UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

APROXIMACION AL ESTUDIO DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES

TESIS DOCTORAL

VICENÇ RIBAS FERRER
2004

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades

Vicenç Ribas Ferrer

Tesis doctoral que presenta VICENÇ RIBAS FERRER, bajo la dirección del Doctor D. LUIS JAVIER CORTES DOMINGUEZ, para la colación del Grado de Doctor.

SUMARIO

Índice analítico iii

Abreviaturas. Publicaciones periódicas y otras referencias bibliográficas ix

Introducción 1

Primera parte
Metodología y Derecho comparado

Capítulo primero. Planteamiento metodológico 15

I. ANÁLISIS ECONOMICO CONTRACTUAL
II. ANÁLISIS JURÍDICO DOGMATICO

Capítulo segundo. Enfoques comparados 101

I. MODELOS DE NUESTRO ENTORNO
II. ORDENAMIENTOS CONTINENTALES
III. ORDENAMIENTOS ANGLOSAJONES

Segunda parte
Parte general: El deber de lealtad

Capítulo tercero. Aproximación tipológica a la relación gestora 213

I. CARACTERIZACION DE LA RELACION DE GESTION
II. FIGURAS GESTORAS TIPICAS

Capítulo cuarto. El deber de lealtad 293

I. CONFIGURACION SISTEMATICA
II. CONTENIDO, AMBITO DE APLICACIÓN Y EXTENSIÓN
III. ESPECIALIDADES DEL DEBER EN EL MERCADO DE VALORES

Tercera parte
Parte especial: El deber de lealtad del administrador

Capítulo quinto. Supuesto y aplicación del deber 375

I. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO
II. CARACTER Y APLICACIÓN DE DEBER

Capítulo sexto. Sanciones derivadas del incumplimiento del deber 487

1. Introducción
2. Consecuencias relativas a la validez y eficacia del acuerdo autorizante
3. Consecuencias patrimoniales relativas a la responsabilidad civil
4. Consecuencias patrimoniales relativas a la obligación de restitución
5. Consecuencias negociales relativas a la contratación interesada
6. Consecuencias penales para el interesado

Conclusiones 569

Bibliografía 589

Documentación 611

Informes y propuestas más citadas 615

Tabla de sentencias y resoluciones 617

Tabla de materias 619

INDICE ANALITICO

Introducción

1. Planteamiento

a) El riesgo de conflicto de intereses en la relación gestora 1

b) La protección jurídica que el ordenamiento concede al principal 1

c) La construcción del deber de lealtad en nuestra doctrina. Justificación del estudio 4

2. Exigencias sistemáticas y contenido del estudio

a) Justificación de la parte general 8

b) El deber de lealtad del administrador 10

c) Tratamiento metodológico 12

Primera parte
Metodología y Derecho comparado
Cap. 1º.
Planteamiento metodológico

I. ANÁLISIS ECONOMICO Y CONTRACTUAL

1. El análisis económico del Derecho

a) Introducción 15
Planteamiento – Enfoques – Economía normativa

b) El criterio de eficiencia 17
La idea maximizadora – Eficiencia según Pareto – Eficiencia según Coase – Eficiencia según Posner

c) Función del Derecho de la contratación 20
Marco institucional – Derecho dispositivo – Integración: voluntad hipotética – Externalidades – Costes asimétricos – Oportunismo y regulación

d) Función del Derecho de sociedades 24
Naturaleza contractual de la sociedad – Función del Derecho de sociedades – Carácter dispositivo del Derecho de sociedades

e) Límites metodológicos y de orden jurídico-político 25
Reduccionismo metodológico – Principio de legalidad – Valor normativo de la eficiencia – Derecho dispositivo – Contrato hipotético

2. Las conductas oportunistas en las relaciones gestoras

a) Origen del conflicto. Las conductas oportunistas 31
Especialización y confianza – Noción de oportunismo – Costes de control

b) Los costes de agencia 33
Relación de agencia – Coste de agencia

c) El conflicto en los supuestos de separación entre la propiedad y el control 35
Planteamiento – Separación eficiente: especialización – Necesidad de control

3. Medios contractuales dirigidos a limitar el conflicto de intereses

a) El control externo del mercado de valores en la sociedad abierta 38
Hipótesis del mercado eficiente – Incorporación de la información en el precio – Valoración por profesionales – Margen de error

b) La presión de los mercados específicos 41
Mercado de productos y servicios – Mercado laboral – Mercado de control

c) Los deberes de lealtad 44
Planteamiento – Origen contractual – Función integradora – Medio de integración: la voluntad hipotética

II. ANÁLISIS JURÍDICO DOGMATICO

1. Los medios generales de control de la gestión

a) El control de la gestión en la sociedad cerrada 48
Introducción – Caracterización – Control orgánico y por los socios – Acuerdos societarios y pactos contractuales – Relaciones personales

b) El control de la gestión en la sociedad abierta: la "*corporate governance*" 52
Corporate governance – *Principles of corporate governance* – Informes españoles – Códigos de buen gobierno – Deberes y códigos de conducta

c) Los medios de control de la gestión en la sociedad abierta 62
Planteamiento – Delegación – Deber de vigilancia – Deber de estar informado – Derecho de información – Administradores independientes – Comisiones especiales

2. El medio jurídico de control de las conductas interesadas: el deber de lealtad. Configuración principial del deber

a) Introducción 78
Hipótesis de trabajo – Propuesta de ordenación general – Reconstrucción normativa
b) Reconstrucción del deber a través de la integración analógica 82
El recurso analógico – Analogía *legis*: función – Límites a la analogía *legis* – Analogía *iuris* – Reconocimiento jurisprudencial
c) La reconstrucción principial del deber 86
Planteamiento – Unidad del sistema – Carácter abierto del sistema – Naturaleza gestora del deber – Funciones informadora e integradora – Eficacia del principio – Principio en forma de norma jurídica
d) Aproximación tipológica 94
Modo de operar: concreción – Subprincipios – Reconstrucción tipológico – Pensamiento tipológico y naturaleza de la cosa – Caracterización del tipo

Cap. 2º.
Enfoques comparados

I. MODELOS DE NUESTRO ENTORNO
Contraste de modelos – Regulación principial – Regulación por categorías – Tipos de conflictos – Dos sistemas – Derecho comunitario 101

II. ORDENAMIENTOS CONTINENTALES
1. Francia
a) Introducción 105
Planteamiento – Reconocimiento de la lealtad – Función de la lealtad
b) Operaciones prohibidas: las relaciones financieras y laborales 108
Régimen
c) Operaciones sujetas a control: ámbito de aplicación 110
Ambito subjetivo – Ambito objetivo
d) Operaciones sujetas a control: procedimiento 113
Deber de *disclosure* – Autorización – Comunicación del contrato autorizado – Informe de los auditores – Acuerdo de la junta
e) Operaciones sujetas a control: sanciones por su incumplimiento 118
Anulabilidad del negocio – Responsabilidad del administrador
2. Bélgica
a) Introducción 121
Evolución – Ambito – Régimen
b) Ambito de aplicación 122
Introducción – Delimitación del conflicto – Conflicto indirecto – Ambito objetivo – Operaciones corrientes – Operaciones intragrupo
c) Procedimiento 127
Deber de *disclosure* – Autorización y abstención – Situaciones de bloqueo – Informe de gestión – Informe de auditor
d) Sanción 129
Introducción – Responsabilidad – Anulabilidad
3. Italia
a) Introducción 132
Nota histórica – Evolución – Deber de lealtad – Reforma reciente
b) Ambito de aplicación 136
Administrador interesado – Ambito objetivo
c) Procedimiento 139
Deber de *disclosure* – Autorización – Abstención – Intervención de la junta
d) Sanción 141
Responsabilidad – Impugnación del acuerdo
e) Aspecto externo del conflicto 145
Inoponibilidad – Disciplina de la representación – Prohibición de actuar en conflicto
f) Supuestos especiales 148
Competencia – Uso de información y oportunidades
4. Alemania
a) El deber de lealtad 151
Introducción – Determinación del deber
b) Prohibición de competencia 154
Introducción – Ambito de aplicación – Autorización – Sanción
c) Concesión de créditos a los miembros de la Dirección 157
Introducción – Ambito de aplicación – Autorización – Sanción

d) Contratación 160
Introducción – Ambito de aplicación – Ejercicio del poder y delegación – Sanción

III. ORDENAMIENTOS ANGLOSAJONES

1. Los deberes fiduciarios

a) *Fiduciary relationship* y *agency relationship* 163
Relación fiduciaria – El *trust* – La *agency relationship* – Diferencias

b) El administrador como fiduciario. Los deberes fiduciarios 167
Controversia – Deberes aplicables – Evolución

c) Contenido del deber de lealtad 169
Deber de lealtad – *No conflict rule* – Deber de *disclosure* – *Secret profits*

d) Aplicación del deber 173
Prohibición absoluta – Prohibición relativa – Estándares – Acción de responsabilidad – Acción de enriquecimiento – Acumulación de acciones

2. Reino Unido

a) Introducción 177
Planteamiento – Reforma – Propuesta de codificación – *Common law* – Derecho positivo – Flexibilidad

b) Cuestiones generales sobre la contratación 180
Prohibición absoluta – Prohibición relativa – Deber legal de *disclosure* – Disponibilidad – Reforma – Sanciones

c) Los contratos regulados 183
Compensaciones por cese – Contratos de servicios – Transferencias de activos

d) Especialidades de los créditos y garantías 185
Introducción – Prohibición – Excepciones – Sanciones

e) Oportunidades, comisiones y competencia 186
Introducción – Oportunidades societarias – *Leading case* – Ambito de aplicación – Sanciones – Propuestas de reforma – Comisiones – Competencia

3. Estados Unidos

a) Introducción. La contratación interesada 190
Planteamiento – Prohibición absoluta – Evolución

b) Aproximación al modelo actual 191
Planteamiento – La *Model Act*

c) Propuestas recientes 194
Planteamiento – Intervención administrativa – Autorización – *Business judgment rule* – *Fairness* – Deber esencial de *disclosure*

d) Referencia a la regulación de los créditos a los administradores 202
Evolución – Regulación estatal

e) La doctrina de las oportunidades societarias 203
Introducción – *Interest test* – *Line of business* – *Fairness test* – Exenciones y defensas – Propuestas doctrinales – Propuesta del *Corporate Director's Guidebook* – Propuestas de los *Principles*

Segunda parte
El deber de lealtad. Parte general
Cap. 3º.
Aproximación tipológica a la relación gestora

I. CARACTERIZACION DE LA RELACION DE GESTION

1. La relación gestora y sus elementos estructurales

a) El fenómeno de la lealtad desde distintas aproximaciones 213
Lealtad contractual – Lealtad en las relaciones de confianza – Relaciones de tracto sucesivo – Relaciones de cooperación – Deber genérico de fidelidad

b) La gestión como categoría dogmática 217
Convenciones terminológicas – Heterogeneidad normativa – Servicios en interés de otro – Noción de relación de gestión – Carácter de la relación gestora

c) Los sujetos de la relación 222
Principal y gestor – Intervención de terceros

d) El objeto de la relación gestora 223
Caracterización de la prestación – Tipología

e) El objeto de la prestación 228
Noción amplia de gestión – Noción estricta de gestión

2. Causa y función económica de la relación gestora

a) Introducción 234
Planteamiento – Función económica

b) La actuación por cuenta ajena 235
Colaboración en la prestación de servicios – La sustitución jurídica – La legitimación
c) La actuación en interés ajeno 237
Potestades – Círculo de intereses gestores – Titularidad, fines y medios – Efectos gestores – Actuación promotora del gestor – Fundamento del deber de lealtad

II. FIGURAS GESTORAS TIPICAS
1. Introducción
a) Figuras afines a la gestión 244
Planteamiento – Relaciones de colaboración – Prestación de servicios en interés ajeno – *Agency* y *fiduciary relationship*
b) Figuras típicamente gestoras: gestión representativa y orgánica 247
Gestión representativa y orgánica – Gestión prestada por empresa
2. La gestión representativa
a) Relación de especialidad entre gestión y representación 250
La moderna doctrina de la representación – Criterios de aproximación entre ambas figuras
b) Tipos gestores normativos 258
El mandato – La comisión y el factor mercantil
c) Figuras mixtas: gestoras y no gestoras 266
La agencia – La gestión de negocios sin mandato – La fiducia
3. La gestión orgánica
a) Caracterización de la administración de sociedades 273
La teoría de la representación – Administración y mandato – Aspecto orgánico de la administración – Aspecto interno y externo
b) Naturaleza gestora de la relación jurídica de administración de sociedades 284
La relación jurídica de administración – Relación entre administración de sociedades y gestión

Cap. 4º
El deber de lealtad

I. CONFIGURACION SISTEMATICA
1. La fuente normativa del deber: la buena fe
a) La fundamentación de los deberes de conducta a través de la buena fe y la diligencia 293
Planteamiento – Cláusula general – Sentido objetivo – Fuente de deberes de conducta – Función normativa e integradora
b) Construcción del deber de lealtad 298
Lealtad, subprincipio de la buena fe – Concepto determinado por la función
2. El deber de diligencia del gestor. Relación entre diligencia y lealtad
a) Aproximación al modelo de diligencia del gestor 301
Modelos de diligencia – Aplicación a la relación gestora – El deber general de diligencia del administrador
b) La distinción entre cuidado y lealtad. La diligencia en sentido estricto 306
Planteamiento – Distinción entre cuidado y lealtad – La diligencia del ordenado empresario

II. CONTENIDO, AMBITO DE APLICACIÓN Y EXTENSION
1. Justificación del deber y ámbito de aplicación
a) Función del deber de lealtad 314
El conflicto en la cooperación jurídica – Autonomía jurídica y discrecionalidad – Riesgo de lesión de los intereses del principal – Tutela del interés ajeno en caso de conflicto – La remisión tipológica al representante
b) Definición y contenido del deber 320
Definición del deber – Prohibición de actuar en conflicto – Interdicción de beneficios o ventajas – Deber de *disclosure*
c) Ambito y reconocimiento del deber 327
Aplicación en el Derecho privado – Reconocimiento del deber en la gestión representativa – Reconocimiento del deber en la gestión orgánica
2. Extensión del deber
a) Aplicación del deber a relaciones afines a las gestoras 335
Aplicación analógica: gestión material – Los contratos de distribución
b) Referencia al deber de lealtad del socio 339
Fundamento contractual – Fundamento en la posición relevante del socio

III. ESPECIALIDADES DEL DEBER EN EL MERCADO DE VALORES
a) Planteamiento 352

b) Principios aplicables 355
Disclosure – Confidencialidad – Prohibición de uso de información privilegiada – Subordinación de intereses – Paridad de trato – Prevención
c) Mecanismos preventivos concretos 361
Reglamentos internos – Murallas chinas
d) Regulación de la autocontratación 365
Planteamiento – Operaciones formuladas públicamente – Operaciones no formuladas públicamente – Sanciones
e) Deberes de transparencia 369
Deber de informar al mercado – Operaciones vinculadas – Conflictos de los administradores – Información complementaria

Tercera parte
El deber de lealtad del administrador
Cap. 5º
Supuesto y aplicación del deber

I. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO
1. El conflicto de intereses
a) Elementos caracterizadores del conflicto 375
Introducción – Colisión y oposición de intereses – Conflicto aparente, hipotético o potencial – Conflicto potencial y actual (afectación de intereses más riesgo actual) – Noción de conflicto
b) Elementos eventuales del conflicto 381
Convergencia y lesión de intereses – Conocimiento, negligencia e intencionalidad
c) Delimitación negativa 386
Introducción – Liberalidades puras – El cumplimiento de una obligación – Contenido contractual determinado – Regla *de minimis*
d) Tipología conflictual 392
Conflicto permanente u ocasional – Conflicto económico y posicional – Conflictos relativos a actos y negocios y a situaciones de hecho – Conflicto en interés propio y ajeno – Conflicto directo e indirecto o mediato
2. Ambito subjetivo y objeto de protección
a) Ambito subjetivo 397
Sujeto activo y titular del interés protegido – El sujeto pasivo del deber
b) Determinación del interés indirecto 400
Planteamiento – Vinculaciones funcionales – Vinculaciones de doble gestión – Vinculaciones de gestión oculta / Persona interpuesta – Vinculaciones familiares – Vinculaciones de control societario – Vinculaciones económicas –Vinculaciones del administrador persona jurídica
c) Presupuesto objetivo del deber y objeto de protección 409
Introducción – Aproximaciones al interés social – Objeto material: la esfera jurídico patrimonial y de intereses del principal
3. Supuestos típicos de conflictos de intereses
a) Uso de información 416
Deber de reserva – Supuestos
b) Competencia 418
Planteamiento – Supuestos – Delimitación
c) Aprovechamiento de oportunidades 422
Planteamiento – Objeto – Supuestos – Delimitación con la competencia
d) Uso de bienes 426
Planteamiento – Supuestos
e) Contratación 428
Caracterización del supuesto – Autocontratación – Simple contratación – Reconocimiento legal

II. CARACTER Y APLICACIÓN DE DEBER
1. Carácter del deber de lealtad del administrador
a) Especialidades de la administración societaria 438
La estructura organizativa societaria – Autonomía y discrecionalidad del administrador – Posición oportunista del administrador
b) Códigos de conducta *versus* regulación legal 440
Eficacia jurídica – Definición y aplicación – Integración – Regulación necesaria – Función de los códigos
c) Carácter imperativo 447
Relación gestora societaria – Afirmación de los principios éticos – Contenido imperativo – Visión institucional – Visión contractual – Regulación reciente

d) Carácter preventivo 455
Modelo no preventivo – Modelo preventivo absoluto – Modelos híbridos – Modelo de prohibición relativa – Naturaleza del negocio – Carácter prohibitivo del deber – Límite al poder

2. Aplicación del deber: autorización y ratificación de las conductas conflictuales

a) Planteamiento 462
Reconocimiento – Fundamento – Órgano competente – Requisitos – Reglamentos internos

b) Aplicación del deber de *disclosure* 470
Reconocimiento – Órgano receptor – Momento – Información relevante – Comunicación a la junta

c) Procedimiento de autorización 475
Aprobación por el Consejo de administración – Aprobación por la Junta general – Efectos de la autorización – Especialidades de la ratificación

d) El deber de abstención de votar 481
Prohibición dirigida al administrador en el consejo – Prohibición dirigida al socio en la junta

Cap. 6º
Sanciones derivadas del incumplimiento del deber

1. Introducción

a) Planteamiento 487
Ausencia de autorización regular – Ausencia de justificación – Tipos de sanciones

b) Consecuencias funcionales: la revocación del cargo 489
Introducción – Régimen previsto en la LSA – Régimen previsto en la LSRL

2. Consecuencias relativas a la validez y eficacia del acuerdo autorizante

a) Efectos del conflicto respecto del acuerdo del Consejo de Administración 495
Nulidad del voto emitido – Nulidad del acuerdo

b) Efectos del conflicto respecto del acuerdo de la Junta general 498
Nulidad del voto emitido – Nulidad del acuerdo

3. Consecuencias patrimoniales relativas a la responsabilidad civil

a) Introducción 502
Planteamiento – Acciones

b) Presupuestos 504
Comportamiento imputable – Antijuricidad, autorización y exoneración – Causas legales de exoneración – Daño a la sociedad

c) Pactos de indemnización y seguro de responsabilidad civil 512
Introducción – Carácter imperativo del régimen – Compensación por gastos – Seguro de responsabilidad civil

4. Consecuencias patrimoniales relativas a la obligación de restitución

a) Planteamiento 517
Introducción – Función de la acción

b) Supuestos de aplicación legalmente reconocidos 519
Uso de bienes sociales – Actos de doble gestión (comisiones) – Actos de competencia – Otros supuestos

c) Presupuestos de aplicación 525
Enriquecimiento del administrador – Empobrecimiento del actor – Ausencia de causa

5. Consecuencias negociales relativas a la eficacia de la contratación interesada

a) Planteamiento. Reglas aplicables a los administradores con poder de representación 529
Conductas no autorizables – Conductas autorizables – La interdicción de la autocontratación como marco de referencia normativo

b) Sanción por autocontratación no autorizada 534
Planteamiento – Nulidad absoluta – Anulabilidad – Ineficacia relativa del negocio – Efectos ante terceros de buena fe – Aplicación de la regla de la gestión más ventajosa – Inaplicación de la regla del aprovechamiento por el principal de las ventajas de la gestión oficiosa

c) Régimen aplicable a los negocios celebrados por la sociedad con los administradores sin poder de representación 550
Planteamiento – Sanción por extralimitación del representante

6. Consecuencias penales para el interesado

a) Introducción 553

b) Caracterización del delito de administración desleal 556
Bien jurídicamente protegido – Sujeto pasivo y activo – Modalidades comisivas. Delito de lesión – El tipo subjetivo. El dolo – Ejemplos

c) Relación entre el tipo de administración desleal y el de apropiación indebida 564
Introducción – El concurso aparente de normas

ABREVIATURAS
PUBLICACIONES PERIÓDICAS Y OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AAMN	– Anales de la Academia Matritense y del Notariado
AC	– Actualidad Civil
ADC	– Anuario de Derecho Civil
Am. Econ. Rev.	– The American Economic Review
BICA Valladolid	– Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Valladolid
BIM	– Boletín de Información Mercantil
BLR	– Business Law Review
Boston Coll. LR	– Boston College Law Review
Bus. Law.	– The Business Lawyer
Cal. LR	– California Law Review
Cam. LJ	– Cambridge Law Journal
Cardozo LR	– Cardozo Law Review
CCJC	– Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDCom.	– Cuadernos de Derecho y Comercio
Co Law	– Company Lawyer
Colum. LR	– Columbia Law Review
DN	– Derecho de los Negocios
EJB	– Enciclopedia Jurídica Básica
Fordham LR	– Fordham Law Review
Giur. Comm.	– Giurisprudenza Commerciale
Harv. BR	– Harvard Business Review
Harv. LR	– Harvard Law Review
ICCLR	– International Company and Commercial Law Review
Iowa LR	– Iowa Law Review
J Pol. Econ.	– Journal of Political Economy
J. Legal Stud.	– The Journal of Legal Studies
J.Corp.L	– Journal of Corporation Law
JBL	– Journal of Business Law
JFin.Econ.	– The Journal of Financial Economics
JL& Econ.	– The Journal of Law and Economics
JT	– Journal des Tribunaux
La Ley	– Revista jurídica española. La Ley
Minn. LR	– Minnesota Law Review
MLR	– Modern Law Review
NCL Rev.	– North Caroline Law Review
NEJS	– Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
NY Univ. LR	– New York University Law Review
RCDI	– Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCJ	– Revue Critique de Jurisprudence Belge
RDBB	– Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCBel	– Revue de Droit Commercial Belge
RDM	– Revista de Derecho Mercantil
RDP	– Revista de Derecho Privado
RdS	– Revista de Derecho de Sociedades
Revue des Soc.	– Revue des Sociétés
RGD	– Revista General de Derecho
RGL	– Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R. Int. Not.	– Revista Internacional de Notariado
Riv. Dir. Comm.	– Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Gonerale delle Obbligazioni
Riv. Soc.	– Rivista delle Società
RJA	– Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	– Revista Jurídica de Cataluña
RJN	– Revista Jurídica del Notariado
RPdS	– Revue Pratique des Sociétés
RPJ	– Revista del Poder Judicial
RTDC	– Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique
Stan. LR	– Stanford Law Review
U. Miami LR	– University of Miami Law Review
U. Pitts. LR	– University of Pittsburgh Law Review
UCLA LR	– Ucla Law Review
Vand LR	– Vanderbilt Law Review
Wasch. LR	– Washington Law Review
Yale LJ	– Yale Law Journal

INTRODUCCIÓN

1.
Planteamiento

a) El riesgo de conflicto de intereses en la relación gestora

1. Las relaciones de gestión de asuntos ajenos resultan un medio comúnmente utilizado para el desarrollo de la actividad económico patrimonial en la medida que el gestor puede cumplir eficazmente los fines e iniciativas económicas buscadas por el principal. En ciertos casos, la relación gestora no es sólo el resultado de un encargo originado voluntariamente para ampliar y extender las posibilidades de realizar negocios en distintos lugares y frente a un mayor número de personas, sino una necesidad para desarrollar el objeto y los fines de la persona. Esto es lo que sucede en el ámbito de las personas jurídicas y, en particular, respecto de las sociedades mercantiles en las cuales la relación gestora de administración resulta inexcusable para el desenvolvimiento de su actividad.

2. Por su propia naturaleza, el ejercicio de la actividad gestora está sujeta a una doble condición. En primer lugar, la actividad de sustitución del principal a través de la actuación del gestor por cuenta de otro es consecuencia del otorgamiento de facultades que le autorizan a realizar determinadas conductas sin el concurso inmediato del principal, si bien, la satisfacción del interés del principal frecuentemente requiere otorgar cierta discrecionalidad para el desarrollo de las funciones gestora. En segundo lugar, desde esa posición, en cierto grado autónoma al principal, el gestor puede realizar eventuales actos de oportunismo contrarios a los fines gestores. En estas conductas interesadas los intereses del principal quedan contrapuestos a los del gestor en una situación de conflicto, en la cual los gestores puede utilizar el poder conferido para resolver el conflicto en su propio interés.

3. La situación de riesgo a un eventual conflicto de intereses a la que está expuesta toda relación gestora resulta así, en mayor o menor medida, inherente a la relación gestora en la cual se inserta la administración de sociedades. La relevancia y actualidad de esta situación escapa de la mera atención académica y sitúa el riesgo de aprovechamiento por parte del gestor entre los aspectos objeto de debate tanto en la práctica de la actividad gestora por parte de los propios interesados, gestor y principal, en orden a regular el contenido de su relación, como en la realidad forense, debido a que, con cierta frecuencia, el conflicto se convierte en realidad judicial.

b) La protección jurídica que el ordenamiento concede al principal

4. Este aspecto relativo a la existencia de riesgos de abuso de la posición del gestor en las relaciones gestoras en general y en las de administración de sociedades en particular, ha encontrado tradicionalmente en el Derecho penal, a través de la apropiación indebida (art. 252 CP), un mecanismo que tiende a la protección de determinados intereses del principal. El recurso al tipo penal señalado, aún con la ayuda de otros tipos como la estafa o, recientemente, a través de la administración desleal (art. 295 CP), e incluso el de uso de información privilegiada (art. 285 CP), establecen una protección limitada a los supuestos tipificados y a los fines propios

del Derecho penal.[1]

5. En el ámbito del Derecho civil patrimonial, la preocupación del legislador por la protección al principal se ha caracterizado por tutelar al mandatario de los riesgos de abuso del gestor a través de normas que parcialmente regulan la autocontratación y, señaladamente, a través del artículo 1459.2º CC, en cuyo supuesto se integra la autocompra del mandatario. De su parte, la doctrina de la representación, ausente de la regulación propia de otros países, resulta hoy aún lejos de haber construido un sistema de reglas protector de los intereses de todo representante que tenga un alcance general y suficiente para colmar los vacíos de regulación observados en esta materia.

6. En el ámbito del Derecho de sociedades, en una primera etapa, el legislador optó por la regulación de conflictos singulares en el ámbito de las sociedades personalistas a través del recurso de establecer interdicciones dirigidas al socio, gestor natural de estas formas sociales, tales como la prohibición de competencia (arts. 1683 CC; 136-138 CdC), la aplicación de fondos sociales (arts. 135 y 218.1º CdC) o la realización de operaciones fraudulentas (art. 218.3º CdC). En una segunda etapa, coincidente con la regulación de las sociedades capitalistas mediante leyes especiales, el tratamiento del conflicto se completa a través cláusulas de remisión al representante leal, contemplando el problema desde la perspectiva general de la diligencia del administrador (arts. 79 LSA 1951, 127.1 LSA, 61.1 LSRL). La cláusula general de diligencia del representante leal ha sido desde entonces utilizada para un buen número de disposiciones legales, tales como la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca de 1994 (art. 44 LSGR, por remisión a la LSA es de aplicación el art. 127 LSA), la Ley de Fundaciones de 2002 (art. 17.1 LF) o la reciente Ley Concursal de 2003 (art. 35.1 Ley Concursal).

7. Con la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada se inicia una etapa en la que se establecen diversos supuestos especiales dirigidos a regular casos concretos de deslealtad de los administradores. Ejemplos de ello son las normas que contemplan las prohibición de competencia (art. 12.II LSRL 1953; art. 65 LSRL), la prohibición de prestación de servicios o de obra (art. 67 LSRL) y la de conceder créditos, préstamos, garantías y asistencia financiera y de anticipar fondos (art. 10.1 LSRL). Además, las leyes especiales que establecen el régimen de determinadas personas jurídicas incorporan disposiciones dispersas reguladoras de la contratación, tal como sucede en la Ley de Sociedades cooperativas (art. 42.1 LCoop.) o en la Ley de Fundaciones (art. 28 LF).

8. De otro lado, en el marco del mercado de valores, las exigencias de protección del inversor han guiado al legislador a contemplar un conjunto de normas especiales para la regulación de los conflictos de intereses que pueden producirse en ese preciso mercado.[2] Precisamente en el curso de la discusión y posterior reforma de las normas sobre el mercado de valores es dónde encontramos una nueva tendencia legislativa dirigida a la regulación de los conflictos de interés. En términos cronológicos, el primer impulso se produce con la publicación de la *Ley Financiera* (2002) que reforma las normas de conducta previstas en el Título VII LMV y añade, para las sociedades emisoras, determinadas exigencias de publicidad sobre las operaciones vinculadas (art. 37 *Ley Financiera*, que modifica el art. 35 LMV). Casi al mismo tiempo de la promulgación de la *Ley Financiera*

[1] V. Cap. 6º, sub. 6.
[2] V. Cap. 4, sub. III.

(23/11/2002), se da a conocer el *Informe Aldama* (8/1/2003) cuyo contenido, en buena parte, está dirigido a postular reformas legislativas encaminadas a la determinación de los deberes de lealtad (v. id., sub. III.2.2 y VI.2). El legislador no tarda en advertir las necesidades de reforma contempladas en el *Informe Aldama* (2003) y, recogiendo buena parte de las sugerencias del mismo, presenta el *Proyecto de Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (BOCG-CD de 28 de marzo de 2003). El Proyecto de Ley tiene una rápida tramitación y se convierte en ley formal el 18 de julio de 2003.[3]

9. La *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) significa, en lo que afecta al deber de lealtad, un paso singular en nuestro Derecho de sociedades. Por vez primera, el deber de lealtad es objeto de determinación legal, mediante la incorporación de un conjunto de reglas que acotan algunos conflictos de intereses e introducen ciertos criterios generales. Tal como lo reclamó el *Informe Aldama* (2003), la reforma venía encauzándose en el ámbito de las sociedades cotizadas (no hay más que ver el título de la propia ley "de transparencia de las sociedades cotizadas"), si bien el legislador aprovechó la oportunidad de extender los deberes de lealtad a todas las sociedades anónimas (art.127 ter LSA).

10. En fin, en ese impulso renovador no cabe duda que también ha tenido una influencia destacada la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002). Aun cuando la misma no ha sido, por el momento, objeto de tramitación parlamentaria, no deja de ser significativo que en la Parte General de la misma se postulara la determinación normativa del deber de lealtad dirigida a regular, en iguales términos, los conflictos de intereses entre administradores y sociedades de todas las formas societarias mercantiles (Libro I. Sub. VIII.I., arts. 121 a 127 de la *Propuesta de Código de Sociedades*). Ese mismo contenido ha sido recogido, prácticamente en su totalidad, para ser el hoy vigente régimen del conflicto de intereses en el ámbito limitado de la sociedad anónima.[4]

11. De esta breve exposición se sigue que nuestro ordenamiento es ajeno a una formulación del deber de lealtad que explique su función y contenido, y ordene sistemáticamente el conjunto de normas que, desde distintos ámbitos, regulan cuestiones relativas al conflicto de intereses entre el gestor y su principal.

12. Esta reflexión se despliega respecto de un doble orden de cuestiones. De un lado, ni el Derecho de las obligaciones y contratos, ni el Derecho de sociedades han contemplado una regulación general del deber de lealtad, a diferencia de lo postulado por la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) en el marco del Derecho de sociedades. La impronta reguladora, ya sea a través de cláusula general, ya sea mediante normas que disciplinan supuestos especiales aislados o contemplados para ciertas formas societarias no dispone de la capacidad

[3] V. Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas [*Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003)]. De la misma destaca la celeridad en su tramitación parlamentaria; v. al respecto el Proyecto de Ley 121/137, por la que se modifican la Ley 24/1998, 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, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 137-1, 28 de marzo de 2003.

[4] Cfr. el art. 127 ter LSA con los arts. 123 a 126 de la *Propuesta de Código de Código de Sociedades* (2002).

explicativa suficiente para establecer una doctrina que establezca el origen, el sentido y alcance, la función de la institución, el contenido general y el régimen derivado de su incumplimiento.

