ajena (art. 227.1 LSC).

Una vez que la junta recibe la comunicación del conflicto, esta debe enfrentarse a la ardua tarea de investigar acerca, primeramente, de su propia existencia. Como consecuencia del carácter preventivo del deber de transparencia (art. 229.3 LSC), podrían llegar al conocimiento de la junta situaciones que no son constitutivas de conflicto. En tal caso, ante la ausencia de enfrentamiento de interés alguno, no procedería adoptar un acuerdo sobre su dispensa. No obstante, la labor de la junta no será tan sencilla cuando la información recibida sí esconda una situación conflictiva y, muy especialmente, cuando el conflicto sea permanente. El acuerdo que contenga su autorización —condicionada o no—, deberá estar debidamente motivado a fin de garantizar que el conflicto sea inocuo para el patrimonio social —*fairness test*— (art. 230.2 III y 3 I LSC). En caso contrario, la respuesta deberá ser negativa. Asimismo, nada obsta a que esta autorización sea posterior al desarrollo de la actividad conflictiva —ratificación del conflicto—, o que la junta ponga fin a la dispensa previamente concedida acordando su revocación. A pesar de que el acuerdo que dé respuesta a la solicitud de una dispensa deba estar siempre debidamente motivado, esta preceptiva motivación podría eludirse mediante la vía del cese *ad nutum* del administrador (art. 223.1 LSC).

XXIV

El procedimiento legal relativo a la dispensa de los conflictos de interés es incompleto. Y lo es más aún si se tienen en cuenta las particularidades inmanentes a los conflictos de interés de naturaleza permanente. La LSC no da respuesta a las complicaciones que surgen en la práctica societaria cuando, presente un conflicto de tal condición, debe activarse el *procedimiento legal* dirigido a su comunicación y dispensa.

Tales dificultades son apreciables en cada una de las fases de dicho incompleto procedimiento. Cuando un conflicto persiste en el tiempo, el administrador debe cumplir con su deber de transparencia de forma constante, cada vez que el mismo sufra cualquier variación. Si no se completase, corrigiese o de cualquier forma actualizase la información proporcionada, no se permitiría que la junta tuviese el conocimiento suficiente sobre el conflicto para decidir si el mismo ha variado en realidad y, en consecuencia, si debe modificar el acuerdo de dispensa que hubiera sido adoptado. Igualmente, la recepción constante de información sobre la situación de los conflictos estructurales obliga a los administradores a elevar a la junta dicha información cada vez que la misma sea recibida. El correcto y puntual traslado sobre el estado de los conflictos, alejado de intereses particulares, es primordial para garantizar el debido conocimiento sobre el conflicto por la junta general.

Es en sede del órgano deliberador donde se manifiestan con mayor gravedad las debilidades del régimen de la LSC. Si el conflicto ha cambiado, el acuerdo que la junta general hubiese adoptado acerca de su dispensa ha de ser oportunamente revisado. Ello obliga a la junta a reunirse nuevamente y, examinados los pormenores de la alteración, decidir qué respuesta merece la misma. Así, será posible que, en atención a la evolución del conflicto, el alcance de la dispensa concedida no pueda mantenerse, debiendo ser oportunamente modificado. Incluso, si no se pudiese acreditar que el conflicto sigue siendo inocuo para el patrimonio social, la dispensa debería ser revocada.

XXV

Las debilidades del procedimiento de la LSC señaladas en la conclusión anterior podrían ser superadas mediante la previsión de normas aclaratorias y complementarias en otros instrumentos jurídicos. Los estatutos sociales, los reglamentos internos de la junta y del consejo así como los pactos parasociales, podrían contener normas dirigidas a aclarar las imprecisiones de la LSC y tratar de dar oportuna repuesta a las complicaciones que su aplicación genera en la praxis

societaria. Estos cuerpos normativos podrían resultar convenientes para albergar reglas y pautas concretas a seguir para garantizar, por un lado, que se dé íntegro cumplimiento al deber de información (art. 229.3 LSC) —aun cuando el conflicto permanente experimente cambios durante su vigencia—, por otro lado, que la junta se encuentre permanentemente al corriente de estos cambios y, adicionalmente, que los acuerdos de dispensa de los conflictos permanentes no queden obsoletos. Es más que evidente la necesidad de mejorar el procedimiento legal de comunicación y dispensa de los conflictos permanentes si pretendemos que el mismo sea efectivo en la lucha contra su prevención y debido control posterior.