13. Este juicio de valor se sigue de una doble consideración. Primero, el oportunismo es igualmente relevante en todo tipo de sociedades y las normas especiales no regulan todos los conflictos, ni tampoco es posible hacerlo, ni los conflictos regulados lo han sido por igual en todas las formas societarias. Segundo, las cláusulas generales remisoras al representante leal no se explican por sí mismas, ni existen normas que les den cobertura expresa. Estas cláusulas, bajo la amenaza de la circularidad y la abstracción, o se dirigen a un arquetipo de frecuencia o a un valor superior o principio jurídico, pero en ambos casos requieren ser llenadas de contenido.

14. De otro lado, el deber de lealtad no ha sido objeto, hasta el momento, de una construcción jurisprudencial que llene de contenido y de unidad sistemática interna al conjunto de normas antes mencionadas. La jurisprudencia podría haber garantizado la tutela del principal en los casos conflictuales, llenando los vacíos de la ley, formulando una doctrina general sobre la lealtad y estableciendo los límites y las conexiones tanto entre las reglas particulares como entre éstas y las más generales. Sin embargo, esta tarea de ordenación normativa, conceptual y principial ha estado ausente de la actividad de los tribunales de justicia.

c) La construcción del deber de lealtad en nuestra doctrina. Justificación del estudio

15. El hecho de que este conjunto de normas de naturaleza, origen y alcance diverso no haya recibido, hasta hoy, un tratamiento legislativo unitario, así como la falta de un orden jerárquico que determine las relaciones internas entre los preceptos legales, tampoco ha facilitado la tarea de su estudio conjunto, ni la construcción de una doctrina capaz de unificar la heterogeneidad de supuestos y de normas a través de un concepto general. Esta noción con poder explicativo general, basada en un mismo supuesto genérico -el conflicto de intereses-, un ámbito de aplicación singular -las relaciones gestoras- y un contenido mínimo común a todas ellas, se corresponde con lo que se entiende como deber de lealtad.

16. Nuestra doctrina aún consciente de la relevancia práctica y dogmática del problema que envuelve el conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad, no reaccionó, hasta muy recientemente, en el sentido de construir un cuerpo doctrinal que impulsara reformas legislativas y orientara la función del juez en la aplicación del Derecho.[5] Su explicación pudiera encontrarse en que bajo la aplicación de las ya derogadas leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la tolerancia de nuestro Derecho de sociedades a la actuación de los administradores (cfr. arts. 79 LSA 1951, 13 LSRL 1953) suscitara escaso interés en los comportamientos interesados y dejaba un estrecho marco para su aplicación práctica, tal como pone de manifiesto la reducida jurisprudencia que sanciona las actuaciones negligentes y desleales.

17. Sin embargo, durante las últimas décadas se han publicado diversos ensayos, que

[5] Tal como señala el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, «el amparo legal que proporciona esta cláusula genérica de lealtad [art. 127 LSA] podría haber sido suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia hubieran creado con el paso de los años un nutrido complejo de criterios y reglas claros y orientativos sobre la materia. La experiencia indica, sin embargo, que este resultado, por causas diversas, apenas se ha alcanzado».

consideramos obras de referencia, que han venido a encaminar este trabajo, y que permiten hacer una reconstrucción del fenómeno conflictual desde las aportaciones doctrinales propias y no sólo con el apoyo de la doctrina y legislación comparada. No cabe duda de la importancia que la obra de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, 1979, tanto por la consideración de la representación como un paradigma entre las relación de gestión, como por realizar la primera aproximación sistemática al deber de lealtad del gestor. En segundo lugar, se debe al estudio del profesor BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, la reconsideración de la institución de la diligencia, marco general sobre el que se asienta en nuestro sistema el deber de lealtad. Finalmente, es preciso destacar los esfuerzos recientes de estudios realizados por la doctrina civil sobre la construcción doctrinal de la figura de los contratos de gestión (v. entre otros, DE ANGEL, R., (dir), *Contratos de gestión*, 1995), que nos permite acercarnos al fundamento material del deber de lealtad a través de la reconstrucción tipológica de la obligación gestora.

18. Aunque el deber de lealtad no resulte de aplicación exclusiva a los administradores de sociedades mercantiles, ha sido la doctrina mercantil la que mayor relieve ha puesto en el estudio de la figura. El deber de lealtad es una construcción doctrinal relativamente moderna y su introducción como tal deber en España es reciente. La valoración doctrinal de este deber se ha realizado en tres etapas. La primera, coincide con la vigencia de la Ley de Sociedades anónimas de 1951, prestando atención a la institución estudiada en el marco más amplio de la administración o el más reducido de la responsabilidad de los administradores.[6]

19. La segunda etapa sucede a la reforma operada en el Derecho de sociedades, por lo que es durante la última década en que la doctrina reafirma el reconocimiento de la lealtad en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital y como deber general del derecho privado.[7] Así mismo, se inician los estudios de mayor aproximación sobre la lealtad y los deberes de los administradores. En unos casos, el análisis toma como base la experiencia norteamericana relativa a los deberes fiduciarios.[8] Otros estudios se caracterizan por tratar de construir uno de los supuestos a los que se le aplica el deber, sin considerar necesario establecer previamente una doctrina general sobre el deber.[9] Más recientemente, el deber de lealtad ha sido abordado desde distintas metodologías, pero con opiniones coincidentes en reclamar una intervención

---

[6] V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159. En cuando al estudio del deber en el marco de la responsabilidad de los administradores, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201-2.

[7] V. POLO SANCHEZ, «Los administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 132, 135; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 105-6; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740-55. Sobre el deber de lealtad como deber general en el Derecho privado, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1665, sub. XI.1.c); Id., en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443. V. RECALDE, A. “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, La Ley (1993) 304-316.

[8] LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, 1996; FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, “La doctrina de las ‘corporate opportunities’ en los Estados Unidos de América”, RDBB 66 (1997) 477-518.

[9] V. PORTELLANO DIEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, 1996.

legislativa en orden a la determinación del deber.[10]

20. La etapa actual está marcada por el impulso reformador del *Informe Aldama* (2003) y la modificación de la LSA en relación a los deberes de los administradores a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003).[11]

21. Con todo, la construcción de la figura en nuestro ordenamiento resulta una empresa inacabada. El fundamento material del deber de lealtad no ha sido objeto de un estudio concluyente. La falta de claridad respecto de su origen lleva a postular que las normas que dan contenido al deber vienen determinadas por inducción a través de la analogía *iuris* con las dificultades de dispersión normativa antes señalada que, hasta el momento, se enfrentaba la doctrina. No resulta una tarea fácil, a partir de normas aisladas, redactadas en momentos históricos distantes construir reglas generales para los distintos tipos de sociedades. Según la opinión desarrollada en este trabajo, el fundamento material de la lealtad puede residir en la obligación gestora, y a través de la cual cabe deducir la existencia de un principio aplicable a los distintos tipos de relaciones gestora.[12]

22. En segundo lugar, la configuración jurídica del deber de lealtad resulta aún un terreno inseguro. De un lado, existiendo acuerdo en la estrecha relación de proximidad entre el deber de lealtad y la buena fe, la cuestión planteada enfrenta dos concepciones distintas sobre la base de la naturaleza principial o contractual del deber. Siendo que a partir de cada una de ellas se llegan a resultados distintos, la tesis contractual según la cual el deber de lealtad es aplicación del artículo 1258 CC lleva a pensar que su contenido es disponible, pues la buena fe –esto es, la lealtad– se invoca sólo cuando las partes no llegaron a un acuerdo expreso sobre la solución de un determinado conflicto. Por el contrario, la tesis principial, descansa en un postulado distinto: las partes no pueden negociar el contenido esencial de la lealtad, ni pueden excluirla de las obligaciones que derivan de las relaciones gestoras. En este caso, la función de la buena fe consiste en dar fundamento normativo a las normas imperativas que sirven al contenido mínimo del deber.[13]

23. De otro lado, la relación entre diligencia y lealtad propia de los enunciados legales que exigen al administrador que se comporte con la diligencia de un representante leal deja múltiples preguntas sin respuesta. Entre otras, pueden formularse las siguientes propuestas: la lealtad es una especie de la diligencia, en la cual reside el género; la diligencia puede adoptar varios sentidos, uno general, similar al de fidelidad, que engloba dos deberes especiales: el deber de diligencia en sentido propio y el deber de lealtad. Siendo la lealtad un concepto relativamente nuevo en

---

[10] V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 447-496; FERNANDEZ-ALBOR, “Deber de lealtad del administrador cesado”, RGD (1999) 3991-4011 [3998]; PEREZ CARRILO, “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, RdS (2000) 275-323; PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1805-18.

[11] V. SANCHEZ CALERO, “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, RdS (2003) 27-50; PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, RdS (2003) 67-109.

[12] V. Cap. 3º.

[13] V. Cap. 4º, sub. I.1; Cap. 5º, sub. II.1.

nuestro ordenamiento, el deber de diligencia precisa de una adecuación a este momento histórico.[14]

24. En tercer lugar, la determinación de su contenido normativo y la coordinación interna de las normas aplicables es también objeto de debate. Existe consenso en señalar que la determinación del contenido del deber es una necesidad para todos los interesados: administradores, jueces, prácticos, etc.[15] Sin embargo, la determinación del contenido general del deber y su aplicación a cada grupo de supuestos no ha alcanzado aún un nivel de claridad suficiente. A su vez, la aplicación del deber ha de adaptarse a unos presupuestos para su aplicación que tampoco han sido objeto de precisión.

25. A este respecto, las recientes iniciativas [*Propuesta de Código de Sociedades* (2002) arts. 121-127; *Informe Aldama* (2002) sub. III.2; *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) artículo 2º, disposiciones cuatro a seis, al introducir el artículo 127 ter LSA] han optado por un doble recurso técnico, general y especial, sin establecer un orden sistemático entre ellos. A saber, de un lado, se establecen obligaciones generales comunes a todos los supuestos, tales como el deber de evitar el conflicto o el deber de *disclosure*; de otro, se determinan particulares obligaciones para supuestos concretos, tales como la prohibición de usar activos sociales o de aprovechar oportunidades de negocio. Estas manifestaciones significan un avance en la evolución de la determinación del significado y alcance del deber en nuestro ordenamiento. Sin embargo, y con independencia de un análisis exegético que no es objeto de este trabajo, siguen abiertas buena parte de las cuestiones anteriores: primero, la posibilidad de precisar el supuesto general aplicable a la lealtad y su contenido normativo general; segundo, cual es su ámbito de aplicación, su alcance más allá de los supuestos concretos regulados para la sociedad anónima.

26. Finalmente, a falta de una sanción especial por el incumplimiento del deber de lealtad, las consecuencias y efectos jurídicos que resultan de la aplicación del deber de lealtad han de analizarse a la luz de cada supuesto y a través de los mecanismos generales que ofrece nuestro ordenamiento. En este orden de cosas, tampoco disponemos de un modelo claro que nos sirva de referencia, si bien la doctrina viene insistiendo en invocar las reglas de la responsabilidad y, eventualmente, de enriquecimiento injusto. Se reclama también la aplicación de la doctrina de la autocontratación para resolver los problemas de validez y eficacia de los actos jurídicos de ejecución. Sin embargo, faltan construcciones específicas que aborden la aplicación de estos mecanismos a dar solución al ilícito desleal.

27. Por todo ello, la reflexión que a continuación realizamos sobre los aspectos anteriormente considerados consiste en una contribución más a la clarificación de la institución jurídica de la lealtad y a la búsqueda de la certeza en las relaciones gestoras, particularizadas en este trabajo en la administración de sociedades.

---

[14] V. Cap. 4º, sub. I.2.

[15] A este respecto resulta esclarecedor el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, p. 23, al advertir que «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».

2.
Exigencias sistemáticas y contenido del estudio

a) Justificación de la parte general

28. La ausencia en nuestro ordenamiento de una cláusula general que explícitamente reconozca el deber de lealtad, ni de un conjunto normativo que, con alcance general, regule los conflictos de intereses más significativos, tales como la contratación, el uso de oportunidades o la práctica de la competencia entre el administrador y la sociedad dirige el análisis del deber de lealtad del administrador hacia su más amplia perspectiva de estudio.

29. Nuestro modelo legal relativo al deber de lealtad del administrador se basa en la remisión al deber de diligencia del representante leal, prevista para las sociedades capitalistas, junto a un conjunto de normas dispersas que regulan determinados conflictos de intereses. A través de esta construcción no resulta fácil establecer el régimen derivado del deber de lealtad del administrador de sociedades, con su contenido obligatorio y sancionador, sin antes contemplar, como cuestión previa, la valoración general que nuestro ordenamiento confiere al conflicto de intereses que da origen al deber de lealtad.

30. La configuración legal del deber de lealtad mediante una cláusula general caracterizada por la abstracción y la generalidad no permite por sí mismo concretar el modelo de conducta que se predica del administrador en los supuestos de conflicto. Lo cual no impide la determinación de las reglas necesarias para definir el modelo de actuación leal del administrador situado en un conflicto de intereses, si bien con ello se constata que el contenido del deber requiere de un esfuerzo exegético dirigido a un análisis sistemático que necesariamente ha de llevar al estudio de la figura en un contexto más amplio que permita delimitar con perspectiva el fenómeno de la regulación del conflicto. También resulta elocuente que la construcción de una doctrina articulada y sistemática que establezca el contenido normativo de la lealtad es una tarea que no ha finalizado, hecho por el cual toda aproximación al contenido del deber de lealtad ha de partir de la cautela y no puede desconocer las relaciones tipológicas más generales y su conexión con las situaciones más particulares, los principios de aplicación general, así como las regulaciones singulares contempladas por nuestro ordenamiento.

31. Para precisar el contenido obligatorio del modelo de lealtad del administrador se hace necesario acudir a la relación gestora en la medida que ésta se configura como el tipo general que agrupa todas las relaciones que tienen el común el deber de lealtad. En tanto que en ninguno de los tipos gestores normativos se encuentra regulado de forma articulada y sistemática el contenido del deber, la invocación a la naturaleza y función del tipo general permite dar una explicación unitaria a la función que el deber de lealtad desempeña en todo el abanico de relaciones gestoras.

32. A través de esta previa labor descriptiva y ordenadora relativa a la relación de gestión y a la protección que el ordenamiento confiere al principal en ese conjunto de relaciones jurídicas, puede afirmarse que la tutela que éste recibe a través del deber de lealtad es una consecuencia de la propia naturaleza de la relación de gestión. El ordenamiento la incorpora como medio jurídico para asegurar el cumplimiento de los fines económicos previstos en el negocio ante el supuesto de que el gestor entre en conflicto con sus intereses. Asimismo, acotar el conjunto de

relaciones que se benefician de esta tutela especial permite no sólo justificar la existencia del deber de lealtad, sino también precisar su ámbito de aplicación. Por todo ello, el análisis de las relaciones cuya causa y función económica determinan la exigencia del deber permite afirmar la naturaleza gestora del propio deber a través de su ubicación entre las figuras o tipos normativos o empíricos cuyo contenido obligatorio consiste en actuar por cuenta e interés de otro que es, a la par, el elemento determinante de la exigencia del deber de lealtad.[16]

33. El paso siguiente consiste en precisar el soporte normativo o fuente del derecho que regula el contenido del deber y que permite determinar las reglas aplicables a cada caso. Para ello, partimos de la idea de que en nuestro ordenamiento no existe un fundamento legal explícito que proteja al principal en los conflictos de intereses frente al gestor, que establezca claramente su contenido y la sanción por su incumplimiento. Sin embargo, de un lado, existen una serie de situaciones reguladas de forma heterogénea, tanto por la técnica –en un unos casos por cláusula general, en otros, a través de disposiciones especiales–, como por los ámbitos –contratación en general, sociedades, mercado de valores–, mientras que por otro, aparecen otras situaciones no reguladas, pero que también son merecedoras de protección.

34. Por todo ello, la ausencia de una norma jurídica expresa que ordene este ámbito del Derecho hace necesario considerar la configuración dogmática del deber a fin de conocer el principio general aplicable a través del cual se pueda ordenar y reconstruir la idea rectora o vínculo que, con carácter general, une las distintas expresiones del deber y a su vez resulte la fuente de las reglas que regulan la institución en cada caso concreto. A través de este enfoque de estudio se postula que el principio general de la buena fe constituye el referente normativo básico que da unidad jurídica a todas las manifestaciones normativas.[17]

35. Con lo anterior podemos avanzar que la buena fe es la fuente del Derecho que da contenido jurídico a la protección del principal en los supuestos en que el gestor actúa interesadamente frente al primero. A estos efectos, nuestro ordenamiento ha establecido un cauce intermedio entre el deber de lealtad y el deber de buena fe, a través de la figura del deber de diligencia del deudor, esto es del obligado a cumplir, en nuestro caso, la prestación gestora. Siendo que el deber de lealtad forma parte del contenido obligatorio de la relación gestora, su singularidad frente al deber de diligencia reside en que la segunda responde al supuesto general, mientras que la lealtad participa sólo de un supuesto particular; a saber, de aquellos casos en los que se produce un conflicto de intereses.[18]

36. Mediante la reconstrucción de la relación obligatoria gestora se dispone del fundamento empírico necesario para delimitar el presupuesto general sobre el que se asienta el deber. Esto es, a través de la relación gestora puede entenderse que el conflicto de intereses es el hecho típico que hace desplegar los efectos jurídicos del deber. Precisamente la existencia del conflicto como una situación de riesgo para el interés del principal es lo que justifica la tutela del interés ajeno en las relaciones gestoras. A la par, esta proposición concuerda con la remisión tipológica al representante, como paradigma del gestor, referida en las modernas leyes de

[16] V. Cap. 3º.
[17] V. Cap. 4º, sub. I.1.
[18] V. Cap. 4º, sub. I.2.

sociedades.[19]

37. Postular la protección del principal significa reclamar un contenido jurídico en defensa de sus intereses. La idea rectora que preside este contenido viene presidida por la prohibición del gestor de actuar en conflicto de intereses tradicionalmente conocido como regla de subordinación de intereses. En la medida que la prohibición no tiene un efecto absoluto y, consiguientemente, puede ser derogada por la voluntad del principal, encuentra su justificación el deber de *disclosure* o mandato dirigido al gestor en conflicto para que informe de su interés y de la situación de conflicto al principal para que éste, después de conocer la información relevante, pueda autorizar el comportamiento interesado, si resulta de su conveniencia.[20]

38. Entendido en estos términos, el deber de lealtad se aplica a todo gestor de intereses ajenos. Con ello, también se suscitan las cuestiones de su extensión a las relaciones afines y, en particular, a aquellas relaciones que no presentan el elemento de la colaboración jurídica, sino que vienen presidas por la nota de la colaboración material. De esta categoría destacan los contratos de distribución, respecto de los cuales también se ha postulado la aplicación del deber. Con todo, es en relación al deber de lealtad del socio dónde la literatura jurídica ha incidido más a favor de su reconocimiento. Sin embargo, su afirmación general no resuelve los problemas relativos a su contenido, aplicación y sanción.[21]

39. Finalmente, en este apartado general es conveniente plantearse la regulación del deber de lealtad en el ámbito del mercado de valores. Sus especialidades no permiten ubicar ese régimen en el ámbito del deber de lealtad del administrador, en la medida que buena parte de sus normas van dirigidas a un sujeto gestor de intereses ajenos, pero que no necesariamente coincide con un administrador de sociedades, pues ordinariamente, aquel es una sociedad. Además, las característica del mercado de valores y de los sujetos objeto de protección, los inversores, han precisado una amplia regulación que pasa por un conjunto de disposición que vienen a determinar un complejo de supuestos específicos de la negociación bursátil y también de ámbitos de protección, que añade al régimen civil, la tutela penal y administrativa específica.[22]

b) El deber de lealtad del administrador

40. Una vez realizada la aproximación a la parte general, disponemos de los postulados necesarios para el estudio del deber de lealtad en una concreta relación de gestión, tal como sucede en el caso estudiado de la administración de sociedades como relación de gestión. A estos efectos, resulta conveniente precisar el supuesto de hecho a través de los tres ejes que lo delimitan. Primero, la determinación del conflicto no resulta en si mismo un cuestión de hecho, sino que su concepto y límites vienen fijados por el ámbito de protección que el ordenamiento establezca en el marco de la relación gestora. Segundo, los sujetos que se someten a la obligación de lealtad y, junto a ello, la determinación del elemento subjetivo que singulariza el conflicto: el concepto de administrador interesado. Tercero, es necesario distinguir el presupuesto objetivo y objeto sobre

[19] V. Cap. 4º, sub. II.1.a).
[20] V. Cap. 4º, sub. II.1.b).
[21] V. Cap. 4º, sub. II.2.
[22] V. Cap. 4º, sub. III.

el que recae la protección jurídica, el interés social, para delimitar el ámbito sobre el cual la conducta interesada puede afectar a la sociedad.[23]

41. La aplicación del deber de lealtad al administrador de sociedades plantea determinadas singularidades propias de las organizaciones corporativas, tales como la estructura de la organización, la autonomía del administradores en el ejercicio de sus funciones y la posición oportunista del administrador. A la par, es preciso tener en cuenta que el carácter de la ordenación del deber condiciona el ejercicio de control de la conducta interesada. A la hora de precisar la naturaleza del deber es necesario abordar la discusión de la necesaria regulación del conflicto y del contenido imperativo de su núcleo. Así mismo, conviene comparar el modelo de prohibición seguido por nuestro ordenamiento en el contexto de las diversas opciones existentes.

42. Si a nuestro ordenamiento le corresponde un modelo de prohibición relativa, la aplicación del deber va a girar alrededor de la autorización de las conductas interesadas. A estos efectos será necesario aclarar cual es el órgano competente para ello, cuales son los presupuestos y requisitos para la autorización. En el procedimiento de autorización resulta de particular interés las circunstancias y el contenido de la obligación de *disclosure*, atendiendo a su momento exigible, órgano receptor y contenido informativo que debe notificarse.[24]

43. Finalmente, el estudio del régimen aplicable al deber de lealtad se cierra con el análisis de las sanciones que resultan aplicables al ilícito desleal. Con independencia de las sanciones penales especiales, la ausencia de una previsión legal que determine las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber, dirige necesariamente el análisis a las sanciones generales. Un grupo de cuestiones atienden a la validez y eficacia del acuerdo autorizante por emisión del voto interesado, a cuyos efectos cabe distinguir entre el acuerdo autorizante de la Junta, respecto del acuerdo del Consejo de Administración.

44. Un segundo grupo de problemas centran la atención en las consecuencias patrimoniales derivadas del ilícito. De un lado, se suscitan los aspectos relativos a la responsabilidad civil del administrador, tanto respecto de los presupuestos de su aplicación como de la existencia de eventuales pactos de indemnización o de contratos de seguro de responsabilidad civil que puedan atenuar sus efectos. De otro lado, el examen de la obligación de restitución obedece a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, cuyo reconocimiento se plantea en términos más debatibles.

45. Finalmente, el incumplimiento del deber precisa abordar las consecuencias negociales derivadas de la eventual contratación desleal. Esa tarea dirige la atención, de un lado, hacia la distinción entre los negocios celebrados por administradores con poder de representación y respecto de aquellos que no disponen de facultades de representación, para determinar su identidad o diferencia de régimen. De otro, el debate se cierra sobre el estudio de la particular sanción que determina los efectos negociales del ilícito desleal.[25]

[23] V. Cap. 5º, sub. I.
[24] V. Cap. 5º, sub. II.
[25] V. Cap. 6º.

c) Tratamiento metodológico

46. Abordar la tarea relativa al análisis y reconstrucción de la doctrina del deber de lealtad en el Derecho de sociedades en un modelo legal como el nuestro sitúa al jurista en la misma perspectiva que toma un juez al tener que dar solución, desde dentro del sistema, a un tipo de los denominados *casos difíciles*.[26] Estamos ante uno de estos casos en la medida que el Derecho positivo no ofrece una solución clara al operador jurídico que pretende resolver un supuesto al que le es aplicable el deber de lealtad. Esto es así por la ausencia de un concepto normativo explícito que delimite el supuesto y recoja el contenido obligatorio esencial aplicable al deber de lealtad, aun cuando disponemos de una cláusula general que establece el deber de diligencia del administrador que a su vez remite al representante leal. Además, nuestro ordenamiento tampoco ofrece un conjunto sistemático de disposiciones especiales que regulen supuestos concretos de aplicación del deber y que permitan la construcción de su concepto a través de un proceso de inducción. Ante ello, tanto el jurista al proponer soluciones doctrinales, como los jueces a través de la jurisprudencia, se plantean un doble enfoque metodológico para el estudio, sistematización y resolución de los problemas aquí planteados: el análisis económico del Derecho y la integración normativa a través de los principios jurídicos derivados del ordenamiento propio.

---

[26] Los llamados *casos difíciles* han sido objeto de estudio por la doctrina ante la exigencia legal inexcusable dirigida a los jueces y tribunales «de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Tal como señala GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 55, «los ordenamientos jurídicos actuales proscriben el *non liquet*». V. ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 1, 2, 22. El tema de los casos difíciles ha recibido un renovado impulso con la obra de DWORKIN, *Los derechos en serio* (1984) 146-208 y *passim*, según el cual aquellos tienen una respuesta correcta, al margen de la discrecionalidad del juez, quien no puede dictar norma de forma retroactiva, de forma que para, resolver el caso, el juez debe acudir a los principios.

Sin embargo, como señala, GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 46, el mismo legislador es consciente de que el juez no puede actuar frente a la ley como un autómata, cuando en sus leyes se contienen: «1) *conceptos indeterminados* (¿qué significa “peligro”, “nocturnidad”, “cosa”...); 2) *conceptos normativos*, no descriptivos, que a su vez suscitan diversos significados en la ley, y no precisamente en el sentido de un *numerus clausus*: son conceptos referidos a valores; 3) remisiones a la *libre discrecionalidad* del juez, en conexión con un criterio objetivo de lo justo que no excluye, sin embargo, que el juez lleve a cabo la valoración; 4) *cláusulas generales*, en cuya delimitación se dan también procesos valorativos, cuya estricta objetividad es siempre problemática, sin que ello suponga inexorablemente irracionalidad de la decisión, ya que el juez se orienta axiológica y teleológicamente». Desde una perspectiva más amplia, PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2844-2845, nota 3, y doctrina allí citada, entiende por *casos difíciles*, «aquellos casos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento». De un lado están las situaciones más conocidas: «existencia de una laguna legal, de una ambigüedad en la normativa, de una contradicción abierta u oculta, de una delegación al juez de la composición de la norma (lo que típicamente ocurre en las cláusulas generales), etc.; de otro, aquellos en los que «aun existiendo una norma precisa y no abiertamente modificable, resulta altamente contestada en el discurso práctico (por su escasa <razonabilidad>) y *de facto* frecuentemente alterada en la vida jurídica, todo ello, con la complicidad, implícita o explícita, de la comunidad de los juristas». De su parte, GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 55, plantea el problema de la discreción judicial «cuando el mero recurso al derecho positivo no es suficiente», si bien se requiere al juez ser respetuoso con el sistema de fuentes. Esta situación en la que se dan *casos difíciles* se produce cuando el ordenamiento jurídico en presencia «contenga normas jurídicas contradictorias o que adolezca de lagunas, o que sus disposiciones estén formuladas de manera vaga o ambigua en un elevado grado en un elevado grado...».

Primera parte.
Metodología y Derecho comparado

Capítulo 1º.
Planteamiento metodológico

I. ANÁLISIS ECONOMICO Y CONTRACTUAL

1.
El análisis económico del Derecho

a) Introducción

Planteamiento

1. El conflicto de intereses que subyace en la aplicación del deber de lealtad ha sido objeto de estudio a través de la doctrina del análisis económico del Derecho.[27] El análisis económico parte de una selección de hipótesis que simplifican un problema sobre cuyo planteamiento construyen un modelo que caracteriza las relaciones básicas en él estudiadas.[28] Este modo de hacer en lo económico dirigido a los problemas jurídicos tiene por objeto el análisis de las situaciones

---

[27] La introducción en España de la doctrina del análisis económico del Derecho se debe al trabajo de PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a una teoría del análisis económico del Derecho)", ADC (1981) 601-707. Sobre el análisis económico del Derecho v., entre otros, COOTER / ULEN, *Law and Economics*, 2ª ed., 1996 (de especial utilidad para la ilustración de los conceptos sobre la base de ejemplos); MERCADO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, 1994 (análisis de los presupuestos y significado del análisis económico del derecho desde la perspectiva de la filosofía jurídica); POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho*, 1985; SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, 1991; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1986.

Las contribuciones más relevantes al desarrollo del análisis económico del Derecho se han dado en Yale, bajo la dirección de Guido Calabresi, en Harvard, con Donald Turner y, de manera relevante, en Chicago. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, la escuela económica del Derecho ha difundido sus postulados a través del Journal of Law and Economics, desde 1958, dónde han trabajado, entre otros, R. Posner, R. Coase y M. Friedeman -este último, en el departamento de economía. El talante liberal de la escuela ha sido puesto de manifiesto por el primer profesor de economía de la Facultad de Derecho, Henry Simons, cuando, con la intención de crear un Instituto de Estudios de Economía Política pretendía reunir a un grupo de «"liberales tradicionales" o "libertarios", economistas para organizar visitas para profesores "libertarios" de otras instituciones y dar soporte a su trabajo». Así viene reseñado en el relato del desarrollo histórico de esta escuela en COASE, "Law and Economics at Chicago", JL& Econ. (1993) 244.

Sobre la evolución del nuevo método, v., PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 613-617, quien subraya la diversidad de planteamientos relativos al análisis económico del Derecho: «el análisis económico del derecho no constituye un fenómeno literario homogéneo, sino que, por el contrario, presenta notables fracturas tanto en el plano ideológico como metodológico», cuyos nombre más relevantes en sus extremos son G. CALABRESI y R. POSNER (id, p. 617). Entre los trabajos pioneros de ambas tendencias, v. COASE, "The Problem of Social Cost", J. Law & Econ. (1960) 1-44, y CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", Yale LJ (1961) 499.

[28] Señala POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 16, que «[e]l arte de la economía consiste en elegir hipótesis que simplifiquen un problema lo suficiente como para que puedan entenderse mejor determinadas características del mismo, sin que por ello, inevitablemente, esas características sean características no importantes». El autor añade (id., p. 9) que, plantear un problema, para los economistas, «significa construir un 'modelo' del mismo (sea verbal, gráfico o matemático) para destilar lo esencial de las relaciones que se estudian».

sociales alternativas que puedan derivarse de una determinada norma o decisión jurídica. La finalidad del método y la teoría económica consiste en la búsqueda de la solución socialmente más útil, a condición de que la utilidad social pueda medirse a través de la utilidad privada de los miembros de la comunidad.[29]

Enfoques

2. Dentro de este planteamiento, novedoso en su formulación y objeto de evolución, caben distintos enfoques. De un lado, el análisis económico del Derecho puede utilizarse para intentar explicar el sistema jurídico, en cuyo caso el enfoque se denomina *economía positiva o descriptiva*; de otro, la llamada *economía normativa o preceptiva* se sirve del análisis económico para recomendar cambios para su mejora.[30] Relevantes miembros de esta escuela han defendido el efecto positivo de la teoría económica, de forma que su aspecto descriptivo determinaría los límites de la propia doctrina.[31] Este punto de vista permite analizar el fenómeno o comportamiento de naturaleza económico-patrimonial subyacente en el conflicto de intereses entre administrador y sociedad y resulta de utilidad tanto para explicar el origen del conflicto como la función o fundamento de su regulación jurídica.

Economía normativa

3. La más cuestionada de las perspectivas anteriores resulta ser la que postula la economía normativa, en la medida que reconoce a la teoría microeconómica la aptitud suficiente para ser teoría del derecho o, en otras palabras, ser *jurisprudencia racional*.[32] A través de este enfoque el juez debe desarrollar un papel normativo a la hora de la resolución de los casos difíciles a los que se les aplica la metodología económica. Su tarea consiste en formular reglas jurídicas

---

[29] SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 353. Son precisamente el objeto y los fines indicados, los elementos básicos que separan el análisis económico del Derecho de la llamada *economía del Derecho*. Sobre la economía del Derecho v. SANTINI, G., *El Comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Ariel, 1988. Este estudio contempla el comportamiento de los «operadores económicos y las consiguientes figuras e instituciones jurídicas a que aquel comportamiento da lugar», en palabras del profesor PEREZ DE LA CRUZ, del prólogo del mismo (id, p. 10). Como señala GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1976) 45, el método de investigación de los intereses en juego exige «el estudio de económico de los hechos o relaciones sociales en cuestión» haciéndose necesaria la comprensión de la estructura y función de la institución jurídica estudiada. También GIRON, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil* (1986) 118, avala el valor del trabajo interdisciplinar entre Economía y Derecho. V. también, PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 604, nota 5.

[30] POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 10-11.

[31] Los límites propios de este método de análisis han sido reconocidos por la propia doctrina. Así, p.e., ALCHIAN / ALLEN, *University Economics* (1972) 6-7, entienden que «la teoría económica es 'positiva' o 'no-normativa'. No ofrece ningún criterio generalmente aceptado para determinar qué consecuencias o tipo de comportamiento o política económica es buena... La economía puede decir solamente las consecuencias de ciertas condiciones, políticas u opciones... La economía explica qué condiciones llevará a determinadas consecuencias». En un sentido paralelo, POSNER, *Economic Analysis of Law* (1986) 13, señala que «la competencia de un economista en una discusión del sistema jurídico es limitada. Puede predecir el efecto de las reglas jurídicas y acuerdos relativos a su valor y eficiencia en su estricto sentido técnico, pero no puede emitir prescripciones obligatorias (*issue mandatory prescriptions*) para el cambio social».