XXVI

De poco o nada sirve diseñar un sistema legal de deberes fiduciarios del administrador si el mismo no contempla los cauces oportunos para exigir la debida responsabilidad a aquellos que lo incumplen. Los mecanismos para castigar a los administradores desleales *ex post* resultan indispensables para proteger el interés social. Así, consciente de ello, el redactor de la Ley 31/2014 ha previsto un nuevo sistema de recursos para encarar la deslealtad, prestando una justificada especial atención a los conflictos de interés que entrañan mayor gravedad, es decir, a los conflictos de naturaleza permanente.

XXVII

La Ley 31/2014 ha mantenido el mecanismo del cese del administrador que incumple la prohibición de desarrollar actividades competitivas (art. 230.3 II LSC). Se trata de una medida tan drástica como necesaria si valoramos debidamente el daño que puede ocasionar al interés social quien compite de forma efectiva con la sociedad tutelada. Ante tal riesgo, podrían ser insuficientes para la sociedad los instrumentos tendentes a obtener una reparación o a poner freno a la conducta permanentemente infiel. Sencillamente, la actuación competitiva del administrador provoca la pérdida de la confianza que la sociedad tenía depositada en él, pérdida que podría culminar en un acuerdo de la junta general favorable a su cese.

La junta puede resolver a favor del cese del administrador infiel tanto cuando su actuación hubiera sido previamente dispensada, como cuando no contara con tal autorización. A pesar de que la letra del artículo 230.3 II LSC pueda conducirnos a interpretar que solamente cabe recurrir al cese cuando el riesgo que se deriva de la actividad competitiva previamente dispensada *«baya devenido relevante»*, la junta es competente, asimismo, para cesar a quien compite sin su previo permiso, siempre y cuando su actuación desleal sea relevante. No existen razones para impedir que el administrador sea desvinculado de la representación y gestión social en este último caso, toda vez que el fin del cese sería idéntico en ambos casos. En concreto, se perseguiría desvincular al administrador de la sociedad para eliminar de forma directa y completa el conflicto estructural efectivo. Asimismo, este precepto nos ofrece la vía para cesar al administrador puntualmente competidor, siempre y cuando tal actividad competitiva ocasional cumpla el ineludible requisito de la efectividad.

XXVIII

El hecho de que la junta tenga la facultad para cesar al administrador infiel en los casos apuntados anteriormente no significa que esté obligada a ello. Este órgano es soberano y cuenta con la discrecionalidad suficiente para mantener en su puesto al administrador infiel, si así lo considera oportuno. El desarrollo de actividades competitivas no constituye una prohibición para ser designado administrador a la luz de la vigente LSC (art. 213 LSC) por lo que es insostenible, por incongruente, que la junta deba cesarlo obligatoriamente. En su caso, el carácter abusivo del acuerdo contrario al cese del administrador permanentemente infiel nos conduciría a otro terreno, en concreto, al correspondiente al de su impugnación (art. 204.1 LSC). Adicionalmente, en caso de que el administrador competidor ostentará la condición de socio, la junta sería asimismo competente para valorar la oportunidad de su separación (arts. 350, 351 LSC y 207.1 RRM). Sin perjuicio de los mencionados recursos del cese del administrador competidor y de su separación, el estatuto de deberes de la LSC no nos permite afirmar con rotundidad que sea el administrador

quien, en cumplimiento de su deber general de lealtad (art. 227.1 LSC), deba presentar su renuncia.

XXIX

El cese previsto en el artículo 230.3 II LSC resulta asimismo aplicable a los administradores incurso en conflictos de carácter permanente con origen distinto al desarrollo de una actividad competitiva. A pesar de que el propio artículo no se refiera de forma expresa a estas otras situaciones de conflicto de naturaleza estructural, el mismo aglutina todos los supuestos previstos en el artículo 229.1 f) LSC y, consiguientemente, también los *otros* conflictos permanentes. El olvidado artículo 224.2 LSC tiene asimismo por objeto el cese de los administradores sociales que se encuentran en una posición de conflicto estructural o estable en las anónimas —y, en mi opinión, analógicamente, también en las limitadas—, por lo que no acoge supuestos distintos a los indicados en el artículo 230.3 II LSC. Por tanto, ambos podrían servir para encauzar el cese del administrador en permanente conflicto. No obstante, en virtud del principio de especialidad, debe prevalecer el cese previsto en el precepto que se encuadra en el nuevo estatuto de deberes de la LSC. Ahora bien, no cabe pasar por alto la vigencia del artículo 224.2 LSC, lo cual obligará a los tribunales a esclarecer el papel que desempeña actualmente este artículo. Adicionalmente, una interpretación conjunta y armónica del artículo 351 LSC con la literalidad del artículo 229.1 f) LSC me permite afirmar que estos *nuevos* conflictos permanentes podrían acarrear el cese del socio-administrador.