[32] PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho)", ADC (1981) 612. Desde una perspectiva normativa y no simplemente descriptiva «[e]l economista... actúa como un verdadero *policy maker* que 'falla' (en sus escritos universitarios o en las sentencias) no de acuerdo a derecho, sino de acuerdo a <economía>... Pues bien, a este punto es... dónde considero que se produce la especificidad más característica de la *new law & economics*: la habilitación de la teoría microeconómica neoclásica como teoría del derecho o (lo que es lo mismo) de la *economía política como jurisprudencia racional*».

aplicables al caso enjuiciado que, a su vez, puedan generalizarse a otros casos futuros que presenten la misma estructura.[33] Al adoptar una visión prospectiva, el juez evita los juicios distributivos y tiende a hacer juicios de eficiencia, propiciando decisiones que las partes puedan maximizar el valor esperado o minimizar los costes esperados. Al centrarse en los incentivos y no en las necesidades de las partes, el resultado debería acercarse a lo que las partes de la transacción habrían pactado de antemano.[34] Según esta doctrina, las consecuencias de las contingencias no previstas previamente por las partes deberán atribuirse a aquella parte que objetiva y típicamente hubiera podido gobernar el riesgo con un menor coste.[35] El corolario de este planteamiento lleva a que en un caso difícil, como el planteado en la resolución de los casos relativos al deber de lealtad, el juez debe volver al contrato para que se interprete e integre a través del esquema del convenio racional hipotético, por llevar a la solución que las partes habrían elegido en una cooperación racional para la ventaja mutua, calculando el contenido contractual *ex ante*.[36]

b) El criterio de eficiencia

La idea maximizadora

4. De lo hasta aquí dicho, se desprende que el postulado fundamental sobre el cual se construye la doctrina del análisis económico del Derecho reside en la idea de la maximización de la utilidad y la minoración de costes como criterio racional de decisión de las personas y como valor esencial para resolver los problemas y disputas de la comunidad.[37] La idea que preside la maximización de la utilidad viene condensada en que los individuos o las empresas buscan ampliar al máximo sus beneficios y reducir los costes de sus comportamientos.[38] Esta idea relativa a los sujetos o agentes que toman decisiones económicas racionales según el esquema desarrollado en la microeconomía es la que sirve de base para construir el denominado criterio de eficiencia aplicado tanto a las relaciones de intercambio

---

[33] Señala PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2844, que el juez debe jugar una función de «producción secundaria, que se desarrolla en el dominio de la jurisdicción». El autor parte de la idea de que en los casos difíciles el juez, en vez de crear reglas de Derecho, tiende a realizar juicios de equidad, al pretender dirimir conflictos tendiendo a adoptar la tarea de la distribución de pérdidas y ganancias argumentando «en sus sentencias con el fin de justificar una situación en la que han tomado partido a favor de aquella parte que, por una y otra razón, consideren con más mérito o con más necesidad» (id., pp. 2846-2847).

[34] PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2847-8.

[35] PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2849

[36] PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2849. Además el juez debe «operar con independencia de las circunstancias o "motivos" individuales que no hayan sido incorporados o "causalizados" en el contrato» (Id., ibi).

[37] V. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 607, dónde se refiere a las 'proposiciones nucleares' del nuevo método de investigación jurídica: el hombre racional mazimizador del valor, el modelo de decisión óptimo del sistema del mercado y la «eficiencia como única y suprema instancia de legitimidad»; v. también, pp. 627-630, dónde se analizan los conceptos económicos que fundamentan la economía neoclásica y que sirven de *axiomas* o postulados de la doctrina económica: la ley de la demanda, los costes de los bienes como costes de oportunidad y la tendencia de los recursos a gravitar hacia su utilización más valiosa, si el cambio voluntario está permitido. Sobre el concepto de búsqueda del interés propio y del comportamiento de maximización de utilidades, v. *ia*, ALCHIAN / ALLEN, *University Economics* (1972) 24-25, para quienes el concepto utilidad «es simplemente un indicador de una graduación de opciones de acuerdo con sus propias preferencias».

[38] POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 22.

como a las normas jurídicas.[39] En efecto, este es el patrón valor utilizado en el ámbito normativo para determinar la asignación de derechos en una confrontación de intereses y para enjuiciar las consecuencias de las normas jurídicas.

Eficiencia según Pareto

5. El punto de partida de la construcción de este criterio se encuentra en el concepto de eficiencia de Pareto, para quien la eficiencia consiste en aquella situación en la que se incrementa la utilidad de una parte sin reducir la riqueza de la otra. El *óptimo de Pareto* lleva a considerar que el mercado es el mecanismo eficiente por excelencia en tanto que en él se convienen intercambios voluntarios en los que nadie pierde y todos ganan. De ello se deduce que el bienestar social es consecuencia de la existencia de un mercado eficiente con independencia de la distribución inicial de los bienes.[40]

Eficiencia según Coase

6. Siguiendo con este razonamiento, Coase corrige el enunciado de Pareto al afirmar que los mercados están sujetos a costes de transacción.[41] Estos costes vienen determinados por la identificación de las partes del acuerdo, las negociaciones, la

[39] V. entre otros, POLINSKI, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 19; MERCADO, *El análisis económico del Derecho* (1994) 49 ss.; MILGROM / ROBERTS, *Economía* (1994) 27-31; PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2843. Según POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 11, «[p]ara cada cuestión jurídica analizada, determinaremos qué norma o qué política jurídica lograría mejor determinados objetivos, con la perspectiva primordial del objetivo de la eficiencia».

[40] Sobre el llamado concepto técnico de eficiencia u óptimo de Pareto, v. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 19, nota 1 y p. 40, al indicar que se «dice que una situación se ajusta a la eficiencia o a la optimalidad de Pareto si no hay ningún cambio posible de esta situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro. Del mismo modo, si una situación *no* es eficiente en este sentido, entonces, por definición, se *puede* mejorar la posición de alguien sin empeorar la de nadie». En términos semejantes, «se entiende por eficiencia de Pareto una situación social en la sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio». V. también, PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2843, nota 1.

[41] El análisis de los costes de transacción se debe a la aportación de COASE, "The nature of the firm", *Economica* 4 (1937) 386-405; en adelante, nos referimos a su traducción en COASE, *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 33-49. En el momento inicial, el autor no usó la expresión “costes de transacción”, si bien la expresión se afirmó en la doctrina económica. Cincuenta años después de su publicación, en la conferencia pronunciada el 9 de diciembre de 1991, en Estocolmo, con motivo de recibir el Premio Nobel de Economía, Coase comenta su aportación teórica derivada de los estudios sobre la integración vertical y horizontal en los Estados Unidos. «Encontré la respuesta hacia el verano de 1932. Fue al darme cuenta de que el empleo del sistema de precios imponía unos costes. Es necesario definir los precios. Se deben llevar a cabo negociaciones, establecer contratos, realizar inspecciones y llegar a acuerdos para dirimir disputas en forma favorable, etc. Estos costes, finalmente se han designado como costes de transacción»;. V. COASE, “La estructura institucional de la producción”, en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 211.

La aplicación de los costes de transacción por Coase es, tal vez, más conocida a través del artículo, “The Problem of Social Cost”, JL& Econ. (1960) 1-44, traducido en COASE, *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 121-164; v. especialmente, pp. 134 y ss. Coase, id., p. 134, señala que la suposición de que no existen costes derivados de realizar las transacciones de mercado es una «suposición completamente alejada de la realidad...».

Sobre la evolución de las ideas fundamentales de Coase, v., ia, DEMSETZ, H., *Ownership, Control, and the Firm*, vol. I, Oxford: Blackwell, 1988; WILLIAMSON, Oliver E. / WINTER, Sidney G., *The Nature of the Firm, Origins, Evolution, and Develpment*. Oxford: Oxford University Press, 1991; Coase ha afirmado que Williamson, Demsetz y Cheung, entre otros, han desarrollado notables esfuerzos en lo que el llama la “estructura institucional de la producción”; v. COASE, La *empresa, el mercado y la ley* (1994) 207-217. En España v. la contribución de ALFARO AGUILA-REAL, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 131-162.

celebración y ejecución del negocio.[42] De acuerdo con ello, la aportación del *teorema de Coase* a la teoría económica consiste en la idea de condicionar el mercado eficiente perfecto a la inexistencia de costes de transacción, o dicho en otros términos que en un mercado sin costes de transacción, la negociación maximiza la riqueza de las partes.[43]

Eficiencia según Posner

7. La tercera y más común definición de eficiencia es la que propugna Posner sobre la base de la redefinición del concepto propuesto por Kaldor-Hicks. Estos autores añaden un elemento nuevo que tiene en cuenta que a la suma de utilidades individuales es preciso descontar las compensaciones o indemnizaciones que deben recibir quienes han sido perjudicados y consiguientemente ven reducida su riqueza.[44] A partir de esta idea de relación entre la agregación de utilidades y

[42] Afirma COASE, *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 134-135, que para «llevar a cabo una transacción de mercado es necesario descubrir con quien se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, elaborar los contratos, realizar e inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos, etc. Estas operaciones son por lo general extremadamente costosas incluso como para impedir que se concreten muchas transacciones que tendrían lugar si el sistema de precios funcionara sin costes». En términos semejantes, v. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 24. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 634, nota 92, señala que el concepto de coste de transacción «se está convirtiendo en un <cajón de sastre>... en dónde se incluye cualquier tipo de interferencia no catalogable del mecanismo de los precios...». Los costes de transacción «serían los costes de saber con quien se va a contratar; de informar a los demás que uno quiere contratar; de conducir las negociaciones; de delinear el contrato, de inspeccionar el cumplimiento, etc.». En una definición más reciente, id., «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2854, nota 19, y siguiendo la definición de Cheung, el mismo autor señala que «la idea de costes de transacción abarcaría "no sólo los costes correspondientes al establecimiento y salvaguardia de los contratos (incluido el logro de la correspondiente información)..., sino también los relativos a la determinación y defensa de los derechos dominicales"».

[43] Refiriéndose a «El problema del coste social», Coase señala que «[l]o que yo apuntaba en mi artículo era que en una situación de costes de transacción nulos (un supuesto de teoría económica clásica), las negociaciones entre las partes conducirá a efectuar aquellas transacciones que maximizan la riqueza. Este es el infame teorema de Coase, bautizado por George Stigler, aunque basado en mis estudios»; v. COASE, «Apéndice: La estructura institucional de la producción», en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 213. V. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 634-635; POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 24; SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 85; PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2853.

Para un resumen sobre las principales objeciones al Teorema de Coase, v., SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 87-89. Entre las críticas, v. COOTER, "The Cost of Coase", J. Legal Stud. (1982) 1-33. Este autor señala que «[e]l error en la versión negociadora del Teorema de Coase parte de suponer que el obstáculo a la cooperación es el coste de comunicación, más que la naturaleza estratégica de la situación. Las partes negociadoras permanecen con incertidumbre sobre lo que su oponente hará, no porque coste mucho comunicar sus intenciones, sino porque la estrategia requiere que las verdaderas intenciones sean disfrazadas»; id, p. 23. Otra de las críticas se refieren a la forma de remediar las externalidades. Según la interpretación negociadora de Coase, «las externalidades serán superadas a través de negociaciones privadas, aún en ausencia de precios competitivos, dado que no existen obstáculos al proceso negociador»; sin embargo, ello no sucederá a menos que «alguien ejerza coerción a las partes para que se pongan de acuerdo sobre el precio»; id, p. 28. V. además, WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism* (1987) 390-393, para quien el uso del análisis de los costes tiene determinadas limitaciones por ser un modelo poco desarrollado, instrumental e incompleto.

[44] Tal como señalan SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 46, el *criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks* completa el de Pareto en la medida que «una

deducción de costes se entiende el criterio de eficiencia o de la maximización de la riqueza que postula Posner.[45]

c) Función del Derecho de la contratación

Marco institucional

8. Es aportación de Coase haber advertido dentro del ámbito económico que en el mercado se intercambian derechos cuya delimitación viene ordenada a través del sistema legal y cuyos costes de modificación por las partes serían, en su caso, altamente prohibitivos.[46] Este *marco institucional* de la contratación ha de responder, siguiendo los postulados de la doctrina económica, al esquema eficientista: atribuir los derechos a quienes puedan maximizar su utilidad e incentivar los intercambios dirigidos a ese objetivo.[47]

Derecho dispositivo

9. En un mercado imperfecto con costes positivos la norma preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costes de transacción.[48] Un ejemplo de ello se encuentra en el Derecho de los contratos por cuanto se tiene como objetivo cumplir

---

decisión en virtud de la cual, al menos, un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna ventaja».

[45] La reformulación del principio de Kaldor-Hicks ha sido llevada a cabo por a POSNER, *Economic Analysis of Law* (1986) 12-13, quien parte de ese principio: «[e]n un concepto de eficiencia menos austero usado en este libro -el concepto de Kaldor-Hicks-... la operación no sería Pareto-superior a menos que A y B compasaran las terceras partes por cualquier daño que sufrieran por ellos». En una expresión más sencilla señala, POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 19 que «el término eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales y los costes totales de la misma». Siguiendo esta noción de eficiencia, PAZ-ARES, «Principio de eficiencia», *Estudios Broseta* (1995) 2843-4, la aplica al orden jurídico al señalar que la eficiencia elude a aquella propiedad de una regla jurídica que consiste en la maximización de los beneficios totales y/o en la minimización de los costes totales de una transacción contractual o extracontractual. V. también PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional, ADC (1981) 630.

Según la propia doctrina del análisis económico del Derecho, tal y como lo apuntan SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991)47, el planteamiento de Posner resulta impracticable en lo que se refiere a la toma de decisiones. Estas deberían dirigirse hacia «la llamada *regla de decisión de la subasta...* La cuestión de a quien debería atribuir el ordenamiento jurídico un derecho -por ejemplo, el derecho a impedir o a exigir la construcción de un aeropuerto- tendría que tomarse por medio de este procedimiento. El derecho debería ser subastado al mejor postor, es decir, debería adjudicarse a quien estuviera dispuesto a pagar por él el precio más alto».

[46] COASE, «Apéndice: La estructura institucional de la producción», en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 213-214: «Yo expliqué en "El problema del coste social" que lo que se intercambia en el mercado no son, como suelen suponer los economistas, entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones; y los derechos de los individuos son establecidos por el sistema legal... [L]os derechos de los individuos, con sus deberes y privilegios, estarán en gran medida determinados por la ley. De ello resulta que el sistema legal tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico, y en algún sentido, puede decirse que lo controla».

[47] V. COASE, «Apéndice: La estructura institucional de la producción», *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 214.

[48] POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 24-25. Según PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2892-2893, «[l]a regla que apela al mercado en competencia perfecta debe ser reemplazada por la regla que apela a los mercados reales imperfectos y, consiguientemente, debe expresarse así: el juez -o el ordenamiento- han de replicar la respuesta que ofrecería el mercado suprimiendo los costes de transacción que él puede influenciar, pero manteniendo los que son inevitables»;

esa función reductora de costes.[49] La consecución de la reducción de costes encuentra medio idóneo en el derecho dispositivo dado que establece una regulación supletoria que las partes no deberán negociar, reduciendo los costes del tráfico jurídico negocial.[50] Su contenido deberá incluir las reglas estandarizadas *ex ante* que las partes hubieran acordado, es decir la voluntad hipotética de las partes de haber negociado su contenido. Para la visión económico contractual, la ley de carácter dispositivo se anticipa al contrato estableciendo un pronóstico de lo que las partes habrían acordado en una situación de mercado perfecto.

Integración: voluntad hipotética

10. En la medida que la contratación exhaustiva a través de la redacción de un contrato detallado es altamente costosa, sino imposible, la integración del contrato respecto de aquellos conflictos no contemplados deberán resolverse a través de los términos implícitos del contrato.[51] La reconstrucción de las lagunas del contrato irá dirigida a determinar la voluntad hipotética de las partes contratantes teniendo en cuenta el criterio de la eficiencia.[52] La voluntad hipotética que responde a la función maximizadora reproduce un contrato perfecto que, aunque sea de imposible realización, cumple como modelo una función de descripción e imputación de riesgos.[53]

Externalidades

11. Además, para el estudio de la intervención del Derecho en la ordenación del mercado y la contratación es en considerar que los mercados competitivos reales son imperfectos por naturaleza.[54] En ese marco, la teoría económica ha introducido el concepto de externalidades para describir los fallos de mercado derivados de costes que no se pagan por los sujetos económicos que se

---

[49] PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 666-667: en un sentido general, «la función del derecho contractual... consistirá, justamente, en *minimizar tales costes de transacción* (básicamente de *enforcement* -de exigibilidad de las obligaciones-, de regulación -negociación de las reglas- y de información»; v. también, id., pp. 669-675, y PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 202-3.

[50] V. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 39; SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 283; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure", UCLA LR (1978) 754.

[51] V. MURIS, "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts" Minn. LR (1981) 527-8, passim; POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 39. Sobre los costes derivados de la contratación exhaustiva, v. WILLIAMSON, *Markets and Hierachies: Analysis and Antitrust Implications* (1975) 65-66.

[52] POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 39-40; SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 263 y 286; PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 672; Id., "Principio de eficiencia", *Estudios Broseta* (1995) 2848-9; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 754, y bibliografía allí citada.

[53] En relación a la idea de contrato perfecto según el cual las partes se ponen de acuerdo, *ex ante*, sobre la imputación de todos los riesgos asociados a la ejecución del contrato, a su función de aumentar el bienestar de las partes y a su utilidad práctica como modelo, v. SCHÄFFER / OTT, Manual *de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 262 y 280.

[54] Tal como lo entienden SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 90, la situación de competencia perfecta «es inalcanzable en una economía real de mercado...». Las imperfecciones del mercado proceden de distintos factores: el poder de monopolio, la incertidumbre, las asimetrías de información, la existencia de bienes públicos no ofertados en el mercado, las inestabilidades micro y macroeconómicas, los efectos externos (externalidades), etc. V. id., pp. 90-92. Sobre la incertidumbre, v., KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Londres: London School of Economics, 1933. Sobre el poder de monopolio, v. GALBRAITH, J.K., *The New Industrial State*, 1967.

benefician de su utilidad y, sin embargo, repercuten en otras personas ajenas al negocio.[55] En este ámbito es dónde parece justificada la intervención del Derecho de la contratación con la finalidad de reconstruir el mercado.[56]

Costes asimétricos

12. Con todo, no parece que la función del Derecho de la contratación de reconstruir el mercado sea una tarea fácil ni tampoco que exista acuerdo en las circunstancias que motivan su intervención, ni en las medidas legales o de mercado que requieren las situaciones sub-óptimas de mercado. Uno de los casos más claros en el sentido indicado se presenta en los supuestos de asimetrías de información en los que las variaciones de calidad resultan difíciles detectar y no se reflejan en el precio, hecho que cuestiona la premisa fundamental de un mercado prefecto consistente en que el precio refleje toda la información relevante del producto o servicio.[57] Este postulado no se cumple impidiendo que se utilicen los recursos de forma maximizadora si se dan determinadas condiciones, cuyo primer presupuesto se refiere a que el consumidor o parte contratante de los llamados *bienes experimentados* le sea difícil conocer la calidad del producto o servicio ya sea por

---

[55] V. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 619, quien señala que cuando existen «efectos de una determinada operación del mercado (un acto jurídico) que llegan a afectar a sujetos económicos que no tomaron parte en ella... Dicho perjuicio constituye un efecto externo, una externalidad, un efecto *no contratado* que como coste que es, Cayo [el productor transmitente] no computa en su cuenta de costes y transfiere a Ticio (a la colectividad, en este supuesto)». V. id., p. 647, nota 134, la bibliografía allí citada y la definición de NATH que se reproduce, de la cual extraemos el siguiente párrafo: «"Externalidad" es el nombre que recibe cierto tipo de efecto favorable o desfavorable, producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio, riqueza o bienestar de otro agente económico... En otras palabras, una externalidad existe siempre que... se imponen costes sobre los demás por los que no se paga en absoluto o se hace en forma insuficiente; o se conceden beneficios a cambio de los cuales se recibe un pago incompleto o nulo. Una externalidad puede describirse como una interdependencia no negociada (entre individuos y empresa), que puede ser recíprocas o en una sola dirección"». V. también, PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2858-2859 y nota 26.

[56] PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 619-20, señala que cuando «el equilibrio perfecto no surja naturalmente y, por lo tanto, se produzca una divergencia entre el coste y el beneficio sociales, la función del derecho consistirá en la corrección de dicha divergencia... [l]a función del derecho será decidir la cuestión (asignar costes y beneficios a las partes) tal como lo habría hecho el mercado, si no hubiesen mediados costes de transacción prohibitivos». La función del Derecho consiste en «*rehabilitar* el mercado, para lo cual es absolutamente necesario cancelar todo tipo de externalidades en cuanto que éstas pulsan los <fallos> de mercado mismo» (Id., 647, nota 134).

[57] La explicación de la existencia de imperfecciones del mercado relativas a la información asimétrica ha sido formulada por AKERLOF, G., "The Market for 'Lemons': Quality, Uncertainty and the Market Mechanism", Quarterly Journal of Economics, vol. 84 (1970) 488-500. En su *mercado de limones* (productos deficientes que desplazan a los buenos) contesta la teoría tradicional de los precios según la cual en un mercado en competencia no se pueden introducir los *limones*. Es decir, que una bajada en la calidad del producto debería comportar una bajada del precio dado que el querer maximizar la ganancia sin variar el precio comportaría una penalización por parte del mercado. En determinadas circunstancias los productos de *limones* desplazan a los buenos productos.

Según la teoría tradicional de los precios, un comerciante que trate de empeorar la relación calidad-precio, bajando la calidad del producto y maximizando las ganancias resultará penalizado por el mercado, pues de forma duradera no puede imponerse al mercado. Es decir, que en un mercado competitivo perfecto las variaciones de calidad se detectan y se reflejan inmediatamente en los precios. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civi*l (1991) 312-3; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure", UCLA LR (1978) 750.

motivos técnicos o porque los costes de información son demasiado altos.[58] El segundo presupuesto tiene lugar cuando sea imposible sancionar individualmente al responsable de la disminución de la calidad mediante una reacción de la clientela.[59]

Oportunismo y regulación

13. La cuestión jurídica aquí planteada consiste en saber si los casos con asimetrías de información requieren la intervención especial del Derecho ante la posibilidad del ofertante del bien o producto de desempeñar conductas oportunistas y fraudulentas frente al demandante del mismo.[60] Lo cierto es que la doctrina económica postula soluciones que eviten la intervención del Derecho a través de reglas obligatorias o prohibitivas ofreciendo para el *mercado de los limones* otras instituciones que consideran más efectivas.[61] De un lado, se defienden los códigos de conducta que regulen la ética profesional como elemento corrector para las profesiones con fuertes asimetrías de información.[62] De otro, se postula que la reputación disciplina la conducta fraudulenta de los contratantes, dado que facilita información complementaria sobre la calidad conocida del servicio del ofertante, normalmente a través de un signo distintivo, e incorpora una prima *goodwill* sobre el precio del servicio valorando su comportamiento pasado.[63] Sin embargo, este mecanismo funciona cuando el riesgo de la mala reputación del oportunista pueda

[58] Entre estos casos de costes de información asimétricos, en que la asignación eficiente de recursos en el sentido de Pareto no se alcanza porque el ofertante redistribuye la riqueza de sus clientes mismo aumentando los precios o reduciendo la calidad de sus productos y servicios. Sin embargo, un mercado competitivo perfecto disciplinaría las conductas fraudulentas. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 740, pone como ejemplo que «un productor de coches que realice conductas fraudulentas perdería todos sus clientes frente a otro que fuera honesto, puesto que el productor fraudulento sólo sería capaz de vender sus bienes a un precio menor al equivalente al del coste marginal de producción de los bienes más pobres».

Los supuestos alcanzan la mayoría de los mercados especializados, como por ejemplo en los productos alimenticios -dificultad para conocer su composición-, farmacéuticos –desconocimiento de la composición y efectos secundarios-, los que requieren condiciones generales de la contratación, como seguros –valoración del riesgo del daño-, contratos bancarios, y muy especialmente las prestaciones de servicios, como los de asesoramiento financiero, jurídico, económico, médicos –desconocen el diagnóstico o la terapia correcta-, de reparación, etc. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 91; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure", UCLA LR (1978) 750-1.

[59] V. más ampliamente, SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 313-314. Las imperfecciones del mercado posibilitan a los individuos que se aprovechen de su posición ventajoso sin ser penalizados por los mecanismos del mercado. V. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 740.

[60] PAZ-ARES, "La terminación de los contratos de distribución", RDM 223 (1997) 20, señala que el riesgo de incumplimiento u oportunismo puede definirse «como el riesgo de que una parte trate de aprovecharse o de tomar ventaja de los elementos no especificados o no verificables de la relación contractual».

[61] El hecho de que el mercado no pueda conducir a resultados óptimos, puede servir para justificar intervenciones jurídicas de carácter normativo (prohibitivo o imperativo) que no tengan en cuenta los costes de la ordenación legal. Presuponer que la regulación normativa es, en consecuencia, mejor al mercado imperfecto, ha sido objeto de crítica con el llamado Planteamiento del Nirvana. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 92-93. Sobre el *mercado de los limones*, v. supra, núm 12, nota 31.

[62] El colectivo profesional tendría un notable interés en establecer y respetar un código de conducta, puesto que su cumplimiento les reportaría mayores beneficios y los usuarios verían reducida su incertidumbre respecto de la calidad del servicio. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 317-318.

[63] V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 318-321.

disuadir al ofertante, cosa que no ocurre cuando el oportunista puede ocultar fácilmente sus comportamientos ante los demandantes futuros de sus prestaciones.[64]

d) Función del Derecho de sociedades

Naturaleza contractual de la sociedad

14. La doctrina económico contractual defiende la naturaleza contractual de la sociedad y del Derecho de sociedades.[65] Esta doctrina entiende la sociedad como un nexo de contractos, sean estos explícitos o implícitos, entre los distintos actores que participan en la actividad empresarial, tales como los empleados, gestores, acreedores, socios, etc.[66] En base a ello, la personalidad jurídica es sólo una cuestión de conveniencia y el Derecho contractual es, más que el Derecho de sociedades, el que ordena tales relaciones.[67] En definitiva, son contractuales los acuerdos implícitos que no son explícitamente negociados por las partes, son contractuales las decisiones emitidas por los administradores y también lo son, por ejemplo, los quorum para tomar acuerdos sociales, en la medida que son actuaciones voluntarias beneficiosas y el valor del contenido de tales actos se refleja en el precio.[68] Es más, aún cuando en los contratos los acuerdos son voluntarios y su contenido es el fruto de la voluntad unánime de todas las partes, las modificaciones relativas a la estructura y funcionamiento de la sociedad se producen por votación mayoritaria, lo cual no excluye su carácter contractual.[69]

Función del Derecho de sociedades

15. Siguiendo con lo dicho más arriba de que el Derecho cumple su función económica a través de la reducción de costes de transacción a través de la regulación de contratos, el Derecho de sociedades también desempeña esa función de ahorro de

---

[64] MURIS, “Opportunistic behavior and the law of contracts”, Minn. LR (1981) 527-8; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 750-2.

[65] V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 509, al señalar que «el Derecho de sociedades es de naturaleza exquisitamente contractual. La sociedad es un contrato y, además, un mecanismo para contratar».

[66] JENSEN / MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" J Fin. Econ. 3 (1976) 310-311; FAMA / JENSEN, "Separation of ownership and control", JL& Econ. (1983) 302; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 7; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 12. En contra de la visión contractual, v. CLARK, «Agency costs versus fiduciary duties», *Principals and Agents: The Structure of Business* (1991) 59-71. Entre nuestra doctrina, para una aproximación reciente sobre el modelo contractual de la empresa, v. LLEBOT, “Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil”, RDM (1996) 354, subrayando los argumentos fundamentales de esta doctrina; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 21; PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 203.

[67] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 12; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 21.

[68] En estos términos, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 14, 16-17.

[69] Son contractuales los términos de los estatutos sociales, las emisiones de nuevas acciones, las relaciones entre la empresa y los que facilitan trabajo, bienes o servicios; también son contractuales las normas estatutarias que admiten que determinados cambios se hagan por mayoría o a través de la actuación de los administradores, pues los socios podrían haber prevenido tales cambios a través de una mayoría reforzada. Que los estatutos admitan cambios por medio de un acuerdo social pero sin una compensación es una opción contractual. También son contractuales los términos legales que no han sido modificados por la sociedad a través de un acuerdo social. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 15-6.

costes de contratación a las partes intervinientes.[70] Las formas contractuales estándar determinadas por el legislador facilitan aquellas disposiciones que la mayoría de los participantes habrían contratado si los negociadores estuvieran informados, tuvieran un comportamiento económico racional y los costes de contratación fueran suficientemente bajos.[71]

Carácter dispositivo del Derecho de sociedades

16. De este modo, el ordenamiento facilita unos modelos contractuales que las partes pueden aceptar o rechazar, de forma que el Derecho de sociedades cumple así una función supletoria de la voluntad de las partes.[72] Ello pone de manifiesto el carácter esencialmente dispositivo del Derecho de sociedades, que confiere a la autonomía de la voluntad un papel relevante para que las partes para ordenar los asuntos societarios.[73] Siguiendo esta premisa el contrato estipulado por las partes se integra con las normas de legales, por razón de su carácter dispositivo, y por la voluntad hipotética de las partes.[74] Esta voluntad hipotética configura el contenido de las normas implícitas del propio contrato cubriendo la función de completar sus lagunas.[75]

e) Limites metodológicos y de orden jurídico-político

Reduccionismo metodológico

17. La propia doctrina económica y sus críticos han observado diversas limitaciones y se han planteado reservas al uso del análisis económico del Derecho tanto para

---

[70] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 34, 236; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 510.

[71] V. esta tesis en EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 14-15, 22 y 35.

[72] V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 510, quien señala que «[e]sta concepción facilitativa del Derecho de sociedades aparece consagrada con singular fuerza en el art. 121 CdC: "*Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código*". En nuestra opinión, urge devolver a este precepto el protagonismo que le corresponde en la materia. En él se expresa de manera eficaz el papel básicamente supletorio del Derecho de sociedades». V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 2, 15, 36; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 8.

[73] PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 434, postula «una dogmática que conciba las sociedades como nexos de relaciones contractuales y atribuya al Derecho de sociedades una función más que directiva, facilitadora de la ordenación privada, que es la más conforme con los valores liberales encarnados en el principio de libre asociación (art. 22 CE) y de autonomía privada (arts. 9 CE y 1255 CC)». El autor, id., p. 509, reclama «un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada, cuyo fundamento último radica en el principio constitucional de libre asociación (art. 22 CE)». V. más ampliamente, en PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 203-5, en particular, en la p. 205 la síntesis sobre el programa de reconstrucción del derecho de las sociedades de capital basado en la eficiencia, la voluntad hipotética y el derecho dispositivo.

V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 35.

[74] PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 203. Entendido de esta manera, el orden legal no es un instrumento de configuración del contrato, cuanto una fuente de integración del mismo en el sentido del art. 1258 CC.

[75] Cfr. con EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1487, para quien «[l]os contratos y los acuerdos son formas de regulación privada, pero ellos [los contratos implícitos] no son tales formas. Los contratos implícitos son formas de ordenación privada, pero no son contratos. La mayoría de las reglas de la sociedad no vienen determinadas por la ley, pero tampoco vienen determinadas por contrato».

servir a la elaboración de normas jurídicas, cuanto para su utilidad en la interpretación y aplicación de las mismas.[76] De un lado, se han advertido determinados límites de carácter metodológico al afirmarse su reduccionismo económico que, a través del trabajo en sus modelos, no permite un análisis de los fenómenos reales complejos.[77]

18. En este orden de ideas, se afirma la falta de eficacia de la teoría económica como parte de las teorías jurídicas debido a que su análisis de problemas reducidos al esquema de costes y beneficios no permite integrarse en un marco valorativo más amplio que atienda a los valores de la comunidad, siendo que sus soluciones ni tan solo están fundamentadas en un imperativo de justicia.[78] En particular, el hecho de

---

[76] V. las reflexiones críticas de PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho)", ADC (1981) 689-707, en las que se pone de manifiesto tanto las limitaciones de carácter metodológico como de naturaleza político-jurídica. En su extremo opuesto, la teoría económica no merece ser objeto de crítica ni de atención; v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) y de GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1564. Para este último autor, id., p. 1546, el análisis económico del Derecho es «una forma de razonamiento que rompe drásticamente con los cánones tradicionales de la argumentación jurídica».