XXX

Los remedios generales previstos para toda situación de conflicto de interés son asimismo aplicables a los que revisten carácter permanente. El legislador ha apostado por ampliar notablemente el elenco de los cauces para combatir la deslealtad al introducir en sede societaria la tan ansiada acción de enriquecimiento injusto (art. 227.2 LSC), junto con las acciones de anulación, cesación y remoción de efectos (art. 232 LSC). Estos nuevos mecanismos, junto con las arraigadas vías consistentes en la

impugnación de los acuerdos sociales (arts. 204 y 251 LSC) y en la interposición de la acción de responsabilidad (art. 236 LSC) —robustecida con la nueva acción directa de los socios contra la deslealtad (art. 239.1 LSC)— ayudarán a que cada infracción del deber de lealtad reciba la respuesta que la protección del interés social demande en cada caso. La propia LSC reconoce el carácter compatible de todos estos instrumentos (arts. 227.2 y 232 LSC) a fin de evitar cualquier equívoco al respecto.

XXXI

El interés social de las sociedades anónimas cotizadas no puede entenderse siguiendo las mismas directrices empleadas en el campo de las sociedades no cotizadas. Dada la estrecha vinculación existente entre las compañías cotizadas y el mercado —integrado no solo por los inversores, sino también por los *stakeholders* o titulares de distintos intereses— su interés social se desmarca claramente de la corriente contractualista hacia las ideas basadas en la creación de valor —*shareholder value*—. Como consecuencia de ello, el deber de lealtad y los conflictos de interés de carácter permanente que nacen en el seno de estas sociedades —generalmente integrantes de estructuras grupales— se presentan de forma singular en este ámbito.

La LSC y el CUBG resultan insuficientes para comprender en qué consiste la lealtad de los administradores de las sociedades cotizadas y la forma en la que han de afrontarse los conflictos de interés que surgen en este ámbito. En consecuencia, han sido las propias sociedades cotizadas las que, conscientes de tal insuficiencia, han acometido la labor de concretización de este deber y del procedimiento dirigido a prevenir y controlar dichos conflictos en sus normas internas.

Bibliografía

ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998.

- «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 447-496.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1995.

- «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, Vol. I, 1998, pp. 89-112.
- «Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 16 de diciembre de 2013, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/12/aclaraciones-sobre-el-deber-de-lealtad.html>
- «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 1 de julio de 2014, disponible en:

http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7897.html

- «Los blackeros, los deberes de lealtad y la acción social de responsabilidad», microentrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 15 de octubre de 2014, disponible en: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/10/microentrada-los-blackeros-los-deberes.html>
- «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 155-217.
- «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 325-360.
- «Juega por mí: los deberes de lealtad de los administradores», entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 10 de marzo de 2016, disponible en: <http://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores>
- «Los deberes del trustee y los deberes de los administradores sociales», entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL de 15 de febrero de 2017, disponible en: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/02/los-deberes-del-trustee-y-los-deberes.html>

ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 187-239.

- «Fundación de las sociedades de capital», en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de Sociedades de Capital y de la legislación complementaria* (Dir. EMBID IRUJO, J. M., Coords. FERRANDO VILLALBA, M.ª L., HERNANDO CEBRIÁ, L., MARTÍ MOYA, V.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 37-68.

- 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. 7.605, de 6 de abril de 2011.

- ALONSO UREBA, A., «El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CUBG de 2015», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 27-146.

- ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, 2011, pp. 51-72.

- ÁLVAREZ ARJONA, J. M.ª, CARRASCO PERERA, Á., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Gómez Acebo & Pombo Abogados, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1989.

- AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «Razón de ser de las sociedades personalistas», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998, Vol. I, pp. 149-162.

- ARANBURU URIBARRI, E., «Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, pp. 29-41.

- ARROYO MARTÍNEZ, I., «Art. 133. Responsabilidad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1.516-1.554.
- BAHAR, R., THÉVENOZ, L., *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Market*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2007.
- BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- BLACK, B. S., «The core fiduciary duties of outside directors», *Asia Business Law Review*, núm. 3-16, 2001, pp. 3-16.
- BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 241-280.
- BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, pp. 455-472.
- BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 127, 1995, pp. 1.007-1.048.
- BRUNER, C. M., «Good Faith, State of Mind and the Outer Boundaries of Director liability in Corporate Law», *Wake Forest Law Review*, Vol. 41, 2006, pp. 1.131-1.189.
- BUSTO LAGO, J. M., «Acciones personales del “Verus Dominus” frente al “Tradens a non domino” en supuestos de irrevindicabilidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2015, pp. 29-51.

- CARLOS BELTRÁN, L., «Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 201, 1991, pp. 489-503.
- COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el artículo 52 LSRL)*, (Dir. VICENT CHULIÁ, F.), Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CRESPO ESPERT, J. L., CRECENTE ROMERO, F., MIR FERNÁNDEZ, C., «Gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas desde la perspectiva de la economía financiera», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 247-318.
- CURTO POLO, M., «Artículo 190. Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.350-1.355.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ., M.^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson–Civitas, Madrid, 2004.
- DE EIZAGUIRRE, J. M.^a, *Derecho de Sociedades*, Civitas, Madrid, 2001.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- DÍAZ MORENO, A., *La business judgment rule en el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Sociedades de Capital*, 2014, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>

- *La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*, 2014, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>.

DÍAZ RUIZ, E., «La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 581-611.

DÍEZ PICAZO, L., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

EISENBERG, M. A., «The duty of Good Faith in Corporate Law», *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, núm. 1, 2005, pp. 1-75.

EMBID IRUJO, J. M., «El contrato de constitución del grupo en el derecho español», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 15, 2000, pp. 57-78.

- «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, pp. 2.379-2.416.
- «Artículo 52. Conflicto de intereses», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 663-675.
- «Artículo 65. Prohibición de competencia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 779-807.
- «Los grupos de sociedades en el Código Unificado de Gobierno Corporativo», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 5, 2009, pp. 9-22.

- *Ley alemana de sociedades anónimas*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
 - «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, pp. 25-52.
 - *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Comares, Granada, 2013.
 - «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, 2013, pp. 53-67.
 - «La codificación del Gobierno Corporativo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 2015, pp. 11-42.
 - «La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 27-58.
 - «La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 105-133.
 - «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 300, 2016, pp. 301-320.
- EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter. Deberes de lealtad», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1.427-1.445.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21, 2003, pp. 149-164.

- «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 281, 2011, pp. 13-45.
- «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 294-295.
- «El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 137-158.

ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratando de la sociedad limitada. Fundación Cultural del Notariado*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Madrid, 1997, pp. 689-772.

- «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas* (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 137-212.
- «La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el derecho comparado», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 727-768.
- «La administración de las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, pp. 149-170.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2001.

- «Artículo 132.2 LSA 1989 y cese de administradores designados por la minoría debido a la existencia de un «conflicto de interés estructural y permanente. [Sentencia del JM núm. 1 de Bilbao, de 9 de julio de 2010 (ACS V. IBERDROLA)]», *Diario la Ley*, núm. 7.696, de 9 de julio de 2011.
- FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977.
- «Pactos parasociales», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Vol. III, 1995, p. 4.712.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- FERRERO MUÑOZ, J., «La prohibición de competencia de los administradores societarios en el supuesto de grupos de sociedades. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 11 de abril de 2008», en 2010. *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, LA LEY, Madrid, 2010, versión electrónica disponible en laleydigital (12176/2011).
- FLEISCHER, H., «La business judgement rule a la luz de la comparación jurídica y de economía del Derecho», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002, pp. 1.727-1.754.
- FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, pp. 71-107.

FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2007.

- «El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores (Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007, pp. 351-369.
- «Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 30, 2008, pp. 401-419.

GALEOTE MUÑOZ, M.ª P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

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

- «Algunas cuestiones en torno a la prohibición de competencia de los administradores de la sociedad limitada (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [sección 28ª] de 24 de enero de 2014)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 294, 2014, pp. 643-670.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 991-1.028.

- «Artículo 223. Cese de los administradores», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.584-1.589.

- «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dirs. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.589-1.607.
- GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 159-187.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 31, 2013, pp. 55-64.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «El reglamento del consejo de administración», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, 2007, pp. 685-700.
- «La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecimos, apdos. 1, 2, 2 y 6 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (navarra), 2016, pp. 931-954.
- GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad», *Publicaciones URÍA MENÉNDEZ*, pp. 10-11, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>
- GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo, Madrid, 1977.

- GARRIDO DE PALMA, V. M., ARANGUREN URRIZA, F. J., «Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 427-465.
- GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, Tecnos, Madrid, 1971.
- GARRIGUES J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed. (corregida, revisada y puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Tomo II, Madrid, 1976.
- GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952.
- *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Responsabilidad civil y gobierno corporativo de la sociedad no cotizada», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 225-243.
- GÓMEZ MENDOZA, M.ª, «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el Derecho de la competencia en la CE», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 209, 1993, pp. 1.641-1.662.
- GONZÁLEZ MENESES, M., «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 2015, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3970-la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de-capital-y-la-funcion-notarial>
- «Los deberes de los administradores en situación de conflicto de intereses», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los*

Administradores, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 541-580.