[77] Según PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 693, «la teoría económica del derecho no es apta ciertamente para captar la complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos que trata de iluminar... La debilidad de la <justificación> es, otra vez, manifiesta: el fenómeno de la abstracción -que, por otra parte, no postula la irrealidad- se proyecta sobre un determinado plano de la experiencia (el económico, en el caso), sin que por ello acierte a explicar los restantes, que es lo que, a fin de cuentas, se pretende. Nuevamente, un tipo de razonamiento metonímico (*pars pro toto*) -rechazado, por lo demás, por la lógica científica- conduce a la mixtificación». De una forma más explícita, MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho* (1994) 278, señala que «[e]l derecho en su conjunto es explicado a partir de un modelo de cientificidad económico que permite reducir todo el problema jurídico a una problema de costes y beneficios. Todo el derecho puede ser explicado a partir de un estudio sistemático que parta de una teoría de base simple en la que las categorías jurídicas vienen redefinidas en términos de acuerdos maximizadores de utilidad, de externalidades y de costes de transacción». El autor añade (Id., pp. 283-284) que la«complejidad de la realidad es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a *homo economicus*, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado dónde la política y el derecho son racionalizados sobre la base de esa realidad para convertirlos en 'metamercados institucionales? que reproducen la lógica de la racionalidad maximizante... Estamos ante una reducción de la realidad y del derecho que, por ejemplo, hace que la única forma en la que la conflictualidad social sea representada, sea a través de la categoría de externalidad y de costos de transacción, en la que la identificación de los individuos se reduce a su posición en el mercado como productores o consumidores».

En términos semejantes se pronuncia GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1610-12, al señalar que los modelos son representaciones deliberadamente simplificadas de la realidad social; que los modelos teóricos no son falsables por cuanto no postulan verdades científicas, si bien son pronósticos que se someten a verificación y son instrumentos útiles para el estudio analítico de problemas. Id., pp. 11579 y 615-9, dónde indica que el modelo del *homo economicus rarionalis* simplifica en exceso la realidad socio-jurídica, de la misma manera que el modelo más específico de Coase y Posner se caracterizan por un acusado reduccionismo de la compleja realidad económica.

V. también, SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 564, nota 11, donde se señala que el modelo hipotético de mercado que defiende la teoría económica está alejado de la complejidad de los mercados reales.

[78] Señala CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (1995) 71-76, que «[u]na teoría jurídica carece de la eficacia requerida cuando no puede integrar el problema en cuestión en un orden de cosas más amplio..., cuando no establece una vinculación entre la solución del problema y una valoración normativa o un criterio de justicia [caso del análisis

que el dinero sea el denominador común para la determinación de costes y beneficios plantea un doble orden de cuestiones: de un lado, la asignación objetiva de valores monetarios a todo coste y beneficio relevantes del individuo afectado; de otro, hace difícil valorar otros aspectos no económicos como los derechos esenciales de la persona humana.[79]

19. Además, la regla de la eficiencia como principio rector de la decisión del juez plantea ciertas objeciones relacionadas con su de base científica y la dificultad para su aplicación práctica.[80]

Principio de legalidad

20. De otro lado, y en la línea de lo que se viene apuntando, el análisis económico del Derecho se enfrenta a determinadas limitaciones de naturaleza político-jurídica. En primer lugar, de la Economía no se pueden derivar juicios de valor normativo trasladables al Derecho, ni los valores implícitos del Derecho pueden buscarse en la Economía.[81] Es decir, si la teoría económica ha de servir a la interpretación y a la resolución de cuestiones jurídicas debe quedar sometida al principio de legalidad.[82] En este sentido, el Juez queda obligado constitucionalmente a impartir Justicia y en esta tarea, el Juez se somete al imperio del la ley y al sistema de

---

económico del Derecho]... o cuando no es siguiera capaz de indicar todas las condiciones necesarias y suficientes para un único supuesto de aplicación propuesta y, de esa forma, no ofrece base alguna para conclusiones de parecido». Una teoría que le falta la eficacia «carece de interés, de modo que ni siquiera valdrá la pena tratar de refutarla»; id, p. 71. En este sentido, el análisis económico del Derecho, ni siquiera «intenta trasponer la visión puramente económica al plano del Derecho y, consiguientemente, indicar las razones de por qué su solución es una solución *de Derecho*, es decir, conforme a la Ley o, por lo menos, a un imperativo de justicia»; id, p. 75.

MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho* (1994) 279, recuerda a Calabresi, al señalar que el análisis económico del Derecho, «al asumir como único criterio de decisión la eficiencia, ha dejado olvidada la función del derecho como protector de valores. Para Calabresi, 'el derecho no sólo refleja valores e ideales existentes, sino que también interviene en su producción social'».

[79] V. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) 22. En relación a la primera cuestión, el problema se plantea en términos de mayor dificultad «si la pérdida o ganancia se refiere a un artículo que no es fácil de ser sustituido»; id, pp. 138; v. 139-141.

[80] Señala GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1627, que el criterio de eficiencia «al menos en su aplicación práctica bajo la forma de análisis costes / beneficios, implica un inevitable juicio de valor irracionalizable científicamente o, mejor dicho, demostrado científicamente que es indemostrable: la comparación intersubjetiva de utilidades, para hacer posible su medición y agregación». El mismo autor, id., p. 1629, entiende que la puesta en práctica de la teoría requiere de un aparato técnico relevante. «[S]i se plantea... con seriedad, el desarrollo de un programa político-jurídico con apoyo en el principio de eficiencia económica tiene necesidad de un enorme volumen de investigaciones empíricas extraordinariamente complejas, sin las cuales se corre el peligro de que una interpretación orientada por la eficiencia en vez de conducir a una mejora lleve a un empeoramiento del *status quo* social».

[81] GIRON, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil* (1986) 117-118.

[82] Al respecto señala PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 696, que el papel de la teoría económica debe «configurarse como *subordinado*, puesto que debido a la estructura normativa del conocimiento jurídico (i.e., la necesidad de que el <conocedor> acate el mandato de la norma), debe quedar en todo caso garantizada la positividad (política, si se quiere) del derecho vigente, de la *lex data*; es esta perspectiva *dogmática* en la que se viene a situar el análisis económico... corresponde exclusivamente al jurista determinar qué tipo de decisión registra la norma, así como el contenido de la misma». Sin embargo, id, p. 694, nota 287, el autor afirma que «la necesidad de seguir pensando en términos de principio de <legalidad>, aunque sea consciente de su crisis: el principio de <efectividad> sólo podría introducirse en los márgenes de aquel».

fuentes vigente en el ordenamiento.[83] Siguiendo este planeamiento, el juez debe basar su decisión en «un criterio reconocible en el Derecho constituido», particularmente cuando haga uso de reglas nuevas para resolver un determinado caso.[84]

Valor normativo de la eficiencia

21. En segundo lugar, la cuestión fundamental que se plantea resulta de saber si el principio de eficiencia, como base de la construcción del análisis económico del Derecho, puede ser considerado como un principio de nuestro ordenamiento jurídico.[85] La respuesta no encuentra una afirmación explícita en nuestro sistema jurídico y la doctrina crítica no parece aceptar que tal criterio sea una referencia valorativa general, ni tampoco especial para determinados sectores de nuestro Derecho.[86]

---

[83] GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1571-1580 y *passim*. Señala este autor, id., p. 1572, que «la propia Constitución (art. 120.3) ordena que las resoluciones judiciales venga 'motivadas', es decir, fundamentadas en el Derecho establecido». Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 286, que las pautas de valoración del jurista «le son dadas en el orden jurídico, en la Constitución y en los principios jurídicos aceptados por ésta. Para él, "justificar" una resolución quiere decir: mostrar que ésta está en consonancia con esas pautas fundamentales y con su posterior configuración en el orden jurídico total -con inclusión de los criterios de resolución elaborados por la jurisprudencia de los tribunales».

[84] GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1573. Id., p. 1577: Para resolver un caso pueden hacerse uso de reglas nuevas, pero «se les exigirá que los fundamente, más o menos directamente, en valores o principios jurídicos reconocibles en el Derecho constituido». En palabras de LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 426: «no se puede establecer por sí mismo un Derecho nuevo, que sólo habría de realizar un precepto constitucional, pero que no tiene ningún contenido predeterminado claro -que necesita, por tanto, ser precisado más concretamente por el legislador- resolviendo un caso que se le somete, como si este Derecho fuera ya vigente. Esto significaría anticiparse a la libertad de configuración del legislador». Cfr. con aquellas construcciones en la cuales el razonamiento moral no es ajeno a la teoría general, tal como lo apunta DWORKIN, *Los derechos en serio* (1984) 51 y *passim*, al señalar que «los problemas de jurisprudencia son en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia». El autor construye una teoría general en la que se incorpora el razonamiento moral.

[85] En cuanto al papel de principio de eficiencia, PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 696-697, señala que «la realización de la <eficiencia económica> puede, si acaso, ser uno de los objetivos que debe perseguir la interpretación o proyección de un programa de normación de los intereses privados: pero no ciertamente el único objetivo que se debe poner el jurista; aún menos puede constituir la única directriz (emergente de las relaciones de mercado) que se deba observar en la revisión o refundación de las reglas jurídicas». En particular, sobre la relevancia de la eficiencia económica, MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho* (1994) 282, entiende que «[a]sumir hasta las últimas consecuencias que el derecho responde a la lógica racional del mercado, significa convertir a la eficiencia económica en norma fundamental de sistema jurídico que permite redefinir a éste sobre la base de la distinción entre normas heterónomas a dicha lógica racional y normas congruentes con dicha lógica».

[86] GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1579-80, entiende que la eficiencia económica no es una referencia valorativa subyacente en la norma concreta ni se reconoce como principio jurídico en el Derecho constituido. Por otra parte, ni el exclusivo reduccionismo económico ni la valoración prioritaria a través del valor de la eficiencia, son asumibles por parte de la dogmática jurídica tradicional. V. además, id., pp. 1581-3, las reflexiones sobre la función ordenadora del Derecho contractual dispositivo, presidido por el valor de la Justicia "compensatoria" y el justo equilibrio de intereses. SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 564, nota 11, resta valor a la eficiencia señalando que de otra manera no sería fácil distinguir entre las reglas de Derecho y las propias de una asociación ilícita. Cfr. esta

Derecho dispositivo

22. En tercer lugar, la dogmática ha entendido que el derecho dispositivo sirve a la función de cubrir las lagunas contractuales cuando se cuenta con una regulación dispositiva para un tipo contractual al que corresponde el negocio.[87] Sin embargo, nuestro ordenamiento no establece un principio de excepcionalidad del derecho imperativo en materia contractual, ni tampoco contempla una regla de presunción de que el ordenamiento relativo a los contratos es dispositivo.[88] De otro lado, la función que cumple el derecho dispositivo no es solamente de carácter supletorio sino que éste desarrolla una función ordenadora dando a conocer el equilibrio de intereses en la regulación contractual del tipo, dentro del marco de la justicia compensatoria o conmutativa.[89]

Contrato hipotético

23. Una última cuestión se plantea en relación con la integración del contrato a través de la voluntad hipotética de las partes.[90] La voluntad hipotética como forma de reconstrucción contractual ha sido objeto de crítica, por una parte, por su abstracción, y se ha reclamado una interpretación del negocio sobre la voluntad real acordada por las partes.[91] Por otra, se señala que la técnica de la voluntad hipotética obedece a una función normativa de la que el juez no tiene atribución.[92] En fin, la propuesta del análisis económico-contractual de establecer como marco un modelo de contrato económico-racional que en abstracto y bajo condiciones ideales de mercado hubieran de celebrar las partes encuentra objeciones dentro de la escuela económica al reconocerse que la eficiencia por sí sola no puede fundamentar la reconstrucción contractual. A estos efectos incorporan otros elementos como la lealtad y la buena fe en la formación del contrato y la justicia

---

línea de pensamiento con la contestación dada por ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 957-76. En un término medio SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 338, señalan que aún cuando no pueda atribuirse obligatoriedad jurídica el criterio de eficiencia, permite hacer una valoración de las consecuencias de una decisión de forma que el juez o el legislador deberían tenerla en cuenta para evitar actos que conducen «a un despilfarro de los recursos sociales».

[87] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 297.

[88] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 335-6. En igual sentido, v. DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC (1982) 1065.

[89] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 336; DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC (1982) 1061; GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1582-3. V. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 61-65; en general sobre las normas dispositivas y las imperativas, v., id, pp. 41-44.

[90] Para EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1486-1487, tanto el planteamiento dispositivo del derecho de sociedades como el entendimiento de la sociedad como un nexo de contratos le parece como «*descriptively erroneous*» a la vez que «*inaccurate*». Sobre la idea de eficiencia e integración, v. también SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 564, nota 11.

[91] V. al respecto, GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?, RDM (1997) 1588, quien señala que el recurso la llamada interpretación complementadota o integradora del contrato no puede ser una interpretación de la voluntad real, sino que es preciso inducir una voluntad hipotética que no puede prescindir de las circunstancias singulares del caso y que encuentra apoyo objetivo «en las valoraciones que subyacen a la concreta regulación contractual que las partes se han dado».

[92] Según la visión contractual, el Juez resuelve desde una perspectiva ex ante, abandonando la perspectiva ex post que le corresponde y se pone en el lugar del legislador decidiendo conforme al valor extrajurídico de la eficiencia económica. V. GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1593.

compensatoria en su ejecución.[93]

24. En este sentido puede afirmarse que donde acaba la Economía, comienza el Derecho, en la medida que la ambas pueden desarrollar funciones distintas, si bien complementarias. La Economía cumple con su función al articular modelos sobre como aprovechar los recursos escasos a través de un patrón eficientista; mientras, el Derecho desarrolla la suya al contribuir a ordenar y transforma la realidad de acuerdo con los fines propios del bien común.[94]

[93] V. al respecto SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 286 y abundante bibliografía y referencias jurisprudenciales en Alemania, quienes señalan que la reconstrucción del contrato debe tener en cuenta lo que las partes hubieran acordado con un comportamiento honrado y ante un examen de sus intereses según su buena fe como contratantes. Según estos autores, «[e]l sistema jurídico de referencia coincidirá con el modelo económico del contrato perfecto siempre que se parta de la base de que un contrato tiene que servir a los intereses de ambas partes y de que debe conducir a una compensación justa y razonable».

Sobre el papel de la buena fe en el control del oportunismo, v. PAZ-ARES, "La terminación de los contratos de distribución", RDM 223 (1997) 46, quien al referirse al ejercicio de los derechos de terminación del contrato, señala que «como el ejercicio de cualquiera otros derechos, tiene que arreglarse a las exigencias de la buena fe (art. 7 I CC), y tratándose de una materia contractual, éstas han de definirse o modularse atendiendo a la voluntad presumible de las partes (art. 1258 CC)»

[94] V. SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 563-564. También GIRON, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil* (1986) 118, recuerda la sustantividad del Derecho en sus fines, valores y método, frente al análisis económico. De su parte, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1976) 46, señala que es preciso distanciarse de la investigación económica, en la medida que «el objeto de la ciencia jurídica son las normas y no las leyes económicas o naturales», y además, la Economía y el Derecho confieren importancia decisiva a datos y factores distintos. V. también ARROYO, «Reflexiones en torno al interés social», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1851-2.

2.
Las conductas oportunistas en las relaciones gestoras

a) Origen del conflicto. Las conductas oportunistas

Especialización y confianza

25. Desde una perspectiva general, los conflictos de intereses encuentran su causa originaria en la competencia que origina la escasez de recursos en una economía basada en el intercambio especializado.[95] La obtención eficiente de resultados requiere la especialización en la producción y distribución de bienes y servicios, lo que a su vez comporta la exigencia o necesidad de confiar en otros en los procesos de producción y distribución.[96] Sin embargo, el especialista estará más motivado a maximizar su propio riqueza que la del otro contratante, con lo que estará incentivado a reducir o variar la calidad del producto o servicio si puede hacerlo sin afectar el precio de venta o el volumen de negocio. Así, la confianza puesta en el especialista crea oportunidades para éste de aprovecharse, desde su posición, de los intereses de la otra parte, en la media que el coste de la reducción de calidad recae en el adquirente del producto y los beneficios son aprovechados por el especialista. Además, en la medida que la especialización es mayor, mayores son las oportunidades para aprovecharse.[97]

Noción de oportunismo

26. El conflicto es, en el sentido apuntado, una situación de riesgo relativa a los intercambios especializados. Cuando la situación de riesgo se manifiesta mediante una conducta de aprovechamiento derivado de la confianza estaremos ante un comportamiento oportunista o fraudulento. La conducta oportunista se considera, en esos términos, una forma de búsqueda del interés propio que aprovecha las asimetrías de información derivadas de la especialización entre las partes

---

[95] El conflicto de intereses es desde este planteamiento de escasez de recuso objeto de estudio mediante la economía. V. ALCHIAN / ALLEN, *University Economics* (1972) 7; ANDERSON, “Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure”, UCLA L. Rev. (1978) 741-3, 739; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 87-94. Desde otra perspectiva, señala HASSLER, “L’intérêt commun”, RTDC (1984) 615, que es «[e]l egoísmo [lo que] genera el conflicto de intereses».

[96] La relación entre confianza e información se ha puesto de manifiesto a partir de la llamada economía de la información. Tales estudios se inician a partir de los sesenta, con la introducción por STIGLER, G., “The Economics of Information”, Journal of Political Economy, vol. 69-3 (1961) 213-25, de una nueva rama de la economía, la economía de la información, con la que relaciona modelos de conducta como la confianza, la cooperación y el altruismo en la teoría económica. Cfr. con las críticas a sus planteamientos de SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 306. Sobre la distinción entre informaciones productivas e improductivas, v. id., p. 307. Tales autores afirman, id., pp. 310-11, que en los casos de *bienes experimentados* (*experience goods*) con simetrías de información, la confianza en el suministrador sustituyen los costes prohibitivos de información.

[97] La doctrina económica señala que el intercambio en la producción y distribución incrementa el valor de los recursos disponibles. Sobre las bases del intercambio v., ALCHIAN / ALLEN, *University Economics* (1972) 35-52 [44], cuyo análisis se asienta sobre la idea de que el intercambio es productivo, en el sentido de que la «producción significa un acto que incrementa la utilidad». Sobre la producción, el intercambio, la especialización y la eficiencia, v., id, pp. 199-214, dónde se distingue entre las ventajas y desventajas de la especialización. Sobre la idea de que la especialización crea oportunidades para el aprovechamiento y la complejidad del servicio o producto dificulta la detección del fraude y aumenta la probabilidad de que ocurra, v. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 739-740. Cfr. esta premisa con la afirmación de SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 349, de que la especialización «no produce necesariamente una asimetría en los costes de información».

contratantes de una determinada relación de intercambio basada en la confianza. En este sentido, la conducta oportunista parte de un elemento de hecho, la desigualdad de conocimientos, y de un comportamiento abusivo, impropio de la confianza generada en la parte no informada.[98]

Costes de control

27. Las conductas oportunistas, caracterizadas por las dificultades de ser detectadas y la facilidad por ser encubiertas, generan costes de transacción, de información y de control, para limitar las posibilidades de aprovechamiento del proveedor del bien o servicio, ya sea mediante el contrato, el control directo o a través de los medios de ejecución forzosa del contrato.[99] Además, si los individuos siguen la tendencia de comportarse oportunistamente, salvo que existan controles suficientes para disuadirles, los costes de prevención y vigilancia de las conductas aumentarán en proporción al riesgo de oportunismo según el tipo de contrato.[100]

---

[98] La moderna reformulación del oportunismo se debe a WILLIAMSON, que recoge sus aportaciones en *The Economic Institutions of Capitalism* (1987) 47, 64 y *passim*. Según el autor, fue KNIGHT, Rrisk, *Uncertainty and Profit*, 1922, quien introdujo el término oportunismo (‘*opportunism*’) [id, p. 3] y a partir de entonces «[e]l oportunismo [se considera] una sutil y generalizada condición humana de la cual el estudio de la organización económica debe estar seriamente preocupada» [id, p. 6]. Siguiendo a Williamson, existe un marco de tres niveles relativo a los comportamientos en interés propio: oportunismo, simple búsqueda del interés propio y obediencia. El primero exige astucia e incluye la mentira, el robo y el fraude. En términos generales, el oportunismo viene referido a «la distorsionada o incompleta emisión de información, especialmente para calcular esfuerzos para llevar a error, distorsionar, disfrazar, ofuscar o confundir» [id, p. 47]. En un trabajo anterior, WILLIAMSON, “Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations”, Am. Econ. Rev. (1973) 317, el autor se refiere al oportunismo como «un esfuerzo para realizar ganancias individuales a través de la falta de franqueza u honestidad en los negocios». La forma más común de realizar esta estrategia se origina por la existencia de información asimétrica. V. también SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 322-324, quienes se refieren al comportamiento oportunista se produce cuando en una relación, la parte que ha generado la confianza elige «una estrategia no cooperativa y en lugar de una prima de confianza prefiere cobrar una prima por oportunismo». En el ámbito contractual, v. MURIS, “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts” Minn. LR (1981) 521, 523-4, para quien la conducta oportunista se produce en la ejecución contractual y el oportunista se transfiere riqueza sin contradecir necesariamente los términos explícitos del contrato y la víctima no hizo previsión del comportamiento oportunista.

[99] Como señala MURIS, “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts” Minn. LR (1981) 525, «[e]n general, el oportunismo es sutil en dos maneras: primero, el comportamiento es inherentemente difícil de detectar; segundo, aunque la actividad sea detectable, se puede encubrir fácilmente como una conducta legítima y, de ahí que su naturaleza oportunista sólo pueda descubrirse a un alto coste». V. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 749-750, 760-761; WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism* (1987) 388.

[100] V. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 70, quien parte de la suposición de que «los participantes en la vida económica tienden, en ausencia de restricciones o salvaguardas que modifiquen sus incentivos y como consecuencia de la búsqueda de su propio interés, a comportarse de forma oportunista tras entrar en una relación contractual». V. más ampliamente, id., pp. 70-4.

La reordenación de los contratos teniendo en cuenta los costes de transacción es una tarea ya iniciada por la doctrina económico contractual. V. al respecto, PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional”, ADC (1981) 675, nota 223, refiriéndose al inicio de los trabajos sobre una nueva tipología de contratos que parte de la distinción entre *contrato-transacción* y *contrato-relación* en la dirección de «explicar toda una serie de confusas categorías dogmáticas, tales como contratos de colaboración, de organización, de duración, de servicios, etc.». V. Además, id., p. 636, nota 96.

b) Los costes de agencia

Relación de agencia

28. Este planteamiento relativo al ámbito contractual que venimos siguiendo encuentra su paralelo en el análisis de costes de transacción que se producen en las relaciones que existen entre el principal y el agente dentro de las estructuras de gobierno de la empresa. Para ello, la doctrina económica se sirve de la denominada relación de agencia para explicar las relaciones existentes entre el principal y agente cuando el primero requiere la colaboración del segundo para que actúe por su cuenta en determinadas relaciones de intercambio.[101] La relación de agencia típica es la que existe entre el administrador y los socios, pero también la relación que se produce entre las mayorías de control y las minorías de inversión.[102]

Coste de agencia

29. Este marco genérico de las relaciones de agencia, dentro del cual la administración de sociedades es una de sus especies, ha sido estudiado a través de la teoría de la empresa, en la medida que la empresa organizada a través de una forma social se justifica por la exigencia de menores costes de transacción respecto de los que se producirían a través de transacciones en el mercado.[103] Sin embargo, la

---

[101] La doctrina económica usa la expresión *relación de agencia* para un conjunto heterogéneo de relaciones y con distinta precisión en su contenido. JENSEN / MECKLING, «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 265, definen «la relación de agencia como un contrato bajo cuyas cláusulas una o más personas (el/los principal/es) contratan a otra persona (el agente) para que realice determinado servicio en su nombre, lo que implica cierto grado de delegación de autoridad en el agente». Idem, WOLFSON, "A critique of Corporate Law", U Miami LR (1980) 962. En un sentido más amplio, ARRUÑADA, *Economía de la empresa: Un enfoque contractual* (1990) 67, se refiere la relación de agencia como «todo contrato en el cual al menos una parte, el *agente*, se compromete a realizar algo para otra parte, el *principal*. Esta relación de agencia es consustancial a toda delegación de autoridad decisoria y, más en general, a todo esfuerzo cooperativo». V. ARROW, «The Economics of Agency», *Principals and Agents: The Structure of Business* (1991) 37-51 [37-38]. Para PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS, núm. extraordinario (1994) 254, relación de agencia equivale a los que se entiende como una relación fiduciaria o de confianza «que existe entre quien gestiona los recursos y quien los suministra».

[102] Este es el criterio de PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS, núm. extraordinario (1994) 254, quien indica que «también existen costes de agencia... muy especialmente, entre el conjunto de los miembros de la sociedad -administradores y socios- y los terceros acreedores que aportan recursos -dinero u otros activos- a título de crédito».

La doctrina tradicional anglosajona niega que los administradores sean, en su sentido jurídico, agentes de los socios o inversores, así como que la relación de agencia en sentido económico sea equivalente a la relación de agencia en sentido jurídico. La idea que sirve de base para esta línea argumental se basa en que los socios no ejercen un control directo sobre los administradores. V. sobre ello, Cap. 2º, núm. 146.

[103] La moderna teoría de la empresa se debe a COASE, "The nature of the firm", *Económica* (1937) 386-405, Ibid, en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 33-49. El autor, en "El problema del coste social", *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 135, al preguntarse por qué existe la organización empresarial, señala que «la empresa representa una alternativa a la organización de la producción a través de transacciones de mercado. Dentro de la empresa se eliminan los acuerdos individuales entre los distintos factores que cooperan en la producción, y se sustituyen las transacciones mercantiles por decisiones administrativas. El reacomodamiento de la producción tiene lugar sin la necesidad de acuerdos entre los propietarios de los factores de producción». Con mayor claridad COASE, «Apéndice: La estructura institucional de la producción», en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 211-2, indica que «[e]n mi artículo de 1937 ["La naturaleza de la empresa"] sostenía que en un sistema competitivo se conseguiría una planificación óptima, ya que una empresa, esa pequeña sociedad planificada, solamente podía continuar existiendo si realizaba su función coordinadora a un coste más bajo del que alcanzaría si

actividad empresarial organizada a través de una sociedad requiere a menudo la creación de estructuras de gobierno para el desarrollo de las tareas dirigidas al cumplimiento de los fines sociales.[104]

30. Los agentes, personas contratadas para llevar a término tales fines, puede aprovecharse del principal actuando oportunistamente. La explicación económica a este fenómeno parte de la idea que considera al agente como maximizador de su riqueza, por cuanto, a falta de incentivos apropiados, actúa en su propio beneficio, repercutiendo en el principal los costes de sus acciones.[105]

31. Esta posibilidad de divergencias de intereses entre el principal y el agente exige un control del primero respecto del comportamiento fiel del segundo, lo cual en términos económicos se denomina coste de agencia. Este coste dirigido a evitar las conductas oportunistas del agente derivadas de los conflictos de intereses surgidos entre principal y agente abarca tanto los costes de información, de vigilancia y de incentivación del agente como los costes de fidelidad y de pérdida residual.[106]

---

dicha función se realizara a través de transacciones de mercado; y a un coste inferior del que le supondría a otra empresa llevarla a cabo. Para llegar a un sistema económico eficiente es necesario no sólo que existan mercados, también deben existir áreas de planificación dentro de organizaciones de tamaño apropiado». V. también, PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 635-636 y 675, nota 223.

[104] Los problemas de gobierno de la sociedad son problemas de agencia en el sentido de disciplinar las relaciones que se establecen cuando un sujeto tiene que actuar en interés de otro. V. BISBAL, "Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", BIM (1995) 376.

[105] JENSEN / MECKLING, «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 265, expresan esta idea claramente: Si las partes de una relación de agencia «son maximizadores de utilidad, existen una buenas razones para pensar que el agente no actuará siempre en el mejor provecho del principal». V. más ampliamente en EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 9-10, quienes señala que «A menos que una persona reciba todas los beneficios del éxito y todos los perjuicios del fracaso, sus incentivos no están debidamente alineados con los de la empresa (*venture as a whole*)». V. también, ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 759.

[106] Siguiendo a JENSEN / MECKLING, «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 265-266, existen tres tipos de costes de agencia: los gastos de control por parte del principal, los gastos de garantía de fidelidad del agente y la pérdida residual. Los costes de control están «diseñados para acortar las actividades desviacionistas del agente»; los costes de fidelidad «garantizarán que no tomará decisiones que perjudiquen al principal o en asegurar que el principal será compensado en caso de que tome tales decisiones» [v. id. p. 281]; en fin, los costes de pérdida residual derivan de la existencia de «divergencias ente las decisiones del agente y aquellas otras que maximizarían la riqueza del principal. El equivalente en dólares de la reducción en el bienestar del principal ocasionada por esta divergencia es también un coste de la relación de agencia». Siguen este esquema, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 10 y *passim*; FAMA / JENSEN, "Separation of ownership and control" JL& Econ. (1983) 304. V. también, POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 367-8; WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism* (1987) 3, 386-393.

Para una definición de costes de agencia no realizado por contractualistas, v. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 94; según los *Principles*, los costes de agencia son «la suma de (i) los costes de instalar mecanismos destinados a minimizar el efecto del conflicto de intereses entre principales y agentes y (ii) los costes que aparecen en tales conflictos aún después de haber incorporado tales mecanismos».

En nuestra doctrina, v. PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS, núm. extraordinario (1994) 254; ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*,

c) El conflicto en los supuestos de separación entre la propiedad y el control

Planteamiento

32. Las conductas oportunistas derivadas de conflictos de intereses entre el principal y los gestores se plantean en relación a todo tipo de empresarios y de sociedades en particular, sean esta abiertas o cerradas.[107] Sin embargo, la doctrina ha dedicado especial atención al conflicto de intereses que se produce en la gran sociedad en conexión con la denominada separación entre propiedad y control. El planteamiento se inicia con los estudios de *Berle* y *Means* que pusieron de manifiesto que la dispersión accionarial relativa a la gran empresa situaba a los administradores en una posición de privilegio para desarrollar estrategias interesadas.[108]

Separación eficiente: especialización

33. Sin embargo, la doctrina económica contractual ha destacado que la separación entre propiedad y control establece una estructura económica eficiente, partiendo de la idea de que los costes de participación del socio inversor son prohibitivamente altos.[109] No se trata pues de postular una participación

---

I (1996) 143, nota 31; ARRUÑADA, *Economía de la empresa: Un enfoque contractual* (1990) 67-73. Sobre la relación entre costes de transacción y de agencia, v. ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 141-2. Sobre las diversas direcciones teóricas relativas a los costes de agencia, v., LLEBOT, "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil", RDM (1996) 364, nota 73.

[107] V. *infra*, núm. 91.

[108] La premisa básica sobre la que se asienta la construcción de BERLE / MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* (1933) 122, reside en el hecho de que ante el fenómeno de la dispersión e inactividad de los accionistas, para el grupo de control «[c]uanto más decrece la proporción en su participación en la sociedad y menos le afectan los beneficios como las pérdidas, las oportunidades de aprovechamiento a expensas de la sociedad se muestran más directas para su beneficio»; v. más ampliamente sobre los intereses en conflicto, id., pp. 119-25. Sobre el término control, v. id., pp. 69-118, donde se distingue, entre otras formas, entre mayoría de control, minoría de control y control por parte de los gestores. Ante el problema planteado, Berle y Means apuntan tres direcciones de posible evolución del Derecho de sociedades. De un lado, señalan la doctrina tradicional según la cual el grupo de control se encontraría en una posición fiduciaria que le obliga a actuar en el único interés del socio aunque ya no tenga una responsabilidad activa. De otro, se cuestiona el parecer que plantea que el grupo de control dispone de un poder absoluto que les permite usar de su posición sin estar sujetos a los deberes implícitos, pudiendo dirigir la sociedad en su propio interés y obtener recursos de la sociedad como un privilegio derivado del cargo. Frente a ambas posturas, los autores proponen que «los propietarios de propiedad pasiva, al ceder el control y responsabilidad sobre la propiedad activa, ha cedido el derecho a que la sociedad funcionara en su único interés... [Con ello] la comunidad está colocada en posición de pedir que la moderna sociedad sirva no solo a los propietarios y a los grupos de control, sino a toda la sociedad».

Sobre el problema del poder en la gran sociedad, v. CORTES, *Funciones de la sociedad anónima* (1985) 25-6, quien señala que el problema del control de poder concentrado en la gran empresa no puede resolverse utilizando los clásicos instrumentos del Derecho de sociedades; este problema pasa de ser interno y societario a externo, de nueva fundamentación. V. GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas* (1933) 41, al referirse a la «separación cada día más firme entre la propiedad del capital y la dirección de la empresa»; v. id., pp. 64-5; MENENDEZ, *Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima* (1974) 39-45, planteando distintas fórmulas de control de los órganos de gestión, e indicando (id., p. 44) que «sólo un auténtico control de la gestión puede ofrecer una adecuada defensa de los principios que deben inspirar actualmente la disciplina de la gran sociedad anónima: la defensa del crédito y la protección del ahorro».