GRIMALDOS GARCÍA, M.^a I., «La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, 2015, pp. 233-259.

- «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por la infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 307-364.

GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GUERRA MARTÍN, G., «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 272, 2009, pp. 621-648.

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas, Madrid, 2014.

GUTIÉRREZ, I., PADILLA, A. J., «Economía de la competencia», en *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, (Dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1-58.

GUTIÉRREZ URTIAGA, M., SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Deconstructing independent directors», *ECGI - Law Working Paper*, núm. 186, 2012.

- «El mito de los consejeros independientes», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2012.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de las sociedad anónima», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995, pp. 1.705-1.728.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2014.

HERNANDO CEBRÍA, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011, pp. 133-168.

- *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, Bosch, Barcelona, 2013.
- «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la "tercera vía" societaria», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 79-126.
- «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRÍA, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 137-186.

HIERRO ANIBARRO, S., ZABALETA DÍAZ, M., «Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada», en *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (Dir. HIERRO ANIBARRO, S.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 39-79.

IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese el administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- «Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad», *La Ley Mercantil*, núm. 9, 2014.

JOHNSON, S., LA PORTA, R., LÓPEZ DE SILANES, F. y SHLEIFER, A., «Tunneling», *American Economic Review*, Vol. 90, núm. 2, 2000, pp. 22-27.

JUSTE MENCÍA, J., «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1995.

- «La posición del equipo directivo en la estructura de gobierno de la sociedad; la responsabilidad de los Consejeros ejecutivos y miembros de la Alta Dirección», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 1.029-1.054.
- «Artículo 227. Deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 361-375.
- «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 377-393.
- «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 395-412.
- «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 413-425.

- «Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 443-462.
- «Artículo 239. Legitimación de la minoría», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 463-476.
- «La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 141-188.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, 1969, pp. 569-603.

- *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003.

LEÑA FERNÁNDEZ, R. y RUEDA PÉREZ, M. A., *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Comares, Granada, 1997.

LEÓN SANZ, F. J., «Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 498-520.

LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996.

- «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 21-63.
- LÓPEZ DE MENDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- LOWRY, J., «The duty of loyalty of Company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 68, issue 03, 2009, pp. 607-622.
- MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de la Minoría en la Sociedad Anónima Cotizada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- MARTÍ MOYA, V., DEL VAL TALENS, P., «Sociedades Cotizadas (II). Consejo de Administración y Gobierno Corporativo», en *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de Sociedades de Capital y de la legislación complementaria*, (Dir. EMBID IRUJO, J. M., Coords. FERRANDO VILLALBA, M^a L., HERNANDO CEBRIÁ, L., MARTÍ MOYA, V.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 371-391.
- MARTÍN DE VIDALES, M., LÓPEZ-JORRÍN, Á., «El consejo de administración de las sociedades cotizadas», en AA.VV., *La Sociedad Cotizada*, (Coords. VIVES, F., PÉREZ-ARDÁ, J.), Colección GARRIGUES, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 261-306.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Studia Albortiana, Bolonia, 1999.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «La “Companies Act” de 2006 y las singularidades en materia de recomendaciones de gobierno corporativo características del Derecho

inglés relativas al órgano de administración», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1.257-1.287.

MARTÍNEZ SANZ, F., «La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración por infracción del Reglamento del Consejo (art. 251.2 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 839-860.

MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M., «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1.509-1.516.

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

- «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 427-439.

MATEU DE ROS CERESO, R., *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas. La Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley de Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- «Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la ley 3/2009: Accionistas significativos, derechos, políticos y representación proporcional», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 5, 2009, pp. 71-104.

- *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
 - «Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016, pp. 211-255.
 - «Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, pp. 69-102.
- MEGÍAS LÓPEZ, J., *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, LA LEY, Madrid, 2012.
- «Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, 2013, pp. 7-50.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998.
- MORILLAS JARILLO, M.ª J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Biblioteca de Derecho de los Negocios, LA LEY, Madrid, 2002.
- MOSCOW, C., «Director Confidentiality», *Law and Contemporary Problems*, núm. 74, 2011, pp. 197-210.
- MUÑOZ PAREDES, J. M.ª, *La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.
- NAVARRO FRÍAS, I., «Retribuciones internas y externas de los administradores sociales: algunas repercusiones penales de la última modificación de la ley de sociedades de capital», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 141, 2016, pp. 95-120.
- NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

PALÁ LAGUNA, R., «La Comisión de nombramientos y retribuciones. La política de remuneración y el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros (arts. 529 novodecies, 529 quincecies y 541 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 797-838.