[109] POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 384; ALCHIAN / DEMSETZ, «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa* (1994)

democrática de los socios, sino de transferir el poder de gestión a un grupo de especialistas. Este planteamiento se desenvuelve dentro del concepto contractual de empresa, entendida ésta como nexo de contratos, dónde la relación de propiedad entre el socio y la sociedad pierde su tradicional importancia, que le venía situando en el centro de atención de los intereses societarios y coloca al socio en un papel de inversor que prefiere diversificar su riqueza a través de su colocación en distintas sociedades antes que ejercer un papel activo en una de ellas.[110] En virtud de este nuevo concepto, la relación entre propietarios y gestores responde a la idea de especialización de funciones y al reparto de riesgos y beneficios respecto de cada grupo de los miembros que conforman la empresa, de tal forma que los socios son proveedores de recursos que esperan ver retribuidos, mientras que los gestores son quienes disponen de las capacidades e información necesaria para que la inversión tenga el rendimiento esperado.[111]

Necesidad de control

34. Con todo, la especialización no solo no puede evitar el conflicto, siendo más bien

158. V. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 401-2; GARCIA DE ENTERRIA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras* (1999) 55.

[110] La doctrina económica sustituye el principio tradicional del accionista propietario por el de accionista inversor. En esta dirección v. FAMA, “Problemas de agencia y teoría de la empresa”, *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 247, para quien bajo la «perspectiva de “nexo contractual”, la propiedad de la compañía es un concepto irrelevante. Desterrar la idea tan extendida de que la empresa es propietaria de sus accionistas es importante, ya que supone el primer peldaño para comprender que el control de las decisiones en la empresa no es necesariamente territorio exclusivo de sus accionistas». Con una claridad semejante WOLFSON, “A critique of Corporate Law”, U. Miami LR (1980) 974, entiende que la visión errónea el error de la: «el tradicional concepto de separación entre propiedad y control puede estar basado en una visión totalmente errónea respecto de los inversores de la sociedad abierta. Los accionistas no son “propietarios”, sino *risk takers*». V. también los comentarios de WINTER, “State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation”, JLegal Stud. (1977) 273, sobre la existencia de una «obsesión relativa a la estructura formal de la sociedad que [lleva a pensar que] los accionistas son propietarios [“*owners*”] y con la idea de que las rentas residuales están asociadas con la propiedad...».

Sobre la idea de que la separación eficiente de propiedad y control explicada desde la perspectiva de la teoría de la sociedad como nexo de contratos y como el resultado de la intencionada diversificación de las inversiones del socio, lo que le provoca un desinterés en la supervisión de las actividades de cada una de ellas, v. FAMA, “Problemas de agencia y teoría de la empresa”, *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 246 y 249; ALCHIAN / DEMSETZ, «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 169.

Cfr. el uso erróneo del término contrato por parte de la doctrina antes mencionada en BRUDNEY, “Corporate governance, agency costs, and the rhetoric of contract”, Colum. LR (1985) 1411-20, 1436. En sentido crítico sobre la reducción de la sociedad a un “nudo de contratos”, v. también GONDRA, “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?, RDM (1997) 1617-1618. Según EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1487, la crítica al planteamiento contractual de la empresa como un nexo de contratos parte de una noción de sociedad diferente: «[u]na sociedad es una empresa con ánimo de lucro de personas y activos organizados por reglas. Algunas de tales reglas vienen determinadas por contrato u otras formas de acuerdos, pero otras vienen determinadas por la ley, y la mayoría son determinadas de forma unilateral a través de los órganos sociales y sus representantes».

[111] Sobre las virtudes de la especialización, particularmente en cuanto a la gestión, v. FAMA / JENSEN, “Agency problems and residual claims”, JL& Econ. (1983) 330; COASE, "La naturaleza de la empresa", en *La empresa* (1994) 44; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 402; ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 132-133. Cfr. con la opinión de KLEIN, “Contracting costs and Residual Claims: The Separation of Ownership and Control”, JL& Econ. (1983) 369-70.

una de sus causas, sino que unido al mayor riesgo que significa el aumento de la discrecionalidad que requieren los gestores para cumplir con sus funciones y los costes prohibitivos de conocimientos especializados y de una detallada y precisa vigilancia, sitúa a los gestores en la mejor posición para desarrollar conductas estratégicas.[112] Por tales razones no puede desconocerse la necesidad de ejercer un control sobre los administradores y los costes de agencia que ello comporta, en la medida que sin procedimientos de control efectivos se facilitan las conductas oportunistas de los gestores, cuyas decisiones no irán encaminadas a favorecer los intereses de los socios.[113] El diagnóstico relativo a que la situación de cesión de los activos en favor de los gestores es una fuente de conflictos de intereses y que comporta la necesidad de ejercer un control sobre la actividad de los administradores no revela el tratamiento eficiente o el incentivo adecuado para reducir el riesgo de oportunismo o disuadir al oportunista. El problema que aquí se plantea parte de la idea de que los medios para el control del fraude no pueden ser tan costosos que supriman las ganancias derivadas de la propia relación de agencia.[114] Por ello, es preciso conciliar las ganancias derivadas de la especialización minimizando los costes de transacción que comporta la ejecución leal del contrato por el agente. Si los conflictos no pueden ser suprimidos, su prevención y resolución eficiente debe llevarse a término a través de la presión del mercado y mediante mecanismos contractuales

[112] V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 38 y nota 19; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 89; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 757-758; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1049; GARCIA DE ENTERRIA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras* (1999) 56-7. En cuanto a los costes de ejercer el control EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 171-172, apuntan lo siguiente: si un socio realiza el esfuerzo de controlar al gestor carga con todos los costes de su actuación y sin embargo los beneficios de su comportamiento recae en todos los socios recibiendo sólo la proporción relativa a su participación.

V. la tesis de ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 24 y nota 9, quien señala que los costes agencia relativos al administrador son mayores por su carácter profesional, por el hecho de que la calidad de su actuación no pueda ser medida de forma precisa por sus resultados.

[113] FAMA / JENSEN, “Separation of ownership and control” JL& Econ. (1983) 304, 312. V. ALCHIAN / DEMSETZ, «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 158; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 758-9; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 403-4. FRANKEL, “Fiduciary Law”, Cal. LR (1983) 809-11; COOTER / FREEDMAN, “The Fiduciary Relationship”, NY Univ. LR (1991) 1048 y nota 6; POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 384; WINTER, “State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation”, JLegal Stud. (1977) 259-60.

[114] FAMA / JENSEN, “Separation of ownership and control” JL& Econ. (1983) 312; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 753, 758.

3.
Medios contractuales dirigidos a limitar el conflicto de intereses

a) El control externo del mercado de valores en la sociedad abierta

Hipótesis del mercado eficiente

35. En el sentido indicado, la presión que los distintos mercados ejercen sobre los gestores resulta un medio eficiente de control de la gestión respecto de las divergencias de intereses entre socios y administradores en la sociedad abierta.[115] El punto de partida del argumento que postula que las fuerzas del mercado son correctores de la deslealtad de los administradores se encuentra en la hipótesis del mercado eficiente, cuyo paradigma se encuentra en los mercados de valores.[116] El mercado de valores es eficiente en el sentido de que los accionistas obtienen lo que están pagando, tanto en términos del contrato cuanto respecto a la naturaleza del producto, incluyendo la cualidad de la gestión.[117] De otro lado, el mercado de valores ejerce una presión constante sobre los gestores en la medida que los socios pueden liquidar sus inversiones cuando observen que los administradores realizan conductas oportunistas.[118] Además, el mercado de capitales constriñe a los gestores para que no adopten reglamentaciones internas ni decisiones en su favor y en contra de los accionistas, en la medida que tales comportamientos favorecen la baja del valor de las acciones, lo que comporta un coste de capital que repercute en la reducción de los beneficios de la empresa y en el precio de los productos y servicios con la consecuencia de afectar a su competitividad y favorecer las operaciones de control.[119]

---

[115] La idea de que las fuerzas del mercado juegan un papel dentro de los mecanismos que sirven a la reducción de los costes de agencia es compartida desde sectores distintos al contractualismo. V. al respecto, ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 94.

[116] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 96. En España v. los postulados de GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al *securities law* de los Estados Unidos", RDM (1989) 653-678; id, en *Estudios Verdera* II (1994) 979-996. Cfr. con la línea argumental de SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 557-597, en particular las críticas al criterio de eficiencia en el mercado de valores, en las pp. 559-563. V. también SANCHEZ ANDRES, «La nueva Legislación del mercado de valores», *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil* (1995) 117, sobre las dudas relativas al mercado de valores como un modelo de mercado perfecto.

En los sistemas de banca universal como es el alemán, el suizo o el nuestro, la disciplina externa de los administradores depende más de las entidades de crédito que del mercado de valores. V. HOPT, «Self dealing and use of corporate opportunity and information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 318. Esta misma idea puede decirse respecto de los países en los cuales el mercado de valores no está ampliamente desarrollado. V. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 90-91.

[117] BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 33; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 24.

[118] V. JENSEN / MECKLING, «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 284; FAMA / JENSEN, “Separation of ownership and control” JL& Econ. (1983) 313. En términos más generales, ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 412-3, pone de manifiesto el papel de la bolsa de valores como forma de supervisión por el mercado, al señalar que la contratación en bolsa da salida a los disidentes, informa de la calidad de la gestión y posibilita las operaciones del mercado de control.

[119] Cfr. con EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1501, 1504-5, quien relativiza los efectos arriba mencionados.

36. En síntesis, la hipótesis del mercado eficiente descansa en un triple presupuesto: de un lado, (i) la idea de que los precios incorporan de forma inmediata toda información nueva y relevante; de otro, (ii) que la información es valorada por profesionales, (iii) con margen reducido de error en la apreciación.[120]

Incorporación de la información en el precio

37. La primera premisa se refiere a que la información relevante hecha pública se refleja en el precio.[121] Si los cambios en el contrato de sociedad y la información relevante de los administradores es conocida, la información se reflejará en el precio de mercado y los inversores obtienen aquello por lo que pagaron, con lo que el capital es asignado en los mejores términos de eficiencia.[122] La información eficientemente incorporada en los precios de mercado incluye los términos del contrato reflejando las restricciones al ámbito de poder discrecional de los administradores junto a la previsión de que los poderes serán ejercitados en interés de los accionistas. De esta forma el potencial abuso por parte de los administradores se ve reflejado en los precios de las acciones.[123] Sin embargo, no resulta fácil que el mercado pueda disponer de información relevante no hecha pública.[124] En particular, la información relativa a las conductas oportunistas se

[120] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 193, describe los postulados de la hipótesis del mercado eficiente señalando que «descansa en tres... modestas creencias: que los precios cambian rápidamente en respuesta a nueva información; que el cambio rápido es "imparcial" (esto es, que el cambio no es sistemáticamente ni excesivo ni insuficiente...); y que el nivel según el cual el precio reflejan la realidad económica no cambia substancialmente durante periodos cortos de tiempo. El método funciona, por ejemplo, si los precios siempre reflejan el 50 por ciento del valor de una determinada empresa; cualquier cambio en el precio debe facilitar una información precisa del valor marginal del cambio, siempre y cuando esta relación se mantenga constante».

[121] De esta manera los cambios en el precio reflejan noticias como las de incrementos o beneficios, una fusión, un nuevo CEO, una nueva estructura de gobierno. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 192; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 6-7; GARCIA DE ENTERRIA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras* (1999) 58-9. Existen diferentes grados de eficiencia en el mercado, dependiendo de la naturaleza de la información. La teoría mantiene que en el grado superior el mercado valora toda la información relevante; en el grado medio, el mercado valora aquella información que sea pública; en el bajo, el precio del mercado se mueve en relación a otra información antes que sobre los modelos de movimientos de precios. Fama, "Random walks in stock market prices", Fin. Anal. J. 21 (1965) 55., apud, BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 34 nota 140. Con todo, la formación del precio también depende de si existe una demanda altamente elástica y el volumen de contratación. V. bibliografía en BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 34 nota 141.

La premisa relativa a la incorporación a los precios de la información relevante difundida en el mercado y su efecto en la eficiente en la asignación de los recursos resulta en general aceptada por la comunidad jurídica. V. al respecto, SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 560-561, quien, además, añade que «el mercado procesa de igual manera y con la misma fuerza informaciones correctas y otras que después vienen a demostrarse erróneas».

[122] BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 35.

[123] Por ejemplo, si el Derecho de sociedades prohíbe a los gestores aprovecharse de las oportunidades societarias, estos pueden responder con altos salarios o trabajando menos para desarrollar nuevas oportunidades de negocio. Esto se incorpora en el precio igual que una prescripción legal que incremente el tiempo de garantía de un electrodoméstico. V, el en EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 21.

[124] V. al respecto, SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 561, para

excluye voluntariamente al mercado por parte de los propios interesados, hecho por el cual cabe dudar de la capacidad del mercado de valorar de forma eficiente el gobierno de una sociedad y reflejar los costes de agencia en el precio de mercado. Esto comporta un problema de asimetría de información según el cual los gestores disponen de mejor información que los accionistas, tanto sobre las perspectivas financieras de la sociedad como de las posibilidades de actuar deslealmente o negligentemente.[125] Además, se plantea un problema distinto para los socios actuales de la sociedad que sufren el descuento del mercado por actos desleales de los gestores, pues en su caso el mercado no indemniza el descuento sufrido.[126]

Valoración por profesionales

38. La segunda premisa se basa en que la información societaria que influye en el precio no puede ser valorada por los inversores pues no todos ellos disponen de la información ni de los conocimientos especializados para su análisis. La información llega a los inversores por diversas vías: publicidad obligatoria exigida por normas del mercado de valores, noticias en los medios de información económica, informes de los analistas financieros o de divulgaciones de los propios *insider traders*. Sin embargo, que el inversor medio no conoce los mecanismos contractuales de la sociedad o su publicidad no desmerece el mercado eficiente, en la medida que la información relevante es objeto de valoración por profesionales que son quienes atribuyen el precio de las acciones. Estos profesionales -de sociedades de valores, bancos de inversión, fondos de inversión y de pensiones, entre otros- manejan enormes sumas de dinero para adquirir valores poco apreciados por el mercado. Para ello estudian los beneficios y las expectativas de las empresas y según ello, compran o venden. Si las relaciones de administración tienen algún efecto sobre los inversores, ello va a reflejarse en los

---

quien suponer «que los precios de mercado traducen suplementariamente información *futura* o no pública es ciertamente algo mucho más admirable y difícil de admitir para quienes no disponemos de especiales conocimientos económicos; aunque en este punto, pensadores con mejor especialización y de mayor autoridad no se han recatado en proclamar que tal grado de eficiencia no pasa de ser en los mercados de valores una mera hipótesis de escuela, para no decir que resulta sencillamente imposible».Id., p. 561, nota 6, «los mercados trabajan con informaciones que frecuentemente son desacertadas, pero que afectan considerablemente a su evolución a corto plazo». V. también, SANCHEZ ANDRES, «La nueva Legislación del mercado de valores», *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil* (1995) 112, al describir las asimetrías existentes entre el público, los *brokers*, los especialistas y los *insiders*.

[125] V. BRUDNEY, “Corporate governance, agency costs, and the rhetoric of contract”, Colum. LR (1985) 1423-7; id., “Contract and fiduciary duty in corporate law”, Boston Coll. LR (1997) 633. Para HOPT, «Self dealing and use of corporate opportunity and information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 317, la idea de que las sociedades compitan en un mercado de capitales para una justa administración es una idea atractiva intelectualmente pero alejada de la realidad. Por un lado, salvo en los casos de abusos públicamente conocidos, la actividad desleal resulta opaca para los accionistas. Por otro, el mercado no suele valorar el comportamiento desleal, ya sea porque lo desconoce, ya sea por estar directamente interesado en los resultados económicos de la sociedad. El mercado suele recompensar más las expectativas de negocio y los resultados que las buenas intenciones y el comportamiento ético. Es más, incluso la propia doctrina económica reconoce que la información sobre el precio de las acciones resulta un método débil para evaluar la actividad de los gestores. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 96.

[126] Por ejemplo si los administradores adquieren una empresa de la sociedad a un precio notablemente inferior a su valor de mercado y la operación es conocida por el mercado, éste valorará a la baja el precio de las acciones. La minoría insatisfecha puede vender sus acciones, pero es un remedio insatisfactorio para su economía, pues aunque el mercado se hubiera anticipado no le da protección alguna. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 292.

beneficios de la sociedad y de ahí al precio del valor. Los inversores amateurs, siendo *racionalmente ignorantes*, comercian al mismo precio que lo hacen los profesionales y no necesitan conocer las reglas de funcionamiento del gobierno de la sociedad, pues el mercado eficiente opera descontando la información relativa a los costes de agencia en el precio de las acciones.[127]

Margen de error

39. Una tercera idea que completa la hipótesis del mercado eficiente reside en que la apreciación que realiza el mercado sobre la realidad societaria no deber ser necesariamente exacta. En toda empresa existirá un margen de error en la medida que la información que incrementa la exactitud en el precio es costosa y el *precio perfecto* puede ser prohibitivo.[128] Lo fundamental reside en que los mecanismos a través de los cuales las acciones se valoran, aseguran que los precios reflejen los términos de la relación de administración. De esta forma, aunque el precio de mercado no refleje el verdadero valor de la sociedad, se corresponde con la valoración más cercana a la realidad y anticipa mejor los efectos más relevantes de la que pudiera hacer una agencia reguladora o el propio legislador.[129]

b) La presión de los mercados específicos

Mercado de productos y servicios

40. El mercado de productos y servicios ejerce una influencia relevante en relación al control de la gestión habida cuenta de que solamente los empresarios eficientes subsisten en el mercado. En este sentido, los administradores al sentirse amenazados por una crisis empresarial tratarían de maximizar los intereses sociales, en cuyo caso los administradores se retraerán de perseguir sus propios intereses.[130] El argumento ha sido objeto de controversia dentro de la propia doctrina económica desde una doble dirección. De un lado, se postula que la competencia no reduce los costes de agencia ni lleva a la insolvencia a las empresas con gestores desleales en la medida que los competidores incurran en costes de agencia iguales o superiores.[131] De otro, la capacidad de competir en el mercado de productos no se verá debilitada porque los administradores adopten comportamientos desleales, salvo que con ellos se aumente significativamente su nivel de gastos o de reducción de sus ingresos, hecho por el cual el efecto de la

---

[127] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 18-19, 24. Sobre el proceso de creación del precio, v. la bibliografía citada en esta página: Gilson, Ronald H. / Kraakman, Reinier, “The Mechanisms of market efficiency”, Vand. LR, 70 (1984) 549. V. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 15, 42.

[128] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 20.

[129] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 19, 20, 31 y 191. Estos autores señalan que al menos los profesionales del Mercado apuestan sobre su propio patrimonio de forma que sus inversiones equivocadas repercuten sobre su propio patrimonio. Por ello es menos probable que se equivoquen los profesionales que sufren directamente las pérdidas de evaluar los mecanismos de gobierno societario que los académicos y legisladores que apuestan el dinero de otros y no han de pagar sanción alguna por sus decisiones erróneas.

[130] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 91-92. V. también, ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 90, nota 133; DEMSETZ, “The Structures of Ownership and the Theory of the Firm”, JL& Econ. 26 (1983) 379; WINTER, “State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation”, JLegal Stud. (1977) 264.

[131] JENSEN / MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" J Fin. Econ. 3 (1976) 330; idem, en "Teoría de la empresa: la gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad", *La naturaleza económica de la empresa*, (1994) 285.

conducta oportunista sobre puede tener un efecto muy reducido.[132]

Mercado laboral

41. El segundo medio para reducir los costes de agencia viene referido al mercado específico de los propios administradores y ejecutivos. La competencia entre los administradores y otros ejecutivos para alcanzar los cargos y funciones directivas es un factor que mejora su comportamiento partiendo de la idea de que su remuneración depende de que los socios incrementan los salarios a los ejecutivos que consiguen una mejor productividad y de que sean contratados por otras empresas o reciban mejores ofertas de empresas competidoras. Desde esta visión la competencia interna y externa incentiva a los gestores a actuar en beneficio de los socios sujetándose a las reglas del mercado, de forma que su mala gestión se valorará asignándole un descuento.[133] Sin embargo, aunque exista un mercado de ejecutivos para los niveles directivos medios y bajos, la competencia entre los administradores tiene una relevancia limitada. El mercado tiende a valorar más al administrador y primer ejecutivo, si bien el hecho de que la mayoría de los cuales se jubilan en el cargo pone de manifiesto la limitada presión del mercado laboral sobre ellos. Para los demás administradores, si son ejecutivos, su principal preocupación consiste en satisfacer a su superior y si se trata de administradores independientes, es común que dispongan de otras actividades, lo que reduce la presión de este mercado.[134]

Mercado de

42. Un planteamiento ampliamente extendido encuentra en el mercado de control un

---

[132] V. ARRUÑADA, *Control y regulación de la sociedad anónima* (1990) 348.

Para los críticos al contractualismo, el argumento de los efectos del mercado de productos sobre los administradores tiende a exagerar los poderes de este mercado. Aunque en un mercado altamente competitivo puede darse ese efecto positivo, un mercado imperfecto no va a convertir la deslealtad o la ineficiencia en insolvencia, pues la mayoría de sociedades abiertas disponen de suficientes recursos para absorber las pérdidas sustanciales que puedan derivarse de ello. V. el argumento en EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1489.

[133] V. ALCHIAN / DEMSETZ, «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 159; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 90, nota 133; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 27; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 91-92; WOLFSON, “A critique of Corporate Law”, U Miami LR (1980) 971-2. V. en JENSEN / MECKLING, «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 283-4, la idea de los costes de sustitución del gerente que deben ponderarse a la hora del cese del administrador en el cargo, por los conocimientos especializados que se requieren, la complejidad de las tareas, etc. Por su parte, ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 784-5, pone el acento en las políticas remuneradoras que ligan los ingresos de los gestores a los dividendos o que fomentan la participación de los administradores en el capital como medio para motivar al administrador a actuar en favor de los intereses del los socios. La autora defendía las políticas de opciones sobre acciones como incentivo a maximizar la riqueza del socio, avanzándose a los riesgos que se han puesto de relieve recientemente. En esta dirección señalaba que si los ingresos de los gestores se asocian exclusivamente a los beneficios de la sociedad, los administradores pueden motivarse a incrementar los beneficios a costa de asumir altos riesgos para la sociedad y a manipular las reglas contables para maximizar sus beneficios nominales.

[134] EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1495; BRUDNEY, “Corporate governance, agency costs, and the rhetoric of contract”, Colum. LR (1985) 1421.

Desde la perspectiva económica también se añade que la política de incentivos relacionados con la remuneración no pueden suprimir el conflicto, pues el administrador estará incentivado a defraudar mientas tanto no obtenga todas la ganancias derivadas de su conducta y sólo se le repercuta una pequeña parte del coste. V. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 785.

control

mecanismo de gran relevancia como sistema externo de supervisión de la actividad de los administradores.[135] Este enfoque parte del presupuesto de la penalización del mercado respecto de los comportamientos abusivos y negligentes de los gestores cuyo efecto se manifiesta en una reducción del valor de las acciones. Esta situación descubre oportunidades a los inversores para aprovechar las diferencias entre el valor actual de las acciones reflejado en el precio y el valor potencial de la sociedad, ofertando a los accionistas un precio superior al de mercado e inferior al que tendría la acción si la sociedad hubiera sido eficientemente gestionada. De esta forma, las tomas de control de la sociedad traen consigo la intención de promover cambios en la gestión lo que significa un aumento del riesgo de los administradores de ser separados del cargo por el nuevo grupo de control.[136] En otras palabras, el mercado por el control societario (*market for corporate control*) es un mecanismo eficiente de control sobre los asuntos internos de la sociedad, pues cuando los costes de control y sustitución de los administradores son altos los inversores externos a través de las ofertas públicas de adquisición permiten reducir los costes de agencia.[137] De otro lado, la ganancia de la operación repercute en todas las partes involucradas: el accionista que vende recibe una prima sobre el precio de mercado; el socio que no vende considera que su acciones se van apreciar; y el ofertante obtiene la diferencia entre lo que ha pagado y el valor de la empresa. En fin, los socios se benefician incluso en los casos en que la sociedad no sea objeto de una OPA, pues la posibilidad de una toma de control que afecte a los gestores es razón suficiente para que los gestores traten de mejorar su actuación empresarial con la consiguiente subida del valor de las acciones.[138]

43. Esta línea argumental es generalmente aceptada como criterio de control de la actividad general de los administradores, si bien teniendo en cuenta las siguientes cuestiones.[139] Como hemos señalado más arriba, el punto de partida que justifica la intervención del mercado en el control de la administración se encuentra en la existencia de un mercado de valores desarrollado y eficiente, que no todos los países disponen.[140] De otro lado, de todo lo dicho no parece que se pueda convenir

---

[135] Sobre las posiciones doctrinales en torno a la regulación del mercado de control, v. SALA I ANDRES, *Las O.P.A.s obligatorias ordinarias* (2000) 44-58.

[136] V. el trabajo pionero de MANNE, “Mergers and the Market for Corporate Control”, J Pol. Econ. 73 (1965) 110-20, extractado en PUTTERMAN, (dir), *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 241-4. Para una visión más amplia, v. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 91-2, 96, 172-3, 162-212 y bibliografía allí incorporada; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 90, nota 133; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 413-8; WOLFSON, “A critique of Corporate Law”, U Miami LR (1980) 970-1. En nuestra doctrina, v. SALA I ANDRES, *Las O.P.A.s obligatorias ordinarias* (2000) 33-44; GARCIA DE ENTERRIA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras* (1999) 25-7, 58-68.

[137] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 171; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 24; LLEBOT, “Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil” RDM (1996) 375, y bibliografía allí citada.

[138] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 173

[139] La doctrina se ha mostrado escéptica en el papel de las ofertas públicas en la disciplina de los gestores, COFFEE, J., “Regulating the Market for Corporate Control: A Critical Assessment of the Tender Offer’s Role in Corporate Governance”, Colum. LR 84 (1984) 1145-1263.

[140] No todos los países disponen de un mercado de valores como el americano, lugar dónde encuentra su origen este planteamiento. V. sobre ello, HOPT, «Self dealing and use of corporate opportunity and information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 317;

que las tomas de control reduzcan los conflictos de intereses y las actuaciones oportunistas, cuando éstas se practiquen de forma encubierta y habida cuenta de su difícil detección.[141] Una tercera razón que reduce los efectos del mercado de control sobre la administración desleal reside en su alto coste.[142] Una OPA hostil no puede tener éxito a menos que incluya una prima significativamente superior al precio de mercado, también comporta costes de asesoramiento de bancos de inversión, abogados y otros gastos. Además, la sustitución de los gestores tiene sus costes desde una doble perspectiva: los administradores existentes disponen de información valiosa y, además, pueden crear obstáculos y acciones defensivas a la toma de control.[143] Debido al coste total de la operación, sumando la prima y los honorarios, una oferta de adquisición no encontrará casi nunca una justificación económica para el adquirente si su única estrategia es terminar con las actuaciones desleales de los gestores.[144]

c) Los deberes de lealtad

Planteamiento

44. Desde el planteamiento económico contractual, los mecanismos de control de la actividad de los administradores que ofrece el mercado eficiente se completan con la exigencia de deberes de lealtad a los administradores. La existencia de los deberes de lealtad se explica por el hecho de que, aunque el mercado reduce las divergencias entre gestores y socios, no puede por sí solo evitar la presencia de

---

sin embargo, el autor, id, "Derecho y obligaciones", RDM (1993) 877-878, destaca las funciones positivas del mercado de control.

En España resulta significativo el análisis de FERNANDEZ-ARMESTO, "Las OPAS y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia", RDM 227 (1998) 49, según el cual «[u]na de las características más destacadas de la estructura societaria de las compañías que cotizan en la bolsa española es el alto porcentaje de accionistas institucionales y de control: sólo 14 sociedades tienen un capital flotante superior al 75% y solamente 28 sociedades son susceptibles de OPA en contra de la voluntad del grupo de control». Según el autor, id., p. 47, «harían falta más de 50 años para que a través del mecanismo de OPAs se produjera un cambio en el grupo de gestión de todas las empresas que conforman el Mercado Continuo». V. especialmente, id., pp. 46-49.

[141] EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1497. De acuerdo con la idea relativa a que la infracción del deber de lealtad resulta difícil de detectar, EASTERBROOK / FISCHEL, "Contract and fiduciary duty", JL& Econ. (1993) 441-2, si bien estos autores sugieren formas de compensación adecuadas para incentivar al gestor y evitar el oportunismo.

[142] Los beneficios de la integración empresarial, de mayor producción, mejor uso de la información, sinergias, cambios en la gestión y de otros cambios usualmente se consiguen a través de la fusión, que es menos costosa que la oferta hostil; de ahí que la OPA hostil sea una respuesta al fracaso de los objetivos de los gestores, incluyendo la pérdida de negocios y el aprovechamiento de oportunidades de fusión. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 171.

[143] En este punto la doctrina postula la pasividad de los administradores como medio de maximizar la riqueza de los socios. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 173, 174. Se discute la idoneidad de establecer prohibiciones a las acciones defensivas llevadas a término por los administradores. V. EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1499. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 786, critica las reglas legales que aumentan los costes asociados a las ofertas públicas.

Sobre los obstáculos de tipo estructural y cultural al desarrollo del mercado de OPAs en España, v. GARCIA DE ENTERRIA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras* (1999) 68-76; sobre los recursos y acciones contra las OPAs como medida defensiva, v. id., pp. 159-197.

[144] EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1498.

conflictos.[145] Este hecho determina que la empresa debe soportar costes de agencia y los deberes de fidelidad sirven como instrumento para impedir la externalización de tales costes.[146]

Origen contractual

45. El coste de agencia puede ser reducido a través de la exigencia de deberes que obliguen al agente a actuar en interés del principal y limiten sus posibilidades de favorecer sus intereses frente a los socios. Estos deberes pueden estar contemplados en el ordenamiento a través de reglas imperativas o tener su origen y regulación en el contrato, que nace de la autonomía de la voluntad (carácter dispositivo). Sobre la base del carácter contractual del Derecho de sociedades la doctrina económica contractual postula que los deberes de los administradores encuentran su origen y fundamento en el contrato y en la voluntad de las partes y no en una regulación legal obligatoria.[147] En este sentido, los deberes contractuales sustituyen así el control directo de los socios por la acción disuasoria que implica la amenaza de las acciones de responsabilidad por incumplimiento del contrato.[148]

Función integradora

46. Con todo, la regulación contractual comporta de nuevo un coste en las distintas fases de formación, perfección y ejecución del contrato.[149] Además, muchas situaciones son imprevisibles, hecho por el cual los contratos en general son, en este sentido, incompletos. En particular, aquellos contratos que regulan la relación de agencia entre el administrador y la sociedad no pueden prever todos los supuestos de conflicto de intereses, de forma que los costes de contratación *ex ante* son prohibitivos, sino impracticables.[150] Si resulta imposible hacer previsiones

---

[145] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 91-92. Id., p. 98: «A pesar de que los mercados revierten en los gestores la mayoría de los costes de su actuación sup-óptima, aquellos son imperfectos». Desde un planteamiento no contractual, CLARK, *Corporate Law* (1986) 180, entiende que el mercado es imperfecto y la presión que ejerce, a través del mercado de productos, capitales y de control, no descarta el ámbito de discrecionalidad del administrador, dejando, en consecuencia, un espacio libre a las actuaciones desleales.

[146] PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1665, sub XI.1.c); ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 35, nota 33; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 35, nota 13. Cfr. con la opinión de BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 44, para quienes no existen externalidades en el ámbito del gobierno societario puesto que los costes de agencia previsibles así como los constreñimientos contractuales se reflejan en los precios de mercado.

[147] V. EASTERBROOK / FISCHEL, “Contract and fiduciary duty”, JL& Econ. (1993) 427 y pp. sigs. Cfr. esta posición con CLARK, “Contract and fiduciary duty in corporate law”, Boston Coll. LR (1997) 622-640. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 46 señala que los poderes y los deberes de los administradores «encuentran su origen en una relación contractual especial entre los administradores y la sociedad cuyo contenido está en parte predeterminado por la propia LSA, por ello bien puede afirmarse que la LSA integra el contenido de ese contrato. (...) Esta toma de postura... no cambia la naturaleza de los deberes que... siguen teniendo carácter contractual».

[148] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 92.

[149] Sobre la integración contractual, desde un punto de vista contractual, v. ALFARO, «Voz: Integración contractual», EJB, III (1995) 3636-42.

[150] V. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 759; FAMA / JENSEN, “Separation of ownership and control”, JL& Econ. (1983) 304; KLEIN, “Contracting costs and Residual Claims: The Separation of Ownership and Control”, JL& Econ. (1983) 367; EASTERBROOK / FISCHEL, The economic structure of corporate law (1991) 90 y 98; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1046-1047; PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, RdS, núm. extraordinario (1994)

respecto de todas las contingencias futuras a través de una regulación contractual completa y detallada, los deberes fiduciarios cumplen con la función de suplir las reglas contractuales no negociadas, sirviendo de esta forma para completar o integrar el contrato de sociedad.[151]

Medio de integración: la voluntad hipotética

47. El contrato de sociedad asigna el riesgo y la incertidumbre a los socios que en contrapartida y, a falta de promesas explícitas sobre las contraprestaciones sociales a su inversión, quedan facultados para ejercitar el derecho de voto y a protegerse de la actuación de sus agentes, los administradores, a través de los deberes fiduciarios, cuyo contenido no viene especificado en el contrato de sociedad.[152] Al no venir contemplados expresamente, los deberes fiduciarios se configuran como estipulaciones implícitas del contrato estándar con exigencias a los administradores de actuar en interés de la sociedad.[153] El contenido del deber fiduciario previsto en el contrato explícito se integra y completa a través la voluntad hipotética de las partes.[154] En este sentido el principio fiduciario responde a la

---

254; ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 142, nota 31. En general sobre el tema de los contratos incompletos, v. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 283.

ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 759, nota 64, señala que la redacción ya sea por las partes o ya sea por el legislador de un contrato estándar detallado, tal como se presenta en otros sectores como en el alimentario o el farmacéutico, no tiene sentido en la gestión societaria en la medida que los fiduciarios deben tomar decisiones especializadas y complejas que requieren una amplia discrecionalidad, lo que significa que sus deberes no son fácilmente definibles en detalle a través de una reglamentación contractual y no puede servir como forma de control al fiduciario.

[151] EASTERBROOK / FISCHEL, "Contract and fiduciary duty", JL& Econ. (1993) 426, recogen expresamente la idea de que el deber de lealtad es una respuesta a la imposibilidad contractual de completar las especificaciones de las partes. En relación al contrato de sociedad como contrato incompleto, v. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995)26 y 27-29; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 65.

Contrastar la idea de que los deberes fiduciarios son simples términos de un contrato que las partes han consentido y que pueden libremente modificar, en BRUDNEY, "Contract and fiduciary duty in corporate law", Boston Coll. LR (1997) 636

[152] La aceptación por parte de los socios del contrato de sociedad sin especificar los deberes de los agentes está condicionado a que estos se comprometan a actuar de forma cuidadosa y honesta. En este sentido, el contrato de sociedad se distingue de las relaciones contractuales con los proveedores, trabajadores y acreedores, cuyos respectivos contratos especifican las contraprestaciones de cada parte. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 90-1. Sobre el derecho de voto, v. id, pp. 63-89.

[153] El hecho de que muchos aspectos de la sociedad estén gobernadas por términos implícitos, más que atacar, da apoyo a la teoría del contrato de sociedad. El escoger términos implícitos y explícitos es un ejemplo de como las partes entienden apropiada tal combinación de mecanismos jurídicos y extra jurídicos. Las partes escogen los mecanismos del mercado para respaldar una promesa implícita de los administradores de no comportarse oportunísticamente, y ello no puede ser malogrado por deberes fiduciarios de carácter imperativo. V. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 16.

[154] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 110. V. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure", UCLA LR (1978) 760, al señalar que los deberes fiduciarios «[c]odifican las expectativas razonables del cliente a través de obligar al fiduciario a hacer lo que el cliente le habría mandado hacer si tuviera la misma pericia que el fiduciario».

Cfr. con GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? RDM (1997) 1583-94, particularmente pp. 1591-2, para quien la voluntad presunta o hipotética debe indagarse en lo que un contratante de buena fe admitiría en el contrato y el sentido del mismo debe

lógica de completar el esquema contractual con aquellas reglas que los contratantes hubieran pactado si hubieran podido preverse y acordarse sin costes de transacción.[155] Cuando las partes acudan al juez para dirimir sus controversias, el contrato se reconstruye siguiendo la voluntad presunta o hipotética de las partes, determinándose a posteriori lo que estas hubieran acordado configurando un contrato *ex ante* perfecto.[156] De esta forma los deberes fiduciarios responden al criterio de eficiencia pues significan una economía de costes de transacción al reproducir la negociación relativa a los conflictos evitando la contratación y regulación detallada, al tiempo que mantienen al fiduciario su discrecionalidad para ejercitar sus capacidades en interés del principal aún en los casos de separación de gestión y control.[157]

encontrarse en lo que ambas partes hubieran aceptado como un justo equilibrio de intereses. V. también, LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 748-749, al señalar que la voluntad hipotética de las partes es voluntad hipotética no en «lo que cada una de ellas hubiese supuestamente querido en tal caso considerando sólo su propio interés, sino lo que *ambas partes* hubiesen querido o aceptado honestamente como *justo equilibrio de intereses*... Por tanto, la voluntad hipotética de las partes es un *criterio normativo* que presupone la honestidad de los contratantes y a ese respecto se halla orientado por el concepto de justicia contractual compensarioria [v. sobre ella, id., pp. 61 ss.]».

[155] V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 34, quienes además de lo señalado arriba añaden que «el Derecho de sociedades complementa pero nunca reemplaza las negociaciones actuales, salvo en aquellas situaciones con efectos sobre terceras partes o modificaciones sobrevenidas». Estos mismos autores, en "Contract and fiduciary duty", JL& Econ. (1993) 433 y 437, señalan que el deber de lealtad se da en relación a los socios inversores, pero no frente a los inversores en deuda o hacia los empleados, porque estos pueden contratar a bajo coste, mientras que los costes de la determinación del contrato resulta prohibitivo para los primeros.

[156] V. lo dicho *supra* sobre la integración y la voluntad hipotética. V. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 25 y nota 13, señala que el legislador recurre a cláusulas generales en aquellos casos que dictar una regulación detallada sobre la conducta del administrador o de la mayoría resulta excesivamente costoso, de forma que ex post el juez determinará la regulación de los hechos concretos objeto de disputa. En relación a la actuación leal de la junta siguiendo el esquema del acuerdo que la totalidad de los socios habrían tomado ex ante, v. id., pp. 33, 38 y *passim*. Sobre la idea de la cláusula de interés social como directiva para la integración del contrato de sociedad, v. id., p. 18 y ss. Siguiendo con este planteamiento, v. también PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores y oportunidades de negocio* (1996) 98.

[157] ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure", UCLA LR (1978) 760; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 92. V. supra, sub. I.1.e), en relación a los límites metodológicos y de orden jurídico-político.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DOGMATICO

48. El enfoque jurídico dogmático que proponemos en este trabajo sitúa el deber de lealtad en el marco institucional del Derecho de los contratos y el Derecho de sociedades, en sus normas legales y en sus principios reguladores. Este marco normativo proporciona tanto las reglas básicas de regulación de la obligación gestora como el mecanismo que permite integrarla en aquellos aspectos faltos de regulación.

49. Como parte de la obligación gestora, el análisis del deber de lealtad del administrador, de su fundamento, contenido y límites descansa en una perspectiva orientada al estudio tanto de su función en el marco de las obligaciones del gestor como en los medios de control de su actividad. Desde este planteamiento, el análisis de los medios de control permite aproximarnos a los mecanismos jurídicos concretos que utiliza el Derecho de sociedades para dar protección a los intereses de la sociedad respecto de la actividad del administrador. En este contexto, el análisis se despliega desde un doble nivel. De un lado, es preciso contemplar la existencia de unos mecanismos generales de control de la gestión, cuya función está orientada hacia el conjunto de las conductas gestoras. De otro lado, se contempla la tutela jurídica de la sociedad frente a las situaciones de conflicto a través de los deberes de lealtad dirigidos a sus gestores.

1.
Los medios generales de control de la gestión

a) El control de la gestión en la sociedad cerrada

Introducción

50. Tradicionalmente el Derecho de sociedades reconoce a los socios, ya sea de forma individual o a través de minorías, ya sea a través del ejercicio de sus derechos en la junta un papel relevante en el nombramiento, cese y control de los gestores para que éstos lleven a término los fines sociales de acuerdo con sus directrices. Los mecanismos que sirven a estos fines, aún cuando están a disposición de la generalidad de sociedades, encuentran su utilidad en sociedades con un reducido número de socios. A su lado, las sociedades que disponen de una amplia base personal tienden a disciplinar la función gestora a través de mecanismos de control orgánico dirigidos a la autorregulación de la propia administración. En estos casos, los propios administradores configuran un sistema interno de distribución de funciones cuya vigilancia se atribuye al órgano de administración.

Caracterización

51. El control ejercitado por los socios es típico de las sociedades cerradas.[158] Estas sociedades se caracterizan por su número reducido de socios, por la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad y por la ausencia de un mercado

[158] El tipo de frecuencia que se adapta a tales características es la sociedad de responsabilidad limitada, que comparte propiedades semejantes con la sociedad colectiva. Con todo, no se excluye que una anónima se configure en la práctica como sociedad cerrada a través de cláusulas de restricción de la libre transmisibilidad.

institucionalizado para la transmisión de las participaciones sociales.[159] En tales sociedades no existe plena separación entre control y propiedad, dado que una base corporativa reducida permite que la mayoría de los socios participen directamente en la gestión.[160] Sin embargo, el hecho de que el administrador sea poseedor de un porcentaje significativo de capital va a incidir poco en el problema del oportunismo, pues el administrador que obtenga ganancias por conductas estratégicas verá cubierta la pérdida de valor de su participación a través del beneficio obtenido por su conducta desleal.[161]

Control orgánico y por los socios

52. Los medios con que cuenta el socio de la sociedad cerrada están en consonancia con la estructura típica de tales sociedades. Una sociedad con un reducido grupo de socios facilita que la participación relativa del socio en la sociedad sea apreciable y que el interés del socio tienda a ser activo. En tales casos, los socios pueden interesarse directamente y de forma eficaz por la evolución del negocio a través del ejercicio de sus derechos sociales que le sirven de medios legales de tutela de su posición social.[162] En primer lugar, la participación de los socios en la

[159] Las restricciones a la libre transmisibilidad son un mecanismo típico de las sociedades cerradas cuya función consiste en que los socios puedan ejercer un control sobre la admisión de nuevos los socios. El examen puede ir dirigido a comprobar la confianza que les merecen, a su capacidad para gestionar la sociedad o realizar prestaciones accesorias o a garantizar los acuerdos parasociales, sobre distribución de cargos, beneficios, etc. V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 757; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 233 . Desde la perspectiva económico contractual, la falta de un mercado para la transmisión de las participaciones impide el control del mercado sobre los administradores, lo cual trae como consecuencia que no se solucionan los problemas de agencia que surgen en la sociedad. V. BISBAL, “Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada”, BIM (1995) 377.

[160] En relación a la participación de los socios en la gestión caben dos subtipos de sociedades cerradas. El primero se da en aquellas sociedades en que todos los socios participan de forma activa en la gestión, estructura que la ley facilita en las sociedades colectiva cuando faculta a todos los socios a participar en la administración de la sociedad sin necesidad de nombramiento por socios que representen a una mayoría del capital (art. 129 CdC). El segundo subtipo está formado por aquellas sociedades en las que sólo unos socios son gestores activos, en cuyo caso, los socios gestores tienen un incentivo para maximizar los beneficios de la gestión a expensas del dividendo o del patrimonio social. Es más, cuanto mayo sea la participación en el capital del socio administrador, mayor será su incentivo para gestionar en interés de la sociedad y menor sus potenciales conductas estratégicas, hasta el punto de atenuarse y suprimirse en el caso de que sea el titular único de participaciones sociales. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 91; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 772-773. Sobre la ausencia en la sociedad cerrada de la especialización funcional propia de las sociedades abiertas y las consecuencias en la forma de disciplinar los problemas de agencia, v. BISBAL, “Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada”, BIM (1995) 377; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 423-5.

[161] ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 771; EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1494-1495.

A diferencia de la sociedad abierta, dónde el conflicto se produce comúnmente entre el administrador y la sociedad, en la sociedad cerrada el conflicto se crea entre los socios mayoritarios y minoritarios, hecho por el cual los incentivos y los mecanismos de control son distintos. Sin embargo, resulta erróneo pensar que el oportunismo de los gestores no existe en la sociedad cerrada. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 228 y 231.

[162] La ley establece diversos cauces que permiten al socio defender sus intereses sin considerarlos exclusivos de las sociedades cerradas. Sin embargo, la distribución del capital en pocos socios es lo que facilita la formación de minorías activas que reúnan los porcentajes de

Junta permite desarrollar, a través de la mayoría del capital, sus funciones típicas en relación al nombramiento, cese y ejercicio de un control continuo al administrador.[163] En segundo lugar, los socios ejercen un control a los gestores mediante el ejercicio de los derechos de información, ya sea de forma individual o a través de los derechos de minoría y, en particular, a través del derecho a examen de la contabilidad.[164] En tercer lugar, los socios mayoritarios pueden dar instrucciones a los administradores a través de la junta general, en aquellos casos en que unos y otros no sean los mismos, lo cual nos sitúa en un tipo societario en el que existe una limitada separación entre propiedad y control.[165]

Acuerdos societarios y pactos contractuales

53. En segundo lugar, una amplia libertad en la configuración de los derechos de los socios y del funcionamiento de la sociedad permite satisfacer el interés del socio minoritario por el control de la gestión y superar las dificultades relativas a las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones y a la ausencia de un mercado que facilite la salida del socio. En esta dirección, la protección del socio minoritario puede ir dirigida a la exigencia, en el momento fundacional, de la inclusión de cláusulas estatutarias (unidas, en su caso, a pactos parasociales) que refuercen el control de la actividad de gobierno de la sociedad.[166]

---

capital legalmente previstos. Por ejemplo, reunir un 5 por ciento del capital social resulta algo común en la sociedad cerrada, mientras que en la abierta podría el socio que agrupe este porcentaje probablemente se situaría en la posición de socio de control.

[163] Por ejemplo, el sistema de la revocación funciona como amenaza constante para que el administrador actúe de forma diligente. BISBAL, "Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", BIM (1995) 378, señala como mecanismos de resolución de los problemas que aparecen entre socios y administradores a la supervisión directa de los administradores por la junta, a la supervisión indirecta de los administradores por vía de la remuneración y a la supervisión indirecta por vía de la revocación. Sobre la revocación del cargo, v. Cap. 3º, núm. 4; Cap. 6º, núms. 6-14.

[164] El derecho de información general se tutela a través de la facultad para solicitar informes y aclaraciones en general (arts. 112 LSA y 51 LSRL), y en las modificaciones estatutarias, en particular, (art. 144 LSA; 71 LSRL) y el acceso a las cuentas anuales y los documentos contables sometidos a aprobación (arts. 212.2 LSA; 84 LSRL). El contenido de la información contable será más amplio en las medianas y grandes sociedades por tener que presentar cuentas ordinarias (arts. 181, 190, 201 LSA; 84 LSRL), además de que deben someterse a auditoría obligatoria (arts. 203 y 181 LSA; 84 LSRL) y si son sociedades cotizadas quedan sujetas a otras obligaciones de publicidad sobre resultados y otras informaciones relevantes (art. 35 LMV).

A su lado, se contempla un amplio derecho a la información en relación al examen de la contabilidad a través de la facultad de examinar los documentos que sirven de soporte y de antecedentes de las cuentas anuales de las sociedades limitadas por los socios representen al menos el cinco por cien del capital social (art. 86 LSRL). Este derecho de información se amplía a toda la contabilidad en el caso de los socios colectivos (art. 133 CdC). En las sociedades capitalistas, la ley establece que los socios que representen un 5 por ciento del capital social pueden solicitar el nombramiento de un auditor para que revise las cuentas anuales de aquellas sociedades no obligadas a auditarse (arts. 205.2 LSA; 84 LSRL), lo cual facilita un mayor control contable y, eventualmente, una información más amplia a través del informe del auditor.

[165] V. art. 44.2 LSRL, que admite que la junta imparta instrucciones al órgano de administración o someta a autorización la adopción de determinados acuerdos o decisiones, salvo disposición contraria de los estatutos.

[166] V. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 103. Los pactos contractuales más comunes suelen referirse a la sindicación del voto. V. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 405-422; CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 363. En segundo lugar, los socios minoritarios tienen presente la preocupación de ejercer un control sobre la distribución de beneficios, ante el peligro que los socios mayoritarios y los gestores canalicen los beneficios hacia ellos. En este sentido, es común que en las sociedades cerradas los beneficios se distribuyan a través de salarios, hecho por el cual

54. De un lado, resultan apropiadas medidas especiales que faciliten la salida del socio de la sociedad tales como el derecho de separación o la facultad de solicitar la disolución de la sociedad.[167]

55. De otro, los socios minoritarios pueden exigir el establecimiento de mayorías cualificadas y quorum reforzados, que permitan, de hecho, el cumplimiento de pactos parasociales sobre el reparto de funciones y cargos y sobre la política de dividendos.[168] El peligro que ofrecen estas medidas consiste en que aumentan la

---

se necesitan mecanismos contractuales que aseguren que este reparto fuera del dividendo resulte equitativo para los socios minoritarios. Si los socios mayoritarios se benefician de altos salarios en su calidad de gestores, los socios minoritarios pueden exigir mecanismos contractuales que exijan su consentimiento en la toma de acuerdos, pueden pactar cargos, prestaciones de servicios, compensaciones especiales como proveedores, financiación en condiciones especiales, etc. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 229, 233. Sobre la remuneración del administrador como medio de supervisión indirecta de los administadores, v. BISBAL, "Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", BIM (1995) 378, quien postula la máxima libertad en la configuración del mecanismo de remuneración.

Nuestro Derecho de limitadas establece determinados límites a la remuneración de los administradores, siendo éste objeto de fijación anual por la junta, salvo que se tome como base una participación en beneficios establecida estatutariamente, que en este caso no puede superar el diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios (art. 66.2 y 3 LSRL). Además, las prestaciones de servicios o de obra entre la sociedad y los administradores, así como los créditos y garantías concedidas por la sociedad quedan sujetas a la autorización de la junta general (arts. 67 y 10 LSRL).

[167] V. las causas legales de separación y la posibilidad de establece otras de carácter estatuario en los arts. 95, 96 y 30.3 LSRL. Con todo, el poder de negociación es también limitado en la medida que todos los socios disponen de un poder de veto en la configuración de tales disposiciones estatutarias. V. ALFARO, "Conflictos intrasocietarios. (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", RDM 222 (1996) 1079-1141. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 491-522; estos autores estudian conjuntamente el tema de las restricciones a la libre transmisibilidad con los pactos de exclusión del socio (*mandatory-sale provisions*) en el marco de los problemas de la sociedad cerrada. SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 451-464.

Con todo, las cláusulas estatutarias estableciendo derechos de separación no resultan deseables, salvo casos especiales de jubilación o defunción, por los costes que crean, los comportamientos oportunistas que posibilitan y por las dificultades de la valoración de la participación. Para una discusión más amplia, v., EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 238-243; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 423-5.

La jurisprudencia y la legislación de diferentes Estados reconoce los *unconditional buyouts rights* para supuestos de bloqueo de los órganos o de actuación abusiva o fraudulenta para los socios. V. *Model Statutory Close Corporation Supplement*, sub. 40(a)(2), (1); art.43; NY Bus. Corp. Law, arts. 1104-a, 1118. Sobre la literatura al respecto, recogiendo la legislación de la diferentes de Estados y decisiones judiciales v. Robert B. Thompson, "Corporate Dissolution and Shareholders' Resonable Expectations", Wash. ULQ 66 (1988) 193.

En relación a la facultad de solicitar la disolución de la sociedad, nuestro ordenamiento mercantil la prevé en el art. 224 CdC para las compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido y siempre que no exista mala fe en el que la propone. Bajo la *California General Corporation Law* todo socio de una sociedad cerrada puede solicitar la disolución de la sociedad (*involuntary dissolution*). V. Cal. Corp. Code, art. 1.800(a)(2).

[168] V. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 445-452; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 743-744; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 423-5. Entre otras medidas, los socios pueden contemplar el voto plural (art. 53.4

probabilidad de la paralización de los órganos sociales, cuyo bloqueo facilita el oportunismo de la minoría.[169] Con todo, ninguno de los mecanismos indicados permiten asegurar que el socio de la sociedad cerrada se encuentra a salvo de las actuaciones oportunistas de los gestores.

Relaciones personales

56. También se ha puesto de manifiesto que en las particular en las sociedades cerradas las relaciones personales y familiares en particular ejercen una influencia relevante frente al oportunismo.[170] Sin embargo, siendo cierto que la existencia de pocos socios permite disponer una base corporativa estable, con una amplia identidad de intereses y cuyas relaciones personales y de confianza reduzcan los conflictos de intereses, ello no excluye la existencia de divergencias de intereses entre los socios.[171]

b) El control de la gestión en la sociedad abierta: la "corporate governance"

Corporate governance

57. El gobierno y, en particular, el control de gestión en la gran sociedad, ha generado durante los últimos veinte años un amplio debate conocido a través de la expresión

---

LSRL), con la finalidad de que ciertas minorías puedan estar representadas en el Consejo de Administración. En este sentido, algunos ordenamientos permiten la existencia de clases especiales de participaciones facultadas para elegir administradores (*cumulative voting*). V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 718-9, 495-498; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 422-424.

[169] Con todo, cuanto mayor sea el poder de la minoría, mayor será la probabilidad de paralización de los órganos sociales. En tales casos, si la parálisis puede significar un problema, las partes pueden establecer mecanismos para solventarlo, como son el arbitraje, los acuerdos de sindicación de voto, la intervención de terceros para deshacer el bloqueo, etc., lo que, a su vez, comporta costes relevante tanto, especialmente respecto del uso que pueden hacer las partes de tal mecanismo de solución de conflicto en busca de una mayor participación en los beneficios. Es el llamado problema del *rent-seeking*, donde «cada parte exige una porción más grande de la tarta». El problema del bloqueo se plantea claramente cuando los acuerdos existentes en muchas sociedades cerradas requieren la unanimidad en la toma de decisiones. Ello significa que las minorías a través de este mecanismo pueden protegerse contra el oportunismo de la mayoría, si bien, por otro lado, al poder paralizar la sociedad disponen de incentivos para comportarse oportunísticamente y presionar a la mayoría para obtener concesiones que obtendrían en circunstancias normales. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 233-234, 248. V. también HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 719-722.

Los métodos alternativos a la paralización de la junta son de tres tipos: 1) los *deadlock buy-out arangements* autorizan un derecho de adquisición / separación de un grupo de socios frente a otros de tal forma que se asegure un precio equitativo (*fair price*); 2) el arbitraje para futuras controversias; y 3) la disolución por requerirlo de determinado porcentaje de capital o determinados socios. V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 736-738. Sobre la disolución por paralización, v. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 522-524; 524-552. Sobre los acuerdos relativos al arbitraje v. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 723-735. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 552-556.

[170] La comunidad de intereses existente en la sociedad personalista, el conocimiento personal que existe entre los socios, las relaciones familiares pueden determinas sistemas no jurídicos de resolución de conflictos. V. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 31, nota 23 y p. 32, nota 25.

[171] Los motivos pueden ser relativos a cambios en la actividad empresarial, discrepancias en la gestión, transmisiones sucesorias en las participaciones, etc. V. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 772; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 229; EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1465-1466.

corporate governance.[172] Entendemos por tal, el sistema a través del cual se dirigen y controlan las sociedades.[173]

58. La cuestión no solo ha sido tratada doctrinalmente, sino que se ha tenido reflejo en estudios elaborados en la mayoría de los países de nuestro entorno e impulsados por gobiernos, instituciones públicas y privadas y por agrupaciones de empresas.[174]

---

[172] V., entre otras referencias, BARBIERA*, Il corporate governance in Europa. Amministraziones e controlli nelle società per azioni in Italia, Francia, Germania e Regno Unito*, 2000; BISBAL, "El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica", RDM 226 (1997) 1673-98; HOPT / TEUBNER, (eds), *Corporate governance and directors' liabilities*, 1985; HOPT / WYMEERSCH, (eds), *Comparative corporate governance. Essays and Materials*, 1997; HOPT / KANDA / ROE / WYMEERSCH / PRIGGE (eds), *Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research*. Clarendon Press, Oxford, 1998; ROE, «Path dependence, politica options, and governance systems», en HOPT / WYMEERSCH, Comparative corporate governance (1997) 165-184; id., "Chaos and Evolution in Law and Economics" Harv. LR (1996) 641; «Symposium: The American Law Institute's Principles of Corporate Governance», Geo. Wash. LR 61 (1993) 871-1293; SMERDON, *A practical guide to corporate governance*, 1998; VISINTINI, *La società per azioni nela prospettiva della corporate governance*, 1997; VEASEY, "The defining tension in corporate governance in America", Bus. Law. (1997) 393-406; Id., "The Emergence of Corporate Governance as a New Legal Discipline", Bus. Law. (1993) 1267-1270.

[173] Esta es la definición que recoge sintéticamente el *Informe Cadbury* (1992) sub. 2.5. Con posteriodidad, el *Informe Hampel* (1998) sub. 1.15, señala que la definición « coloca a los consejeros de la sociedad en el centro de cualquier debate sobre el gobierno de las sociedades, pero estrechamente relacionado con la función de los accionistas, ya que son estos quienes nombran a los consejeros. Se trata pues de una definición restrictiva. Excluye a actividades implicadas en la gestión que pueden ser vitales para el éxito de la empresa». V. las definiciones de buena parte de los códigos europeos en el *Informe Weil / Gotshal / Manges - Comparative study of corporate governance* (2002), Anexo V, *Comparative matrix*, sub. 1.

[174] i. El Reino Unido, país que inició la publicación de los informes en el ámbito europeo, destaca por la relevancia de los Informes Cadbury y Greenbury y Hampel, que han centrado su preocupación por los aspectos relativos a la organización de la administración, la responsabilidad de los administradores en relación a la contabilidad y las políticas y comités de auditoría interna y de remuneración de los administradores. V. Stock Exchange Financial Reporting Council, Cadbury Committee, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, publicado, junto al *Code of Best Practice*, el 1 de diciembre de 1992, Londres: Gee and Co. Ltd / Professional Publishing Ltd. Un segundo informe, *Report of the Committee on The Financial Aspect of Corporate Governance. Compliance with the Code of Best Practice*, se publica el 24 de mayo de 1995, Londres: Gee Publishing. Sobre la remuneración de los administradores, v. The Study Group On Directors´ Remuneration, dirigido por Sir Richard Greenbury, *Report of the Committee on Director´s Remuneration*, 17 julio 1995, Londres: Gee Publishing. Para evaluar la efectividad de los informes anteriores se creó una nueva comisión que realizó un nuevo estudio, el Informe Hampel, *Report on Corporate Governance*, Londres, Gee Publishing Ltd, 1998. Finalmente el Comité Hampel elabora el *Combined Code*, junio 1998, que abarca los trabajos del Cadbury, Greenbury y Hampel Committees, además de incluir determinadas modificaciones hechas por el Stock Exchange. Con posterioridad v., entre otros, el *Informe Turnbull* (1999) sobre el control interno, el *Informe Higgs* (2003) sobre administradores no ejecutivos, y el *Informe Smith* (2003) sobre los comités de auditoría.

Sobre ello, v. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 345-60; SMERDON, R., *A practical guide to corporate governance*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998; SHAW, John C., «The Cadbury Report, two years later», en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative corporate governance* (1997) 21-45; COLOMBERA, M., "Le regole di *Corporate Governance* nel Regno Unito: il *Cadbury committee* e il *Greenbury Committee*", Riv. Soc., núms. 2º y 3º marzo-junio, 1996, 440-464; BELCHER, A., "Compliance with the Cadbury Code and the reporting of corporate governance", Co. Law., 17-1 (1996) 11-17. VILLIERS, Ch., "Draft report by the Cadbury Committee on the financial aspects of corporate governance", Co Law (1992) 214-217.

FINCH, V., “Board Performance and Cadbury on Corporate Governance", JBL (1992) 581-595. BEAN, G., “Corporate governance and corporate opportunities”, Co. Law., 15-9 (1994) 266-272. Sobre esta materia, en España v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 356-8; MARINA GARCIA-TUÑON, A., “Informe del Comité sobre aspectos financieros de la Administración de las sociedades”, RdS (1995) 377-81.

ii. En Francia destacan los informes Vienot y Marini. V. *Informe del Comité sobre el gobierno de empresas*, presidido por Marc VIENOT, julio 1999; Philippe MARINI, *La modernisation du droit des sociétés. Rapport au Premier ministre*, Paris, 1996; Association Française des Entreprises Privées, Conseil National du Patronat Français: *Le Conseil d'Administration des Sociétés Cotées*, Paris, 1995. Sobre ello, v. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1390-1 y la bibligrafía reciente allí citada ; GUYON, Yves, “La ‘corporate governance’ en droit française”, *Riv. Soc.* (1999) 20-30. V. también CHARREAUX, *Le gouvenement des entreprises, corporate governance, théorie et faits*, Paris, Economica, 1997, y la bibliografía temática que publicó la *Revue des Sociétés*, 1998, p. 480. V. la reproducción de los informes Marini y CNPF en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative Corporate Governance*, 1997, anexo IV.14 y 15.

iii. En Alemania, v. *Principios para el gobierno de las sociedades cotizadas alemanas (Código de buena conducta)*, RdS (2000-1) 531-6; Ley alemana para el control y la transparencia en el ámbito empresarial (KonTraG), 27 de abril de 1998, artículo 1, relativo a las modificaciones de la ley de sociedades anónimas; German Panel on Corporate Governance, *Corporate Governance Rules for Quoted German Companies. Code of best practice for German Corporate Governance*, enero, 2000; CROMME, G., (dir.), Reierungskommission, *Código Alemán de Gobierno Corporativo*, (*Informe Kromme*) 26 febrero 2002 [Riv. Soc. (2003) 236 ss.]. V. BAUMS, Theodor, “Il sistema di ‘corporate governance’ in Germania ed i suoi recenti sviluppi”, Riv. Soc. (1999) 1-19. (Ley para el control y la transparencia en el ámbito empresarial de 27 de abril de 1998: KonTragG). WARDENBACH, F., “Niederlegung des Aufsichtsratsmandats bei Interessenkollisionen” (Dimisión del cargo en el consejo de vigilancia por conflicto de intereses) AG (1999) 74-77; HOPT, K., “Le governement d'entrepise - Expériences allemandes et européennes”, Rev. Soc. (2001) 1-13; id., “Direzione dell'impresa, controlo e modernizzaziones del dirtto azionario: la relazione della Commisione goernativa tedesca sulla *corporate governance*”, Riv. Soc. (2003) 182 ss.; LUTTER, M., “Una introduzione al Codigo tedesco di *corporate governance*”, Riv. Soc. (2003) 231 ss.

iv. En Italia, v. «El Código de autodisciplina para las sociedades cotizadas italianas», RdS (2000-1) 537-46; Comisión Nacional para las sociedades y la Bolsa, *Recomendaciones en materia de controles societarios*, 20 de febrero de 1997. Sobre ello, v. ALLEGRI, Vincenzo, “Gli amministratori delle società per azioni in una prespettiva di riforma”, Riv. Soc (1999) 387-397; MARCHETTI, P., “*Corporate Governance* e disciplina societaria vigente”, Riv. Soc., núms. 2º y 3º marzo-junio, 1996, 418-426; BIANCHI, L.A., “*Corporate Governance*”, Riv. Soc., núms. 2º y 3º marzo-junio, 1996, 405-417; BIANCO, M. / CASAVOLA, P., “*Corporate Governance* in Italia: alcuni fatti e problemi aperti”, Riv. Soc., núms. 2º y 3º marzo-junio, 1996, 426-439.

v. En Bélgica v., Fédération des Entreprises de Belgique: *Recommandations pour le bon fonctionnement du Conseil d'administration d'une société*, 1996 [Reproducido en HOPT / WYMEERSCH (eds), Comparative Corporate Governance, 1997, anexo VII/18]; *Informe de la Comisión belga sobre el gobierno corporativo*, 1998. V. WYMEERSCH, E., “Le débat belge relatif au “Corporate Governance”, Riv. Soc. (1999) 305-327; VINCKE, F., «The corporte governance in Belgium», en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative corporate governance* (1997) 119-149.

vii. En Holanda, v. Committee on Corporate Governance, *Recommendations for Corporate Governance. Recommendations for sound governance, supervision and effective accountability*, Amsterdam, 28 de octubre de 1996 [Reproducido en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative Corporate Governance*, 1997, anexo VI/17].

viii. Respecto a Portugal, v. «Recomendaciones de la CNMV sobre el gobierno de las sociedades cotizadas. Portugal 1999», RdS (2000-1) 547-50.

ix. A nivel de la Unión Europea, la Comisión Europea ha publicado recientemente el *Report of the high level group of Company law experts on a Modern regulatory framework for company law in Europe*, dirigido por Jaap Winter, 4 de noviembre de 2002 [*Informe Winter* (2002)], con la finalidad de hacer recomendaciones sobre el marco regulatorio del Derecho de sociedades en Europa. V. también el *Comparative study of corporate governance codes relevant to the European*

Principles of corporate governance

59. Dentro de este moderno debate sobre la reforma del gobierno de la sociedad, destacan los *Principles of Corporate Govenance: Analysis and Recommendations*, adoptado y promulgado por el *American Law Institut* el 13 de mayo de 1992.[175] Las distintas versiones del proyecto de *Principles* han sido el principal referente de las discusiones sobre la *corporate governance* en los Estados Unidos durante la década de los ochenta y ha centrado la discusión y renovado buena parte de los postulados relativos a la estructura y gobierno de la moderna sociedad de capitales, generando a su vez, un amplio cuerpo de controversia doctrinal.[176] Este esfuerzo doctrinal debe situarse al lado de otras iniciativas, públicas y privadas, desarrolladas en los Estados Unidos y en Canadá que se plantean a título de recomendaciones al mejor gobierno societario.[177]

Union and its memeber status, realizado por cuenta de la Comisión Europea por WEIL / GOTSHAL / MANGES y publicado en enero de 2002. Sobre el mismo, v., ALONSO LEDESMA, "El buen gobierno de las sociedades en Europa (A propósito del Estudio comparativo de los códigos de conducta existentes en los Estados miembros de la UE realizado a instancias de la Comisión europea por el Estudio Jurídico Weil, Gotshal & Manges)", RDBB 88 (2002) 129-56.

x. En el marco de la OCDE, v. *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, aprobados por los ministros de la OCDE en su cumbre de Ministros del 26 al 27 de mayo de 1999. V. GONZALEZ PACHON, L. / HERRERO SUAREZ, C., "Principios de la OCDE relativos al gobierno corporativo", RdS 13 (1999-2) 503-514.