PAZ-ARES, C., «Artículos 1.665 a 1.708 CC», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1.299-1.523.

- «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados», en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, pp. 639-658.
- «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003.
- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 4, 2003.
- «La validez de los pactos parasociales», *Diario La Ley*, núm. 7.714, de 13 de octubre de 2011.
- «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 1, 2014.
- *Anatomía del deber de lealtad*, 2014 (texto que reproduce la conferencia dictada por este autor en la reunión anual del Área de Derecho Mercantil de URÍA MENÉNDEZ celebrada el 21 de febrero de 2014). Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>

- PEINADO GRACIA, J. I., «Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 563-590.
- PÉREZ MORIONES, A., *Los Sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- PETTIT LAVALL, M.^a V., «Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012 (Residencial Monte Carmelo, S.A., c. IBERDROLA, S.A.)», *Diario La Ley*, núm. 7882, 2012.
- PICÓ I JUNOY, J., «Artículo 12. Acciones de cesación, retracción y declarativa», en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Coords. ARROYO MARTÍNEZ, I., MIQUEL RODRÍGUEZ, M.), Tecnos, Madrid, 1999, p. 121.
- POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M.), Tomo IV, Civitas, Madrid, 1992.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996.
- «Artículo 12. Acciones de cesación, retracción y declarativa», en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 567-620.
 - *El deber de lealtad de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2016.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los Consejeros», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES&ANDERSEN, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 537-594.

- «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes», en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, (Coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., GARCÍA VILLAVERDE, R., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), McGrawHill, Madrid, 1996, pp. 643-676.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 915-989.

RECALDE CASTELLS, A., «Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia*, 1993, pp. 304-316.

- «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgement Rule*», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 245-275.

RIVAS FERRER, V., «Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.635-1.652.

- «Artículo 230. Prohibición de competencia», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, Á., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1.652-1.659.
 - «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, pp. 73-154.
- ROATH, M., «Corporate Boards in Germany», en *Corporate Boards in Law and Practice. A comparative analysis in Europe*, Oxford, 2013, pp. 253-266.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El administrador oculto», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, 2015, pp. 7-48.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., «Artículo 6», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 67-73.
- ROJO, Á., «El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento», en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, pp. 199-223.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 383-423.
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967.
- RUIZ PERIS, J. I., «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, 1995, pp. 1.447-1.520.

- SÁEZ LACAVE, M.^a I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2009.
- «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012.
 - «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 1, 2016.
- SALELLES CLEMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009,1633)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 81, 2009, pp. 1.361-1.380.
- «La prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (Artículo 229.1 e) LSC)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 2015, pp. 43-66.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Artículos 1094 a 1107», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1.486-1.519.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Privado, Tomo IV, Administradores, Artículos 123 a 143, Madrid, 1994.
- *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002, pp. 1.653-1.725.

- «La competencia entre la sociedad y sus directivos», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 21-44.
- «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 851-913.
- *Los consejeros independientes (análisis de su presencia en el Ibex-35)*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2006, disponible en http://eprints.ucm.es/5495/1/Consejeros_independientesJSC-E-prints1.pdf
- «Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad v interés del grupo», entrada en el Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte, de 10 de enero de 2016, disponible en: <http://jsanchezcalero.com/administradores-de-una-sociedad-filial-deber-de-lealtad-v-interes-del-grupo/>

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R., «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, (Dir. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 129-143.

SÁNCHEZ RUIZ, M., «Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografías, núm. 15, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000.

- «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (art. 229.1 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, pp. 175-216.

SANCHO GARGALLO, I., «Extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 613-632.

SEQUEIRA MARTÍN, A., «Derecho de separación y la exclusión del socio», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, pp. 189-201.

SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.

- «El deber de fidelidad al interés social (art. 127 bis LSA)», en *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles. VII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino*, (Dir. LEÓN SANZ, F. J., Coords. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., PUY FERNÁNDEZ, G.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 221-252.
- «La incorporación de la Business Judgement Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital», *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014.

SHISHIDO, Z., «Conflicts of interest and fiduciary duties in the operation of a joint venture», *39 Hastings Law Journal* 63, 1987, pp. 63-123.

SINGH, S., «Balancing the Interests of Shareholders and Stakeholders through Corporate Governance», en *Rethinking Corporate Governance. From Shareholder*

Value to Stakeholder Value, Wolters Kluwer, Law&Business, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2011.