Los informes más conocidos han sido recopilados y traducidos en ESTEBAN VELASCO, *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) apéndice documental, pp. 707 ss. V. también GUERRA MARTIN, G., "Publicación de códigos de conducta para sociedades cotizadas alemanas e italianas", RdS (2000-1) 643-55; GONZALEZ PACHON, L. / HERRERO SUAREZ, C., "Principios de la OCDE relativos al gobierno corporativo", RdS 13 (1999-2) 503-514.

[175] La edición final de los *Principles* fue publicada en San Paul, Minn., por el *American Law Intitute Publishers* en 1994. Se trata de una iniciativa privada, que contó puntualmente con la colaboración del *New York Stock Exchange* y la *American Bar Association*. Su financiación, unos $1,625.000 (250 millones de pesetas, aprox.), fue aportadas por el Instituto y por otras entidades fundacionales. Mientras tanto se ha desarrollado el proyecto de *Principles*, el ALI ha editado otros trabajos de gran trascendencia jurídica sobre revisiones de bloques legales en los EUA. V., entre otros, el *Uniform Commercial Code*, 1946 a 1952, y subsiguientes revisiones; *Model Penal Code*, 1962; el *Federal Securities Code*, cuya elaboración se ha dado en paralelo con los *Principles*. En cuanto a las reinterpretaciones de las doctrinas jurisprudenciales, v. ALI, *Restatement of Contracts*, 2d (1979); ALI, *Restatement of Agency*, 2d., vol. I (1958); ALI, *Restatement of Trusts*, 2d, vol. I (1959); ALI, R*estatement of Torts*, 2d (1965).

[176] Como muestra de la amplitud de la discusión, v. entre muchos otros*, A Symposium on the ALI Corporate Governance Project*, Miami LR 37 (1983) 169-349; *American Law Institute's Corporate Governance Project*, Geo.Wash. LR 52 (1984) 495-871; *Symposium on Corporate Governance*, Cardozo LR 8 (1987) 657-839; *Symposium: The American Law Institute's Principles of Corporate Governance*, Geo. Wash. LR 61 (1993) 871-1293; *Symposium on Corporate Governance*, Bus. Law. 48 (1993) 1267-1483. V. también, Charles HANSEN, *A Guide to the ALI Corporate Governance Project*, 1995; GHEZZI, F., "I 'doveri fiduciari' degli amministratori nei *Principles of Corporate Governance*", Riv. Soc., núms. 2º y 3º marzo-junio (1996) 465-599; RILEY, C.A. "The American Law Institute's principles of corporate governance", Co. Law., 16-4, (1995) 122-128.

[177] Entre las recomendaciones sobre la organización del órgano de administración en los EUA, v. ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1978) (1994) y (2001). Dentro del marco de la reforma del gobierno corporativo, v. también el informe *Informe de la NYSE*, dirigido por LEVIN, G. / McCALL, H. / PANETTA, L., *Report of the New York Stock Exchange Corporate Accountability and Listing Standard Committee*, entregado al NYSE's Board of Directors el 6 de junio de 2002 [*Informe de la NYSE* (2002)]. En relación a los trabajos relativos a Canadá, v. Report of the Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Governance in Canada, *Guidelines for Improved Corporate Governance in Canada*, Toronto, 1994.

60. Los *Principles of corporate governance* se distinguen de los otros estudios realizados sobre la materia por distintos motivos. En primer lugar, el documento final es fruto de una reflexión amplia en el tiempo. Su desarrollo viene ligado a la propia historia del *American Law Institut*, que desde su creación en 1923, trabaja en el Derecho de sociedades, uno de los tres primeros temas que abordaron desde su inicio.[178] En su última etapa, ya a finales de los años setenta, el ALI designa una comisión para elaborar un proyecto sobre la estructura y gobierno de las sociedades, para el análisis de los siguientes problemas fundamentales: el estándar que rigen los deberes fiduciarios de los administradores, la estructura del órgano de administración, las relaciones entre administradores, gestores y socios, los deberes de la mayoría (de control) frente a la minoría y el acceso a la información.[179]

61. En segundo lugar, los *Principles* no sólo se presentan como recomendaciones para su adopción voluntaria por las sociedades, sino que pretenden influir en la reforma del Derecho de sociedades. Si bien en un principio el objetivo formal y la finalidad metodológica consistía en reinterpretar y revisar la doctrina jurisprudencial (*restatement, restating the cases*) y recomendar disposiciones legislativas, ya sea estas estatales o federales (*recommendations*), la evolución del proyecto ha discurrido hacia las recomendaciones dirigidas a las compañías y sus asesores y también a los jueces y a los legisladores de los Estados.[180]

Entre los informes promovidos por empresas y asociaciones de empresas, v. General Motors, *Corporate Governance Guidelines*, adoptados en enero de 1994 y revisados en mayo de 2003 (www.gm.com); Atlantic Richfield Company (ARCO), *Corporate Governance Principles*, Annual Report adopted by the Board of Directors, Los Angeles, 1995; California Public Employee Retirement System (CalPERS), *Statement of Governance Principles*, Sacramento, 1996; Teachers Insurance and Annuity Association-College Retirement Equities Fund (TIAA-CREEF), *Important Elements of Good Corporate Governance*, New York, 1993; todos reproducidos en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative Corporate Governance*, 1997,. En Canadá v. Pension Investment Association of Canada (PIAC), *Corporate Governance Standards*. Toronto 1993; reproducido en HOPT / WYMEERSCH (eds), Comparative Corporate Governance, 1997, anexos II.8-11 y III.12.

[178] El *Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law*, que recomendó la creación de Instituto, presentó un informe ante jueces, abogado y profesores de Derecho, en el que se incidía en la incertidumbre existente en el Derecho de sociedades era debida a la confusión y diferencias de opinión existentes respecto de los «los principios fundamentales aplicables a la resolución de los problemas más difíciles». V. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) xi. Sobre la evolución y trabajos que desarrolla el ALI hasta los años setenta, fecha que viene marcada por el inicio de los primeros trabajos de los actuales *Principles*, v. id., pp. xi-xvi.

[179] La comisión empieza sus trabajos en el año 1977 en un momento de especial preocupación doctrinal por aspectos semejantes. Por citar dos eventos de relevancia, por una parte, el profesor Eisenberg había publicado un año antes el trabajo sobre *The Structure of the Corporation*; por otra, la American Bar Association publica un año después, en 1978, la reedición del *Corporate Director's Guidebook*. En la elaboración de los *Principles* han trabajado un buen número de ilustres juristas, académicos y prácticos -jueces y abogados-, entre los que destacan Melvin A. Eisenberg, *chief reporter* (1984 a 1991) y redactor de las partes II, Objeto y Finalidad de la Sociedad, y III, La Estructura Societaria: Funciones y Poderes de los Administradores y Gestores. Los tres primeros capítulos de la parte V, deber de lealtad, han sido redactadas por Marshall L. Small, mientras que el capítulo cuarto lo ha sido por Small y por Ronald J. Wilson.

[180] De un lado, como se indica en los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 109, su contenido se presenta como recomendaciones [v. la parte III-A] dirigidas a las compañías y a sus asesores para su adopción voluntaria, no a los legisladores ni a los tribunales. Sin embargo, como ha escrito el profesor Eisenberg, «Chief Reporter's Foreword», ALI, *Principles of Corporate*

62. En tercer lugar, su metodología, profundidad y contenido, presentan singularidades propias. Destaca en primer lugar su amplitud, su carácter sistemático y su profundidad en el análisis, siempre referenciado en el ámbito de los Estados Unidos.[181]

Informes españoles

63. En España la discusión doctrinal sobre el gobierno de la gran sociedad ha dado origen a varios estudios e informes de amplia notoriedad.[182] El primero de los informes promovidos de forma oficial es el denominado *Informe Olivencia* (1998) cuyas recomendaciones han sido incorporadas por la Comisión Nación del mercado de valores a un Reglamento tipo del Consejo de Administración.[183] Su

---

Governance (1994) xxv-xxvi, el «Comentario b de cada regla se refiere a la forma en que se contempla que la regla pueda ser incorporada al ordenamiento. En el supuesto de reglas que son de formato de *Restatement*, el Comentario b establece que la regla puede ser introducida a través de decisiones judiciales, esto es, en la misma forma que lo es una ordinaria *Restatement rule*. En el supuesto de reglas que no tengan este formato, el Comentario b establece que la regla puede ser incorporada a través de una acción legislativa, o que la regla establece estándares para la interpretación o formulación de reglas legales (*statutes*) o que la regla puede ser incorporada por una regla judicial de procedimiento. En el caso de las recomendaciones de práctica societaria recogidas en la Parte III-A, el Comentario b declara que la recomendación puede ser adoptada de forma voluntaria por las propias sociedades. Muchas de las reglas contenidas en los *Principles of Corporate Governance* -incluso las que están en el formato de *Restatement*- pueden ser adoptadas por un legislador como parte de una codificación del Derecho de sociedades». Con todo, los críticos han puesto de manifiesto su relativa influencia en el *case law*, señalando que desde que el estudio fue completado en 1992 y posterior publicación, en 1994, «hasta verano de 1997 sólo había sido citado 29 veces por los Tribunales de apelación de los Estados y 13 veces por los Tribunales federales de apelación». V. HAMILTON, *Corporations* (1998) 189.

[181] Su objeto de estudio afecta a la organización interna de la sociedad, en particular a sus relaciones de gobierno, ordenándose alrededor de los siguientes aspectos: el objeto y fin de la sociedad; la estructura societaria: funciones y poderes de los administradores y directivos, y la auditoría en la gran sociedad abierta; los deberes de cuidado, la *business judgment rule* y el deber de lealtad; el papel de administradores y accionistas en operaciones de control y ofertas públicas de adquisición; y los medios de tutela del socio y la sociedad.

[182] El primero de los informes publicados sobre esta materia es el Informe del Círculo de Empresarios, *Una propuesta de normas para una mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*, Documentos Círculo, Madrid, 12 noviembre 1996. V. sobre ello, ESTEBAN VELASCO, "Una contribución sobre el gobierno societario: una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los consejos de administración. Círculo de Empresarios, Madrid, noviembre 12, 1996", RdS 8 (1997) 409-418; ESPIN GUTIERREZ, C., "Normas del Círculo de Empresarios para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración", RDBB 65 (1997) 336-340.

[183] Comisión especial nombrada por el Consejo de Ministros y dirigida por Manuel Olivencia para el estudio de un Código Etico de los Consejos de Administración de las Sociedades, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 26 de febrero de 1998 (*Informe Olivencia*); Comisión Nacional del mercado de valores, *Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de buen Gobierno*, Madrid, 19 de mayo de 1998. Ello se complementa con la Carta circular 11/1998, de 17 de diciembre, que incluye un modelo para que las sociedades informen sobre sus reglas de gobierno a través de su informe anual. V. al respecto, GUERRA MARTIN, G., "Publicación por la CNMV de un modelo de información sobre la asunción del Código de buen gobierno", RdS (2000-1) 551-3 (incluye una reproducción de la carta circular). Para una visión crítica al *Informe Olivencia*, respecto de su método y orientación, v. FERNANDEZ DE LA GANDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 57-90; ALONSO UREBA, «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal *versus* Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 95-133; VELASCO SAN PEDRO, «El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el Informe Olivencia», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 3003-29. Cfr. con OLIVENCIA, «El gobierno de las sociedades», *Homenaje a Sánchez*

contenido va dirigido a las sociedades cotizadas para su adopción voluntaria sobre la base de su autorregulación.[184] Posteriormente, el *Informe Aldama* (2003) no sólo formula recomendaciones dirigidas a las sociedades que participan en los mercados de capitales, sino que postula determinadas reformas en el Derecho de sociedades y del mercado de valores mediante reglas que deberían tener una aplicación imperativa.[185] Las recomendaciones del Informe Aldama, basadas en los principios de transparencia y seguridad en el mercado de valores, en buena parte, han sido plasmadas en la reciente *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), modificadora tanto de la Ley del mercado de valores como del Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas.

Códigos de buen gobierno

64. En síntesis, los principales problemas que se han abordado en la reflexión sobre el gobierno societario han girado en torno a la estructura y control interno de la sociedad, afrontando en particular cuestiones relativas a la estructura del consejo, la distribución de tareas y su funcionamiento interno, teniendo en cuenta especialmente el tema de la remuneración de los administradores.[186] Tales contenidos suelen formularse de forma concisa a modo de códigos de buena práctica o códigos de buen gobierno.[187] A través de este mecanismo resulta más fácil la incorporación voluntaria de las recomendaciones de los informes a la reglamentación interna del Consejo de Administración de la sociedad cotizada.[188]

Calero , II (2002) 1771-1803. V. también, TRIAS, "El informe Olivencia sobre el gobierno de las grandes sociedades", RPJ (1998) 409-440, y ALVAREZ-VALDES Y VALDES, M. «Los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades. El cumplimiento de las recomendaciones del Informe Olivencia», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2517-64.

V. también el *Reglamento tipo interno de Conducta de la Asociación Española de Banca Privada* (AEB) en el ámbito del mercado de valores, de 19 de octubre de 1993. V. TAPIA HERMIDA, A. J., "El reglamento-tipo interno de conducta de la AEB en el ámbito del mercado de valores", RDBB 52 (1993) 1203-1207.

[184] V. *infra* núm. 64, nota 163.

[185] Comisión especial nombrada por el Consejo de Ministros y dirigida por Enrique de Aldama, *Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, Madrid, 8 de enero de 2003.

[186] V. como ejemplo de ello el *Informe Hampel* (1998), que al aceptar la definición de *corporate governance* de la Comisión Cadbury excluye muchas actividades relacionadas con la gestión societaria, limitándose a concentrarse en la estructura interna de la sociedad. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 357.

[187] A estos efectos se distingue los informes sobre *corporate governance* de los códigos de buen gobierno o de buena práctica (*codes of best practice*) que suelen incorporarse a los informes y que suelen abarcar la generalidad de aspectos previstos en los informes. V. como ejemplo, el *Informe Olivencia* (1998), sub. III *Código de buen gobierno*, o el *Informe Cadbury* (1992), *Code of best practice*. Otros informes no van acompañados de un código, tal como sucede, por ejemplo, en el *Informe Aldama* (2003).

[188] En este sentido los informes tienen naturaleza voluntaria. Entre otros, v. el *Informe Olivencia* (1998) dónde se señala [v. id.,I.4] que «no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por lo tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo». De ahí que sus recomendaciones vayan dirigidas a las sociedades «para que, al amparo de la autonomía de la voluntad privada y de las facultades de autorregulación de sus órganos, adopten las decisiones conducentes a su mejor gobierno» [id., I.2]. El Código no trata de «proponer normas de Derecho objetivo, sino de ofrecer a la consideración de las sociedades destinatarias un catálogo de medidas que, en uso de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico». También participa del carácter de recomendación *Informe Cadbury* (1992), que para el caso señala que el Código refleja la mejor práctica existente y que pocas de sus recomendaciones requieren su adopción legislativa (id., sub. 7.1).

Deberes y códigos de conducta

65. Dentro de esta reglamentación interna del consejo son de especial interés los códigos de conducta con previsiones singulares sobre los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores y en particular sobre los conflictos de intereses más comunes.[189] Sin embargo, los informes sobre el gobierno corporativo no han

---

De su lado, el *Informe Aldama* (2003), sub. VI.1, se reafirma en que las medidas que expone se sitúan «como recomendaciones dirigidas ante todo a las propias empresas objeto de este Informe, en el ámbito de la autorregulación». El informe justifica este parecer, tanto por establecer una la línea de continuidad con el *Informe Olivencia* (1998) cuanto por la convicción de que los problemas del gobierno corporativo «se aborda mejor desde la flexibilidad de la autorregulación, bajo el principio constitucional de la libertad de empresa, y con la sanción del mercado al régimen de autogobierno elegido por cada sociedad en condiciones de transparencia». Es decir, que la autorregulación se apoya fundamentalmente en el «deber de informar constantemente sobre el modo de enfocar los asuntos relativos al gobierno corporativo y a las razones para hacerlo de un modo u otro».

Sin embargo, el *Informe Aldama* (2003) sub. VI.2, con independencia de las recomendaciones de voluntario cumplimiento, defiende la regulación legal imperativa para distintas cuestiones, entre las que figuran la incorporación necesaria a las sociedades cotizadas de un Reglamento del Consejo de Administración y un Reglamento de la Junta General (id., sub. VI.2.iii, y, más ampliamente, sub. IV.1.3 y IV.8). V. arts. 113 y 115 LMV, según la redacción dada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) art. 1º.1. El art. 115 LMV establece que el Consejo de Administración de las sociedades anónimas cotizadas dictará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo que «contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad». Deberá comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil. También se exige un reglamento específico para la Junta general (v. art. 113 LSA).

Como ejemplo de reglamento interno en España, v. Telefónica, *Texto Refundido del Reglamento del Consejo de administración de "Telefónica, S.A."*, aprobado por el Consejo de Administración el día 31 de marzo de 2004 e inscrito en el Registro Mercantil de Madrid el día 22 de abril de 2004. Sobre una edición anterior aprobada en enero de 1997, v. SALELLES, J. R., "Aproximación al Reglamento del Consejo de Administración como norma de organización: El Reglamento del Consejo de Administración de Telefónica Española, S.A.", RGD 634-635 (1997) 9143-9172. Idem, RDBB 65 (1997) 233-258.

[189] La expresión código de conducta tiene un uso muy generalizado en los Estados Unidos, de forma que las grandes corporaciones suelen disponer de códigos de conducta dirigidos a los empleados, a cuestiones medioambientales u otros ámbitos de la actividad empresarial. En adelante, las referencias a los códigos de conducta, van dirigidas a la regulación interna de los conflictos de intereses entre administradores y sociedades.

Según investigaciones realizadas, la probabilidad de adoptar un código de conducta aumenta en función del tamaño de la sociedad, de forma que en las grandes sociedades la existencia de tales códigos resulta común, así como se indica en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 245. V. ibi, diversos estudios citados al respecto y otras referencias, entre las cuales destacamos los siguientes: White and Montgomery, "Corporate Codes of Conduct", 23 *Calif. Management Review* 80 (1980); Holt, "A sampling of twenty-five codes of corporate conduct: call for a renascence", *Directors & Boards* 7, 13 (1980); Towle, "Ethics and standards in American business" 267, que anota el código de conducta adoptado por ARMCO Steel Corporation en 1919.

De otro lado, cuando las sociedades adoptan un código de conducta lo suelen hacer de forma voluntaria. Sin embargo, en el ámbito del mercado de valores, el Derecho obliga a que las empresas de servicios de inversión, las sociedades cotizadas y otras instituciones y prestadores de servicios relacionados con el mercado de valores cumplan normas y códigos legales de conducta, tal como así lo establece el Titulo VII, de la LMV. Además, el art. 78.2 LMV, en la redacción dada por la *Ley Financiera* (2002), dispone que el Ministerio de Economía podrá establecer que los reglamentos internos de conducta contengan medidas concretas dirigidas a garantizar el cumplimiento de las normas de conducta dispuestas en el propio Título VII de la ley. Sobre las normas de conducta en el mercado de valores, v. Cap. 4º, núm. 91.

tenido como objeto dar un tratamiento especial a los deberes de lealtad.[190] Las referencias aisladas a tales deberes no se producen tanto para proyectar una regulación específica sobre el contenido de deberes cuanto para hacer pedagogía ética y para establecer procedimientos internos de control de los conflictos.[191]

66. Con todo, los deberes de los administradores han sido objeto de debate sobre el gobierno corporativo, particularmente en los Estados Unidos y en España.[192] En los

[190] La mayoría de los códigos no se refieren ni a los deberes de los administradores ni a los códigos de conducta reguladores de conflictos de intereses, entre los cuales destacan los códigos ingleses: el *Cadbury Code of best practice* (1992); el *Greenbury Code of best practice* (1995) y el *Hampel Combined Code* (1998). V. al respecto, la breve referencia del *Informe Weil / Gotshal / Manges - Comparative study of corporate governance* (2002) *Final report*, sub. III.D.3.b, p. 49, en el apartado "conflictos de interés"; en el mismo informe, v. en su Anexo V, *Comparative matrix*, sub. 12, la tabla indicativa de los contenidos de los códigos. V. también el *Informe Winter* (2002) que tal como se deriva de su contenido y, particularmente, de las prioridades fijadas en el capítulo noveno, pp. 125-7, ninguna de sus propuestas afectan directamente al deber de lealtad del administrador, si bien las recomendaciones relativas a la *corporate governance* atañen a temas cercanos como los relativos al deber *disclosure* de los mecanismos de *corporate governance*, el régimen de remuneración de los administradores y el derecho de información del socio. Además, resulta ciertamente significativo, que el Proyecto de Quinta Directiva no sea citado para su aprobación.

[191] V. Cap. 5º, núms. 113 y 115.

[192] Resulta de interés contrastar los distintos informes sobre la *corporate governance* para observar el distinto tratamiento que ofrecen sobre los deberes de los administradores. De un lado, los informes del Reino Unido no hacen referencia a los concretos deberes que deben cumplir los administradores, sino más bien sus objetivos o fines, su forma de organización y toma de decisiones. En este sentido, no deja de ser significativo que el *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.29, no se refiera a los códigos de conducta relativos a los administradores, sino que llama la atención respecto de las normas de conducta que deben conocer los trabajadores (*all employees*) de la sociedad. A estos efectos, recomienda como buena práctica que «los consejos de administración redacten códigos éticos o declaraciones de prácticas empresariales y que los hagan público, tanto interna como externamente». Es más, el *Code of best practice* del *Informe Cadbury* no contiene una sola recomendación dedicada a los deberes de los administradores, si bien aborda cuestiones relativas a la organización del consejo, a los consejeros ejecutivos y no ejecutivos, y a otras cuestiones sobre información y control interno. Ejemplo de ello también lo es el *Informe Hampel* (1998) en cuyos principios (v. id., sub 2) no se hace referencia a los deberse de los administradores y sólo en la parte tercera (id., sub. 3.2) se indica que «Los deberes básicos de los consejeros son actuar de buena fe, con la debida diligencia y pericia en interés de la sociedad y para el fin propio de la misma». Añade que tales deberes «proceden del *common law* y son comunes a todos los consejeros y exigibles frente a la sociedad, es decir, frente a la colectividad de accionistas, tanto presentes como futuros, y no respecto a los existentes en un determinado momento». El mismo informe indica (id., sub. 3.3) que tales deberes deben exigirse también a los no ejecutivos y dejar que los Tribunales, en su caso, moderen su aplicación. Es más, el *Hampel Combined Code* (1998), ni en sus principios (*principles of good governance*) ni en su código (*code of best practice*), no dedica ni una sola disposición a los deberes de los administradores.De su parte, el *Informe Higgs* (2003) sub. A.3.3, establece que «todos los administradores deben tomar las decisiones objetivamente en interés de la compañía», lo que es una referencia genérica.

Los informes continentales incorporan cuestiones puntuales sobre el tema. Así, el *Informe Vienot* (1999) sub. III.4, entre las obligaciones del administrador establece el deber de comunicar al Consejo cualquier situación de conflicto y la prohibición de negociar con los valores de la sociedad que posea; el *Informe holandés* de 1997, sub. 4.7 y 4.5, se refiere a la prohibición de obtener beneficios personales, y a que los valores propiedad del administrador deber ser a largo plazo. Por contraste con ello, el *Code for german corporate governance* (2000) sub. II.4, establece una amplia lista de supuestos y reglas relativas al conflicto de intereses, lo mismo que sucede con el Código de Gobierno Corporativo del *Informe Cromme* (2002) sub. 4.3 y 5.5.

Estados Unidos, de todos los informes que se han ocupado del gobierno de la sociedad, nuestro interés se centra en la revisión profunda y sistemática de los deberes de los administradores y, en particular, el apartado relativo al deber de lealtad que ofrecen los ALI, *Principles of corporate governance* (1994), en su parte quinta.[193]

67. En España, todos los informes sobre gobierno corporativo han contemplado propuestas concretas relativas a los conflictos de intereses.[194] El interés especial sobre los deberes de los administradores y en particular sobre el deber de lealtad

---

Un supuesto específico que llama la atención a la mayoría de los informes y que encuentra relación con el deber de lealtad es la remuneración de los administradores, si bien se trata más en su forma de determinación que en la obligación de los administradores de no entrar en conflicto. V. al respecto el *Informe Greenbury* (1995) en su totalidad; el *Informe Hampel* (1998), sub. 2.9-2.12 y 4.1-4.21; el *Informe de la Bolsa de Canadá* (1994) recomendación 8; el *Informe belga* de 1998, sub. 3.1 y 3.2; el *Informe holandés* de 1997, sub. 4.4.

[193] Tal como señalan los ALI, *Principles of Corporate Governance*, «President's Foreword», (1994) xxi, «[u]n propósito básico del Proyecto ha sido siempre clarificar los deberes y las obligaciones de los administradores y gestores de sociedades y facilitar directrices para ejecutar tales responsabilidades de forma eficiente, con el mínimo riesgo de responsabilidad personal».

Los *Principles of corporate governance* se ocupan del deber de lealtad (*duty of fair dealing*) en su parte quinta, que a su vez subdividen en cuatro capítulos (id., pp. 199-382): el principio general (capítulo primero, sub. 5.01), el deber de lealtad de administradores y altos cargos (capítulo segundo, sub. 5.02 a 5.09), el deber de lealtad del socio de control (capítulo tercero, sub. 5.10 a 5.14) y las transferencias de control (capítulo cuarto, sub. 5.15 y 5.16). De todos ellos, los capítulos primero y segundo centran nuestra atención, en la medida que en el primero se establece el deber de lealtad y su ámbito subjetivo de aplicación general y en el segundo se incluyen las reglas relativas a los distintos supuestos: negocios con la sociedad (sub. 5.01), retribuciones (sub. 5.02), uso de bienes, información o posición societaria (sub. 5.04), aprovechamiento de oportunidades (sub. 5.05), competencia con la sociedad (sub. 5.06), operaciones entre sociedades con administradores comunes (sub. 5.07), conductas interesadas por cuenta de tercero (sub. 5.08) y efectos de las normas autorizantes de conductas interesadas (sub. 5.09).

[194] Los informes españoles se ocupan plenamente del conflicto de intereses incorporando reglas generales y especiales sobre el deber de lealtad del administrador. En su momento ya el *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) determina las obligaciones de diligencia y lealtad del consejero [sub. 2.5] y hace una recomendación concreta sobre las mismas [sub. 3.3] refiriéndose a cuestiones generales -comunicación de intereses, deberes de reserva y cumplimiento de las obligaciones sobre operaciones con títulos de la sociedad- sin entrar en consideraciones sobre supuestos individuales. V. también, id., sub. 2.17.

En particular, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8, distingue entre deberes genéricos, conflictos de intereses, información no pública, uso de activos sociales y oportunidades de negocio, deberes de comunicación y deberes de los accionistas significativos. La recomendación del Informe se recoge en el *Código de buen gobierno*, sub. III.15, dónde se añade que los reglamentos internos deberían contemplar «en particular, la situación de conflicto de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales». V., id., sub. III.16 y 17. Sobre la retribución del consejero, v. id. sub, II.7 y III.15.

El *Reglamento tipo CNMV* (1998) determina las normas relativas a los deberes de diligencia y lealtad en su capítulo IX, disposiciones 30 a 40, dónde se reúnen reglas generales - obligaciones generales, operaciones indirectas, deberes de confidencialidad, de comunicación, de abstención- y supuestos concretos -competencia, uso de activos sociales, uso de información, oportunidades de negocio, operaciones con accionistas significativos-. Sobre la retribución de los administradores, v. también la disposición 28. V. también el *Reglamento del Consejo de administración* de Telefónica, cuyas normas de conducta se encuentran en los arts. 30 a 36.

El *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, sigue la línea de la determinación de los deberes apuntada por el *Informe Olivencia* concretando obligaciones generales y refiriéndose a concretos deberes, pero además recomienda la extensión subjetiva de los deberes a un círculo más extenso que el de los propios administradores (sub. III.2.3).

se justifica por la ausencia de una tradición jurídica que haya determinado el deber general. En este sentido, por su novedad, resulta de interés la recomendación del *Informe Olivencia* (1998) de incorporar a los reglamentos internos reglas concretas sobre el conflicto de intereses y sobre determinados conflictos en particular a fin de facilitar su reconocimiento por parte de los administradores.[195] En esta dirección, el *Informe Aldama* (2003) ha dado un paso más en la línea de sugerir que el defectuoso tratamiento legal dado a la deslealtad se remedie «estructurando un régimen articulado de los deberes de lealtad».[196]

c) *Los medios de control de la gestión en la sociedad abierta*

Planteamiento

68. Con independencia del control externo del mercado, las sociedades abiertas disponen de mecanismos de control internos, distintos a los propios de las sociedades cerradas. El control de la gestión no puede ser llevado a término de forma eficaz por la junta general dado que el elevado número de socios dificulta que se formen grupos estables que representen a la mayoría del capital.[197] Buena

---

[195] V. el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.1, cuando señala que es el carácter altamente abstracto o genérico de la norma de conducta que establece el deber de diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal hace recomendable «que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalla las principales obligaciones que dimanan 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». V., además, el *Código de buen gobierno*, sub. III.15-17.

[196] V. *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.1, p. 22. Sobre la necesidad de regulación del deber, v. Cap. 5º, sub. II.1.b).

[197] Siendo ello cierto, recientemente se va afirmando una tendencia según la cual debe recuperarse el papel de la junta general en el ámbito del control del gobierno corporativo. V. ALONSO LEDESMA, «El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 615-62, que señala la existencia de determinados factores de revitalización de la junta en base a la intervención de los accionistas institucionales, postula la intervención de la junta en los actos de "administración extraordinaria" que afecten la posición jurídica del socio (id., pp. 645, 637-46), y sugiere un conjunto de aspectos para mejorar la participación del socio y el ejercicio de sus derechos en la Junta General (id., pp. 646-56).

En esta dirección, la Comisión redactora del *Informe Aldama* (2003) sub IV.1, señala que «uno de los principales objetivos del gobierno corporativo es la potenciación del papel de la Junta General de accionistas como órgano de decisión y control básico para la vida de la sociedad y la tutela de los intereses de los accionistas». V. ibi, las medidas propuestas al respecto; el Informe, id., IV1.6, incluye *otras medidas* además de las asumibles por vía de autorregulación «tendentes a facilitar o asegurar la representación y el acceso a la Junta por parte de los accionistas, como las dirigidas a incrementar la antelación de la convocatoria respecto de la celebración de la Junta y permitir que los accionistas, con exigencia de aquellos requisitos legitimación que se entendieran procedentes, pudieran tanto solicitar la adición de puntos del orden del día en la Junta convocada como formular en relación con dichos puntos propuestas alternativas de acuerdos con una cierta antelación respecto de la Junta General con el fin de que el Consejo pudiera definir su posición sobre la oportunidad o no de su inclusión en el orden del día a publicar, motivando las razones de su inadmisión; o implantar los sistemas necesarios para el cómputo electrónico del quórum, así como para la delegación y el voto por correo o por medios electrónicos». Al respecto la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) en su art. 2º.1, al introducir el apartado 4 del art. 105 LSA, admite la delegación o ejercicio del derecho de voto «mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto». V. también, arts. 105.5 y 106.2 LSA.

Con independencia de estas propuestas recientes, la doctrina ha venido señalando la relevancia que adquieren los administradores en la sociedad abierta, la distancia existente entre la "corporación real" y el modelo legal, así como la necesidad de revisión de los medios tradicionales

parte de los socios de estas sociedades tienen carácter inversor y los costes de ejercitar sus derechos políticos superan los beneficios que pudieran obtener en ello, de forma que, a menudo, se muestran pasivos a participar en el control de la gestión.[198]

69. Es por ello que el control de la gestión lo ejerce primordialmente el propio órgano de administración respecto de aquellos administradores que desarrollan tareas ejecutivas.[199] De hecho, el grupo de administradores que tienen asignadas

---

de control previstos en el Derecho de sociedades, especialmente, en la gran sociedad. V., ia., GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 334; MENENDEZ, *Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima* (1974) 14, 37-8, y esp. p. 42; GIRON, "Las reformas", *La Ley* (1989) 4; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 23; ALONSO UREBA, "Participaciones recíprocas", *Derecho de Sociedades Anónimas* , II-2 (1994) 1481; SAN SEBASTIAN FLECHOSO*, El gobierno de las sociedades cotizadas y su control* (1996) 103-71. V. también, EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1471; id., "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 238. V. *supra* núms. 32 ss., sobre la separación entre propiedad y control en la gran sociedad.