SITKOFF, R., «The economic structure of fiduciary law», *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, núm. 689, 2011, pp. 1.039-1.049.

SMITH, L., «Deterrence, prophylaxis and punishment in fiduciary obligations», *Journal of Equity*, núm. 7, 2013, pp. 87-104.

- «Fiduciary relationships: ensuring the loyal exercise of judgement on behalf of another», *Law Quarterly Review*, 2014, pp. 608-634.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «Prohibiciones de concurrencia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 413-430.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A, G. DE ENTERRÍA, J., «La sociedad anónima: fundación», en *Curso de Derecho Mercantil*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A.), Tomo I, Madrid, 2006, pp. 827-847.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la ley de Sociedades de Capital. Estudio Legal y Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2013.

- «Equiparación con el administrador de la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC)», en AA.VV., *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, A., ESTEBAN VELASCO, G.), Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 633-659.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Estudios de Derecho Mercantil, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 427-463.
- VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011, pp. 19-43.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., «Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL», *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografías, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la Legislación Mercantil», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, 2015, pp. 7-62.
- YANES YANES, P., «La votación separada por asuntos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 299, 2016, pp. 33-80.

Índice de jurisprudencia

Sentencias y Autos del Tribunal Supremo

STS de 24 de febrero de 1902

STS de 28 de junio de 1982 (RJ 1982\3445)

STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\2674)

STS de 7 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6215)

STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991\1512)

STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991\1600)

STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\2201)

STS de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992\1204)

STS de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993\3803)

STS de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993\3809)

STS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994\2523)

STS de 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10111)

STS de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995\8349)

STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7933)

STS de 21 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8095)

STS de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6545)

STS de 19 de febrero de 1999 (RJ 1999\1055)

STS de 6 de marzo de 2000 (RJ 2000\1205)

STS de 12 de julio de 2000 (RJ 2000\6686)

STS de 28 de febrero de 2003 (RJ 2003\2723)

STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004\1565)

STS de 7 de junio de 2004 (RJ 2004\3987)
STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004\384)
STS de 1 de junio de 2005 (RJ 2005\6294)
STS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7733)
STS de 3 de enero de 2006 (RJ 2006\258)
STS de 26 enero de 2006 (RJ 2006\454)
STS de 4 de junio de 2007 (RJ 2007\5554)
STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008\3221)
STS de 2 de julio de 2008 (RJ 2008\427)
STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009\14)
STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009\2794)
STS de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012\759)
STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498)
STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3521)
STS de 17 de enero de 2012 (RJ 2012\1981)
STS de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9007)
STS de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2013\1605)
STS de 17 de noviembre de 2012 (RJ 2012\1498)
STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\2405)
STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013\915)
STS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1255)
STS de 8 de abril de 2013 (RJ 2013\4597)
STS de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013\3707)
STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4632)
Auto del TS de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014\246014)
STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5044)
STS de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459)
STS de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5440)
STS de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016\635)
STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017\396)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP de Córdoba de 27 de enero de 1997 (AC 1997\94)
SAP de A Coruña de 25 de abril de 2003 (JUR 2003\228618)
SAP de Madrid de 23 febrero de 2004 (JUR 2004\249974)
SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (JUR 2006\85907)
SAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2007 (AC 2007\12)
SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (LA LEY 246567/2010)
SAP de Las Palmas de 25 de marzo de 2011 (JUR\2011\342457)
SAP de Madrid de 14 julio de 2011 (JUR\2011\308864)
SAP de Málaga de 15 de noviembre de 2011 (JUR 2012\205019)
SAP de Bizkaia de 20 enero de 2012 (AC 2012\288)
SAP de Girona de 28 febrero de 2012 (JUR\2012\154328)
SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012 (AC 2012\1716)
SAP de Madrid de 16 noviembre 2012 (JUR 2013\5173)
SAP de Madrid de 24 de enero de 2014 (JUR 2014\56608)
SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014\84890)
SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2014 (JUR 2014\283569)
SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2015\10886)
SAP de Asturias de 15 de mayo de 2015 (LA LEY 61299/2015)
SAP de Las Palmas de 9 septiembre de 2015 (JUR 2016\6822)
SAP de Barcelona de 31 de marzo de 2016 (JUR 2016\130508)
SAP de Bizkaia de 19 de julio de 2016 (JUR 2016\259284)
SAP de Madrid de 6 de febrero de 2017 (ROJ 1695/2017)

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Navarra de 19 de febrero de 2003 (RJ 2003/4446)

Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

SJPI de Logroño, de 11 de septiembre de 2013 (JUR 2013\129448)

Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

SJM de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007 (AC 2008\369)
SJM de Palma de Mallorca de 5 de diciembre de 2007 (AC 2008\361)
SJM de Málaga de 11 de abril de 2008 (JUR 2008\171229)
SJM de Bilbao de 26 de enero de 2011 (JUR 2011\47776)
SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (AC 2013\2043)
SJM de Oviedo de 9 de enero de 2014 (JUR 2015\102597)
SJM de Santander de 20 de octubre de 2014 (AC 2014\1821)
SJM de Bilbao de 2 de diciembre de 2015 (JUR\2016\63492)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 5 de noviembre de 1965
RDGRN de 5 de julio de 1982 (RJ 1982\4675)
RDGRN de 16 de septiembre de 1983 (RJ 1983\7016)
RDGRN de 26 de octubre de 1989 (RJ 1989\7050)
RDGRN de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999\2189)
RDGRN de 3 de agosto de 2016 (RJ 2016\4270)

Normas internas de sociedades anónimas cotizadas citadas

DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A., Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 26 de julio de 2016).

GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A., Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 4 de abril de 2017).

- Reglamento Interno de Conducta en el Ámbito de los Mercados de Valores de GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A. y su grupo de sociedades (texto aprobado el 19 de septiembre de 2016).

IBERDROLA, S.A., Estatutos Sociales (texto aprobado el 31 de marzo de 2017).

- Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 21 de febrero de 2017).
- Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con consejeros, accionistas significativos y altos directivos (texto aprobado el 25 de marzo de 2015).

INDRA SISTEMAS, S.A., Reglamento del Consejo de Administración y de sus Comisiones (texto aprobado en junio de 2016).

INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A., Reglamento del Consejo de Administración (texto probado el 14 de junio de 2016).

- Texto Refundido del Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores de INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL, S.A. (texto aprobado el 19 de julio de 2016).

NH HOTEL GROUP, S.A., Estatutos Sociales (texto aprobado el 11 de diciembre de 2015).

- Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 21 de junio de 2016).
- Procedimiento para conflictos de interés y operaciones vinculadas con accionistas significativos, consejeros y dirección de NH HOTELES, S.A. (texto aprobado el 26 de marzo de 2014).

REPSOL, S.A., Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 27 de julio de 2016).

TELEFÓNICA, S.A., Reglamento del Consejo de Administración (texto aprobado el 25 de noviembre de 2015).

Informes y otros documentos

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

Anteproyecto de la Ley de Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.

ANTÓN, M., AZAR, J., y GINÉ, M., *El rentable juego de las participaciones cruzadas*, artículo publicado en el periódico EL PAÍS (Secc. NEGOCIOS), domingo 28 de mayo de 2017, p. 21.

Código Conthe (CONTHE, M., Dir.), informe del grupo especial de trabajo de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006.

Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Code AFEP/MEDEF (versión de noviembre de 2016).

Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, Comisión Nacional del Mercado de Valores (febrero de 2015).

COMISIÓN EUROPEA, Notificación de 30 de enero de 2008 con arreglo al artículo 4 del Reglamento del Consejo (CEE) nº 139/2004 (DO L 24, 29.1.2004, p. 1), Asunto nº COMP/M.5038- TELEFÓNICA/TURMED/RUMBO.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), Diario Oficial núm. C 372 de 09/12/1997, pp. 0005–0013.

Deutscher Corporate Governance Kodex (versión de 5 de mayo de 2015).

Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo).

EUROPEAN COMMISSION - Fact Sheet. Shareholders' Rights Directive Q&A. Brussels, 14 March 2017: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-17-592_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-592_en.htm)

GERNER-BEUERLE, CARSTEN, PAECH, PHILIPP and SCHUSTER, EDMUND-PHILIPP, *Study on directors' duties and liability*, LSE Enterprise Limited, London, UK, 2013: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf

Informe Aldama (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 de 8 de enero de 2003.

Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de diciembre de 2001, expediente de concentración económica C68/01, Grupo CORREO/PRENSA ESPAÑOLA.

Informe Olivencia (OLIVENCIA RUIZ, M., Presidente), informe elaborado por la comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades a petición del gobierno español de 26 de febrero de 1998.

Note de Synthèse de la Commission Déontologie de L'IFA. Administrateurs et conflits d'intérêts (noviembre de 2010).

Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013.

Proyecto 121/000137, por el que se modifican la Ley 24/1988, de 28 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 (BOCG, núm. 137-1, de 28 de marzo de 2003).

UK Corporate Govenance Code, Financial Reporting Council (FRC) (version de abril de 2016).