[198] La excepción se encuentra en los inversores institucionales, cuya participación en el control es cada vez más relevante. Sobre los accionistas institucionales, v. BAUMS / BAUXBAUM / HOPT, *Institutional investors and corporate governance*, Berlin-Nueva York: W. de Gruyter, 1994; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 244-254; DAVIES, Paul L., «Institutional investors as corporate monitors in the UK», en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative corporate governance*. Berlín: Walter de Gruyter (1997) 47-66; EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 53-63; FARRAR, John, (ed), *Takeovers. Institutional Investors and the Modernisation of Corporate Laws*. Auckland, Oxford, New York: Oxford University Press, 1993; GARRIDO, *La distribución y el control de poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*, 2002; RONCERO, A., «Los inversores institucionales y el denominado "gobierno corporativo"», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 665-701; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 573-594; TRIAS, *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid: McGraw-Hill, 1998; id., "El sistema de protección del accionista inversor", RdS (2000) 197-246. V. también, Institucional Shareholders' Committee, «The Role and Duties of Directors - A Statement of Best Practices», 18 abril 1991, en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative corporate governance*, Berlín: Walter de Gruyter (1997) anexo I/5; Id, «The Responsabilities of Institutional shareholders in the UK», diciembre 1991, en HOPT / WYMEERSCH (eds), *Comparative corporate governance*. Berlín: Walter de Gruyter (1997) anexo I/6.

V. el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.9.4, que al referirse a los inversores institucionales sólo recomienda a los Consejos «la adopción de políticas de comunicación con los inversores institucionales», en consonancia con lo dicho en el *Informe Cadbury* (1992) sub. 6.11.1, dónde se indica que los inversores institucionales «deben fomentar el contacto regular con los altos ejecutivos para intercambiar puntos de vista e informaciones en relación a la estrategia, actuación, composición del Consejo y nivel de los gestores». El mencionado informe, sub. 6.12. recomienda además que los inversores institucionales deberían «informar sobre su política relativa al uso de los derechos de voto». Con mayor amplitud, v. *Informe Hampel* (1998) sub. 2.C, entre cuyos principios señala que los accionistas institucionales tienen la responsabilidad de hacer un uso meditado de sus derechos de voto y que empresas e inversores institucionales deben entablar un dialogo basado en el mutuo entendimiento; v. más ampliamente en id., sub. 5.1 a 21. En tal sentido v. también *Hampel Combined Code* (1998) sub. C y E.

[199] Los elementos que contribuyen al control de la gestión en la sociedad abierta son los mercados, el mercado del control, la junta y la vigilancia en la gestión a través del órgano de administración y sus comités. V. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 77. De otro lado, los administradores no pueden ejercer las funciones institucionales de dirección efectiva de la sociedad en la medida que su dedicación no suele ser a tiempo completo ni se reúnen regularmente. V. EISENBERG, "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 237-8. V. el punto de vista precursor de GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de*

funciones ejecutivas dispone de mayores oportunidades para defraudar a la sociedad al ser poseedores de información relevante, influencia en los demás administradores y poderes que le permite actuar en su interés.[200]

Delegación

70. En efecto, el control de la gestión parte de la idea de un reparto de funciones dentro del grupo de personas que administran la sociedad. Un sistema efectivo de control exige que el proceso de decisión esté separado en un doble nivel, según el cual unos gestores hacen las propuestas y las ejecutan, mientras que otros gestores ejercen el papel de órgano de control de los ejecutivos con las tareas de ratificar sus iniciativas y verificar el cumplimiento de las decisiones tomadas así como establecer sus remuneraciones.[201]

71. Para proceder a esta especialización de funciones dentro del órgano de administración es preciso que se lleve a término una delegación de facultades.[202]

Deber de vigilancia

72. A estos efectos, los consejeros en su conjunto y, en particular, los no ejecutivos, tienen un *deber de cuidado* sobre la evolución de los negocios de la sociedad que

---

sociedades anónimas (1933) 75-95, en defensa de medidas favorecedoras de la administración y de la empresa, frente a la desconfianza a potenciar los derechos democráticos de los socios.

[200] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 24, quien señala que la situación de separación entre gestión y riesgo empresarial «hace que el "interés social", entendido como interés común de todos los socios se vea desplazado con frecuencia por el interés del grupo de control e incluso por el interés de los propios administradores».

[201] V. el modelo propuesto por FAMA / JENSEN, "Separation of ownership and control" JL& Econ. (1983) 303-4, 308-309, 322-3, cuyos autores lo refieren así, de forma sintética [id., p. 304]: «Un sistema efectivo de control de las decisiones implica, casi por definición, que el proceso de decisión que afecta al control (ratificación y verificación) se encuentre en cierta medida separado del proceso de decisión que afecta a la gestión (propuesta y ejecución)». V. ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 327-8; PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1809-11; ABA, "*Corporate Director's Guidebook*", Bus. Law. (1978) 1603; ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3.02; id., p. 78; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 624.

[202] ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 142, llama la atención de que en el modelo legal de los sistemas monistas de administración, las actividades de dirección y de control se confían a un solo órgano, si bien a través de la delegación de funciones (art. 141 LSA) «la actividad de gestión se puede residenciar en los consejeros delegados, confiando la de vigilancia al pleno del Consejo...». Id., p. 167. En defensa de las virtudes del modelo supervisor monista, v. PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1809-11. V. también, el apoyo que el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.2, da a la estructura unitaria del órgano de administración para garantizar el fomento de la seguridad y la transparencia en las sociedades y el mercado.

V. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades*, 1971; CRISTOBAL MONTES, *La administración delegada de la sociedad anónima*, 1977; RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, 1971; Id., "La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima", RdS 1 (1993) 91-114; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) sub. art. 141, pp. 445-505; MARTINEZ SANZ, «Art. 57. Modos de organizar la administración», *Comentarios a la LSRL* (1997) 636-637; URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 908-910; MARTINEZ SANZ, «Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la sociedad anónima», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1739-70.

V., además, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01(b); N.Y. Bus. Corp. Law, arts. 712, 715(g); *Informe Olivencia* (1998) sub. II.1.2; *Reglamento tipo* CNMV (1998) sub. 5.

no se excluye por el hecho de la delegación de funciones.[203]

73. Por el contrario, los administradores retienen una última responsabilidad que se concreta en un deber de vigilancia respecto de la actuación de los delegados.[204]

---

[203] ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 142, señala que «según el Derecho español, el Consejo conserva la competencia sobre la esfera de lo delegado y que en el ejercicio de sus funciones de instrucción, control e intervención integra no sólo a los miembros no delegados sino también a los sin duda influyentes consejeros ejecutivos y que falta una norma que contemple las consecuencias de esa distribución de funciones en materia de responsabilidad, que en principio es solidaria para todos». V. EISENBERG, "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 259-64 (el deber de cuidado / diligencia fundamenta la responsabilidad por la omisión de los actos de control).

[204] La existencia de un deber de vigilancia es reconocido ampliamente. V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 368; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 131; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil* (1976) 478; QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 552. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 288-9, postula un deber de vigilancia fundado en la obligación y el derecho de dirigir la política general de la sociedad, del que deriva una función fiscalizadora y de control a través de impartir instrucciones, reducir las competencias del delegado y mediante la revocación de la delegación. Otros afirman que el deber de vigilancia se fundamenta en el deber de diligencia del administrador. V. RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 396; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 108-9; PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS (2000) 314.

Los informes españoles suscriben la función supervisora del Consejo. El *Informe Olivencia* (1998) sub. II.1.1, señala que «el Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial», estimando que «la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de las sociedades cotizadas…». A estos efectos, la Recomendación 1. del mencionado informe postula que «el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión… y establezca un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento». En igual sentido, v. *Reglamento tipo CNMV* (1998) art. 5.2.

V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 171; en su sección 3.02 (a)(2), los *Principles* indican que las funciones del consejo comprenden la vigilancia de la actividad societaria, con el fin de evaluar si el negocio está siendo dirigido de forma adecuada. V. también, ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1994) sub. III.A, p. 1249; id. (2001) sub. 2.A, pp. 1578-81; ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.25.

ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 143, 145, 169-170, 176, 182 subraya la confusa delimitación de tareas y responsabilidades (dirección y vigilancia) que no satisface las exigencias de una buena administración y propone «una reforma legal en materia de responsabilidad en caso de delegación de facultades, estableciendo que los administradores no delegados responden por incumplimiento de sus funciones como tales». Para el autor, resulta «inaceptable en términos de justicia, seguridad y eficacia normativa un sistema que establezca la misma responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración cuando las funciones y el acceso a la información es distinto». V. también, TRIAS, "El informe Olivencia sobre el gobierno de las grandes sociedades", RPJ (1998) 426.

En esta dirección, EISENBERG, "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 240 y *passim*, ha propuesto que el deber de vigilancia del Consejo de Administración debe estar presidido por un principio sustantivo según el cual los miembros del consejo que realizan las tareas de control «deben responder por la existencia, integridad y eficacia del control interno de la sociedad». Al justificar esta responsabilidad, el autor señala dos motivos: los problemas de la información asimétrica entre consejeros, ejecutivos e interesados [v. MILGROM / ROBERTS, Am. J.Soc. (1988) s. 154, s. 156-7] y de el oportunismo gerencial (id., pp. 244-50). Sobre su contenido especifico y el marco legal que lo ampara (en particular, el deber de cuidado), v. id., pp. 250-64.

Esta idea responde al entendimiento de que el consejo cumple las funciones esenciales de seleccionar, evaluar regularmente y, si resulta apropiado, reemplazar a los principales ejecutivos.[205]

74. Para que el consejo pueda evaluar de forma razonablemente eficaz si la sociedad va siendo gestionada según los objetivos y fines propuestos es preciso que se den dos requisitos o presupuestos. De un lado, que los administradores dispongan de información constante, actual, fiable y precisa, para cuyos fines los administradores han de estar facultados para conseguir esa información. De otro, la función evaluadora debería realizarse de forma objetiva, a saber, por comisiones y consejeros independientes que no estuvieran vinculadas al grupo de control ni a los ejecutivos de la sociedad.[206]

---

[205] ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3.02 (a)(1). Entre sus distintas formulaciones, v. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 571-572, que añaden además, la función de fijar la retribución a los administradores o más recientemente el *Informe Hampel* (1998) sub. 3.11 establece que «La principal responsabilidad del Consejo de Administración es determinar la estrategia general de la sociedad y asegurar su ejecución». V. también la visión precursora de EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 156-170, al señalar que en el modelo práctico o real de sociedad abierta, el órgano de administración desarrolla las siguientes funciones: dar consejo al primer ejecutivo, autorizar las mayores operaciones de la sociedad y seleccionar, cesar y controlar al primer ejecutivo.

De su parte, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.1.1, se refiere a tres responsabilidades fundamentales: «orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas». A su vez, el mencionado informe, id., sub. II.1.2 y el *Reglamento tipo CNMV* (1998) art. 5.3.II, desglosan tales responsabilidades refiriéndose, entre otros aspectos, a la aprobación de las estrategias generales, al nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad y al control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos. Estas funciones debería ser indelegables, pues la delegación de estas facultades pondría en entredicho la efectividad de la función de supervisión. V. *Informe Olivencia* (1998) sub. II.1.2.; id., sub. III, recomendación núm. 1; *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 5.3. En términos más generales, v. el *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) art. 2.1.

[206] Su postulación no es reciente en la doctrina ya sea institucionalista o contactualista. V. al respecto, EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 170-185; LEECH / MUNDHEIM, "The Outside Director of the Publicly Held Corporation", Bus. Law. (1976) 1799; PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1811-2; FAMA, “Agency problems and the theory of the firm”, JPol. Econ. 88 (1980) 288-307.

Este último autor defiende la idea de que el órgano de control debería estar compuesto por directivos externos disciplinados, a su vez, por el mercado. Esta propuesta se basa en la idea de que una vez que los directivos han obtenido el control de la sociedad pueden estar más incentivados a expropiar a los socios que a competir entre ellos. Con el objetivo reducir tales comportamientos debe incluirse directivos externos que desarrollen una función profesional de supervisión de los procesos competitivos entre los altos ejecutivos de la compañía. «En un estado de evolución avanzada de los mercados externos…, los directivos externos son disciplinados a su vez por el mercado, que determina sus honorarios en relación a la eficiencia de su función de arbitraje». V. FAMA, “Problemas de agencia y teoría de la empresa”, *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 251. Su visión optimista se ve corroborada en FAMA / JENSEN, “Separation of ownership and control” JL& Econ. (1983) 313-5, cuando señalan que aún cuando los administradores externos son nombrados por los propios gestores internos «actúan como árbitros en los desacuerdos entre los gestores internos y llevan a término tareas relacionadas con graves problemas de agencia entre los gestores internos y los socios (*residual claimants*), como por ejemplo, estableciendo las retribuciones de los ejecutivos o buscando candidatos para reemplazar los principales ejecutivos» [id., p. 315]. Su independencia se derivaría de sus incentivos: «La mayoría de los administradores externos de las sociedades abiertas lo son también de otras sociedades o son directivos de otras complejas organizaciones. El valor de su capital humano depende primariamente de su comportamiento en las decisiones internas en otras sociedades».

Deber de estar informado

75. El primero de estos presupuestos se refiere al deber del administrador de estar informado de la marcha de la gestión en consonancia con el cumplimiento de los estándares relativos al deber de diligencia.[207]

Derecho de información

76. El ejercicio del deber de estar informado solo puede llevarse a término de forma efectiva si los administradores son titulares de un derecho o facultad de acceso a la información societaria, que les permita desempeñar su cargo de forma diligente y fundamentada.[208]

Cfr. con la opinión en contra de los administradores independientes de WOLFSON, *The Modern Corporation: Free Markets versus Regulation* (1984) 82-90, particularmente pp. 87-88; id., "A critique of Corporate Law", U Miami LR (1980) 987-91; ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa* (1998) 407, 411. V. también el estudio crítico de BRUDNEY, "The independent director - Heavenly City or Potemkin Village?", Harv. LR 95 (1982) 597-659. Al respecto, señala JIMENEZ DE PARGA, R., "Reglamentación interna de los Consejos de Administración", RDBB 69 (1998) 128, que «realmente independientes son o los muy ricos o los pobres de necesidad». Sobre las razones que justifican la idoneidad de los administradores independientes, v. *Informe Olivencia* (1998) sub. II.2.1.

Recientemente, EISENBERG, "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 240, señala que para la función de control y vigilancia atribuida al Consejo de Administración, no sólo son importantes el desarrollo de medidas estructurales, sino que el conjunto de administradores independientes pueda actuar de facto como un órgano social, lo que acerca el modelo al sistema dualista. V. en este sentido, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 3.04, al señalar que los administradores independientes deben poder actuar como un órgano (*body*) para obtener asesoramiento legal, de contables u otros expertos si ello es necesario para desarrollar sus funciones y poderes. V. también los reparos al sistema dualista de administración en EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 177-185. Entre los modelos legales de sistema dualista v. la legislación de sociedades alemana o francesa. V. también arts. 39-42 del *Estatuto de Sociedad Anónima Europea* (2001).

[207] En relación al deber de información, v. Cap. 4º, núm. 27, deber de cuidado. V. también, en el Derecho americano, Cap. 2º, núm. 210, el caso Van Gorkom y la polémica relativa a la aplicación del deber de información a la doctrina de la *business judgment rule*.

[208] El reconocimiento del derecho de información del administrador que le permite acceder a la documentación y archivos sociales, recibir copias y memorias, así como de tener asistencia jurídica, contable, etc. de la sociedad es objeto de cierta controversia. Este hecho deriva de que en nuestro ordenamiento, no existe una norma que reconozca expresamente el derecho de información del administrador, ni se regula el contenido y ejercicio del acceso a la información societaria.

Sobre el fundamento al derecho de información del administrador, MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 48, indica que la «atribución del derecho individual de información a los consejeros es la tesis más acorde con su régimen de responsabilidad». De su lado, FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) establece una doble fundamentación del derecho de información de los administradores. De un lado, la facultad de información encuentra su fundamento en el deber de «"desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario" [lo que] significa y exige ser o actuar como un administrador o consejero bien informado (id., p. 169). De otro, la exigencia de información por los administradores resulta del principio de colegialidad, rector del funcionamiento interno del Consejo de Administración (v. id., pp. 170-1). Sobre el reconocimiento jurisprudencial del derecho de información, v. id., pp. 147-8.

Entre los informes sobre el gobierno corporativo, v. el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.6.1, al indicar que las sociedades deberían «establecer cauces dentro de la estructura del Consejo para asegurar un cierto orden en la petición, producción y canalización de la información» para evitar que la gestión ordinaria de la compañía no se perturbe. A estos efectos, se postula que la información se solicite a través del Presidente o del Secretario, quienes facilitarán la información y ofrecerán los interlocutores adecuados. En caso de denegación, retraso o atención defectuosa se recomienda que se arbitren medidas adecuadas. V. también, id., sub. III, recomendación núm. 13 y

77. A estos efectos, el ejercicio del derecho de información no sólo debería concretarse en el marco de una decisón previa del Consejo de Administración, sino que debería poder ejercitarse individualmente por cada uno de los administradores a través de los cauces establecidos para ello.[209] Sin embargo, la intervención del Consejo de Administración resulta necesaria para dilucidar los supuestos en que el administrador peticionario solicita informaciones que puedan plantear dudas sobre

---

Reglamento tipo CNMV (1998) art. 26. Con posterioridad, el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.2, viene a reconocer que «todo consejero tendrá derecho a disponer y recabar, en su caso, tal información, dirigiendo sus requerimientos en ese sentido, salvo diversa determinación estatutaria o reglamentaria, al Secretario del Consejo, y a dejar constancia en acta de las insuficiencias que apreciaren en el cumplimiento de su requirimiento de información». También en el id., sub. III.2.4, al referirse a los deberes de diligencia, observa que «cada uno de los miembros del Consejo de Administración tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano y podrá exigir además, por medio del Presidente, cualquier otra información que sea necesaria para el cumplimiento de su misión».

En los Estados Unidos, la doctrina afirma el derecho de información del administrador, si bien el *case law* no siempre ha seguido una misma dirección. V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 578-579; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 290-291; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 667-682.

[209] Aún cuando la doctrina afirma el derecho de información del administrador, el debate se plantea en torno a las dos hipótesis siguientes. La primera afirma que el ejercicio por los administradores del derecho de información del que son titulares debe llevarse a término a través del Consejo de Administración [GARRIGUES, *Dictámenes de Derecho Mercantil*, III (1976) 653]. El ejercicio colegiado comporta que los administradores deben acceder a la información a través de una decisión previa del Consejo de Administración y de esta forma los administradores no pueden solicitar la información individualmente, criterio que armoniza con la afirmación de que el deber de vigilancia es competencia del consejo. Este primer planteamiento también se ajusta a aquellas opiniones que afirman que los administradores tienen, a título individual, el derecho de acceso a locales y documentos [VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 304] y a reclamar la información frente a los demás administradores [VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 649], pero que tales «facultades individuales de información, control e investigación… quedan subordinadas al método colegial en cuanto a su concreto ejercicio, con el fin de que no resulte dañada la buena marcha de la sociedad» [VICENT CHULIA, "Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas", DN (1993) 3].

La segunda hipótesis postula la titularidad del derecho de información por los administradores quienes pueden ejercerlo de forma individual y sin la intervención del Consejo. El fundamento de este postulado se ajusta a la consideración de que los administradores son titulares de un deber de vigilancia individual como contenido propio del deber de diligencia, lo cual a su vez, se acomoda con la responsabilidad individual y solidaria exigida a los consejeros. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 110; ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II.1 (1994) 214-5; VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 325, 329-30, 342-3, 345-7, 358 (aunque el deber sea individual, comporta la carga de comunicar o poner a disposición del Consejo la información que se obtenga por esta vía); MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 46-8, 55-6 (el derecho de información corresponde a cada singular consejero), id., pp. 101-32; LLINAS ALVAREZ, "¿Hacia el reconocimiento de un derecho de información de los administradores?", RdS (1999) 379-80; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1328 («el régimen de responsabilidad solidaria que soporta todo administrador no admite restricciones sobre la base del deber de secreto»). GARCIA VILLAVERDE, "Derecho a la información del socio y del administrador", CDCom (1991) 29-30, parece seguir esta posición al señalar que el derecho de información configurado como un derecho de los administradores frente a los delegados implica información constante y del que no caben limitaciones sobre su contenido por significar asunción de las propias funciones gestoras.

el uso desleal de las mismas.[210]

78. En la medida que la información tiene un carácter instrumental para la toma racional de decisiones, parece lógico que, en sus funciones de vigilancia, todo administrador pueda acceder a la información disponible en la sociedad, pudiendo para ello inspeccionar la documentación, locales y oficinas, para formarse una opinión basada en la realidad de la marcha del negocio, previo a la toma de decisiones y a la formación de la voluntad social.[211]

---

[210] V. FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 206-230, sobre los límites a la solicitud de la información por parte del administrador. Según su punto de vista, «la facultad peticionaria de información debe y puede condicionarse –en su contenido y alcance y, en última instancia, incluso en la oportunidad misma de su ejercicio legítimo– a la garantía de inexistencia de situaciones de conflicto entre a sociedad y el administrador solicitante». En base en el deber de lealtad, el administrador debe «abstenerse de solicitar informaciones que puedan utilizar en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad ya eisstentes o latentes, o que incluso se puedan generar precisamente a consecuencia de la obtención de la información» (id. p. 208). V. también, id., pp. 209, 210.

[211] VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 346, entiende que el derecho a recabar información por los consejeros «comprende, no solo la facultad del consejero de preguntar o pedir informaciones concretas a los obligados a facilitarlas, sino las más amplias de poder examinar por sí mismo y directamente los registros y documentación de la sociedad, así como la de inspeccionar sus instalaciones y dependencias (almacenes, talleres, etc.». Con todo, señala ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II.1 (1994) 215, que «el principio de igualdad de trato entre los administradores, el objetivo de evitar abusos y, al mismo tiempo, de facilitar el cumplimiento de sus funciones al propio órgano, conllevan que la información solicitada en su caso individualmente se proporcione, por los obligados a ello, al conjunto del órgano». Sobre el contenido del derecho a la información, v. MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 59-99.

El *Informe Olivencia* (1998) sub. II.6.1 y III.14, recomienda el reconocimiento formal al derecho de todo consejero a «recabar y obtener la información y el asesoramiento necesarios para el cumplimiento de sus funciones de supervisión». En un sentido semejante, v. *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 26.1. Como ejemplo de reglamentación societaria que inviste al consejero en las más amplias facultades para informarse sobre cualquier aspecto de la compañía, que deberán ejercer a través del Presidente o del Secretario del Consejo, v. *Reglamento del Consejo de Telefónica* art. 30.

V. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3.03, dónde se reconoce el derecho de información de los administradores: «Todo administrador tiene derecho... a inspeccionar cualquier libro, archivo y documento de todo tipo, e inspeccionar las propiedades físicas, tanto de la sociedad como de sus filiales, en territorio nacional o extranjero, en cualquier momento razonable, en persona o a través de un representante». Sobre el contenido y límites objetivos de este derecho, v., id., sub. 3.03, y el comentario en pp. 95-100. Su desarrollo en los EUA se debe a la intervención de los tribunales y se recomienda su introducción al ámbito de la legislación de los Estados, id, pp. 95-96. V. también en un sentido claro en favor de inspeccionar libros, archivos, etc., en ABA, *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.A.3, p. 1581. En el Reino Unido, ya el *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.14, señalaba que los consejeros no ejecutivos tienen el mismo derecho de acceso a la información que los ejecutivos, de forma que su eficacia depende en buena medida de la calidad de la información que se les facilite. Suscribe esta opinión el *Informe Hampel* (1998) sub. 2, principio A.IV, y sub. 3.B. Con todo, el *Hampel Combined Code* (1998) sub. A.4.1, sólo precisa que «la información facilitada voluntariamente por los ejecutivos es improbable que sea suficiente para todas las circunstancias», de forma que los «administradores deben hacer más requerimientos cuando sea necesario».

En el marco de la legislación especial de las entidades financieras el Real Decreto 1245 de 14 de julio de 1995 de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE 181, de 31 de julio de

79. Además de este derecho de acceso a la información de forma inmediata y directa, para aquellos administradores de sociedades abiertas que, en particular, no están directamente relacionados con los ejecutivos, deberían complementar su acceso a la información a través de la facultad de encargar informes de expertos a cargo de la sociedad, siempre y cuando actúen por decisión mayoritaria.[212] A mayor abundamiento, se postula también el deber del administrador de iniciar una investigación, si las circunstancias así lo exigen para aclarar un determinado asunto.[213]

1995) exige que se garantice «que los consejeros de un banco estén informados de los hechos significativos relacionados con la marcha de la entidad, de modo que puedan cumplir sus obligaciones y asumir sus responsabilidades». En especial, el Consejo de Administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, la Ley de Sociedades Anónimas u otras disposiciones que sean de aplicación». En términos análogos se manifiesta el art. 5.1.f del Real Decreto 692 de 26 de abril de 1996 sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE 126 de 24 de mayo de 1996).

[212] El derecho a reclamar informes de expertos no ha sido reconocido por la legislación de los Estados y tiene su origen en la práctica societaria; se ha considerado que su incorporación al derecho estatal sería recomendable dentro de una modernización del mismo. V. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3.04 y comentario, pp. 101 ss. Esta potestad resulta singularmente de interés en aquellas situaciones de conflictos de interés en las que puede ser clarificador para los administradores no interesados el disponer de un dictamen de un experto a los efectos de tomar una decisión sobre la intervención del administrador interesado. V. esta sugerencia en los id., p. 103. De su parte, el *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.18, recomienda que los consejeros tengan derecho a asesores profesionales independientes «mediante un procedimiento convenido y plasmado formalmente, por ejemplo en un acuerdo del Consejo, en los Estatutos o en el documento de nombramiento»; v. también, *Code of best practice* sub. 1.5.

El *Informe Olivencia* (1998) sub. III, recomendación 14, al final, postula el auxilio a expertos externos si se dan «circunstancias especiales». Los límites a la contratación de expertos externos a la sociedad se desenvuelven en un doble nivel (v. id., sub. II.6.2). De un lado, y para evitar los perjuicios que el uso indebido de esta facultad pueda causar a la compañía, se considera adecuado que la propuesta de contratación sea aprobada por una comisión de consejeros independientes y comunicada al Presidente. De otro, que el Consejo pueda vetar la decisión, cuando existan causas que lo justifiquen, tales como que sean innecesarias o con un coste excesivo. En esta dirección, v. *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 27. V. *Reglamento del Consejo de Telefónica* (1998) art. 31, que permite a la mayoría de consejeros externos la contratación de asesores y expertos, si bien el propio Consejo puede vetar esta iniciativa.

[213] Cuando las circunstancias excepcionales así lo exijan, el administrador no debe permanecer inactivo y debe iniciar una investigación sobre aquel asunto que requiere su atención. En determinadas circunstancias la demanda de información queda satisfecha requiriendo información y explicaciones a los ejecutivos y cargos de la sociedad, en otras, deberá acudirse a asesores internos o externos, a auditores u otros expertos. Esta situación tiene carácter excepcional, pues en una gran sociedad abierta, la revisión de la información oral y escrita que de ordinario recibe un consejero es suficiente para cumplir con su obligación de estar informado y de vigilancia de los asuntos de la sociedad.

Aunque la exigencia de realizar una investigación es un concepto aceptado por la doctrina judicial y por la doctrina académica, solamente cinco Estados han introducido en su legislación societaria este deber; v., p.e., Cal. Corp. Code art. 309. V. la propuesta de los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 4.01(a)(1), y los comentarios, casos y notas doctrinales en id., pp.161-4.

Administradores independientes

80. El segundo de los presupuestos que garantizan un mínimo cumplimiento del deber de vigilancia viene referido a la incorporación al consejo de administradores independientes y de comisiones especializadas e independientes.[214]

[214] V. *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.11 y 12; ALI, *Principles of Corporate Governance*, I (1994) sub. 3A.01; *Informe Hampel* (1998) sub. 3.14,15 y 18; *Hampel Combined Code* (1998) sub. A.3; *Informe Olivencia* (1998) sub. II.2.1, y III, recomendación núm. 2; *Informe Aldama* (2003) sub. IV.2 y, en particular, el *Informe Higgs* (2003) sub A.3, sobre el papel y eficacia de los administradores no ejecutivos.

La inclusión de independientes en el consejo se postula como una recomendación que puede incorporarse de forma voluntaria a la estructura de administración de la sociedad, en contraste con algunos ordenamientos que ya lo exigen. Así, la *Canada Business Corporation Act* , sub. 97(2) y la *Ontario Business Corporation Act,* sub. 120(2)(b) requieren dos administradores independientes para aquellas sociedades que hagan emisiones de acciones al público. La legislación estatal americana no exige la presencia de administradores independientes; ello no obstante, la *New York Stock Exchage* desde 1956 requiere que todas las compañías nacionales que cotizan en esa bolsa tengan al menos administradores externos (*outside directors*); sin embargo, recientemente el art. 303.01(B)(2)(a) del *Listed Company Manual* (1999) establece que todo Comité de Auditoría estará compuesto por al menos tres administradores, de forma que ninguno de ellos tenga una relación con la sociedad que pueda interferir con el ejercicio de su independencia; v. id., art. 303.01(B)(3) y 303.02 para el concepto de independencia exigible a los miembros del comité.

Sin embargo, el *Informe de la NYSE* (2002) ha propuesto (recomendaciones núm. 1, 4,5 y 6) que el Consejo de Administración esté compuesto por una mayoría de administradores independientes y que los comités de auditoría, nominaciones y compensaciones estén compuestos exclusivamente por administradores independientes. Tales recomendaciones han tenido como efecto que la Securities and Exchange Commission haya aprobado un proyecto de modificación del *Listed Company Manual* (1999) que adopta las propuestas de *Informe de la NYSE* (2002), incorporando la nueva sección 303 A que recoja los estándares de *corporate governance* exigibles a las *listing companies*. V. en www.nyse.com, la última modificación del documento de trabajo, de 4 de abril de 2003. En este documento se incluyen cambios significativos respecto del documento original debido a que la aprobación de la *Sabarnes-Oxley Act* el 30 de julio de 2002. El art. 301de esta ley, que a su vez modifica el art. 10A(M)1 de la *Securites Exchange Act* de 1934, añade determinadas exigencias relativas a los comités de auditoría. En particular y, entre otras exigencias, establece que las compañías cotizadas deberán tener un comité de auditoría cuyos miembros deberán ser independientes, estableciendo los criterios de independencia y sus derechos y responsabilidades. En aplicación de esta disposición, la SEC aprueba el 9 de abril de 2003, con efectos a partir del 25 de abril, una norma reglamentaria (*Standards relating to listed company audit committees*, *Release* Nos: 34-47654; IC-26001 File No.: S7-02-03) que incluye tales requisitos. La norma establece un período de adaptación que finaliza el 31 de octubre de 2004 para las compañías nacionales y el 31 de julio de 2005 para las compañías extranjeras y las pequeñas sociedades cotizadas. V. estos contenidos en el mencionado documento, Part 240, General rules and regulations, Securities Exchange Act of 1934, art. 240.10A-3 Listing standards relating to audit committees.

En España, los administradores independientes no han sido objeto de regulación legal, con la excepción de la exigencia incorporada por el art. 47 de la *Ley Financiera* (2002) de incluir una «mayoría de consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración» en el Comité de Auditoria (DA 18 LMV). La Ley no establece los criterios que determinan la condición de no ejecutivo, ni exige su eventual independencia bajo circunstancia alguna.

La inclusión de administradores independientes plantea algunas cuestiones de orden competencial. Al respecto, ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 189, señala que «el temario de la composición tanto cualitativa como cuantitativa es materia estatutaria y, en su defecto o en su marco, de la competencia de la Junta General», pudiéndose «plantear la cuestión de si no existe habilitación expresa de los estatutos o de la Junta General, el Consejo carece de competencia para entrar en esa material y el acto es impugnable según el art. 143 de la LSA». Del mismo autor v. los interrogantes que suscita la recomendación de incluir administradores independientes en el Consejo (id., pp. 200-1). En

81. El administrador puede considerarse independiente en la medida que no es un ejecutivo de la sociedad, no mantiene vínculos familiares con los ejecutivos ni tampoco relaciones económicas o profesionales significativas con la sociedad.[215]

82. Con todo, el concepto de administrador independiente no tiene una única

términos semejantes, v. ALONSO UREBA, «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal *versus* Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 104, 106; ALONSO UREBA / RONCERO SANCHEZ, «Sistema de elección de los consejeros. Comité de nombramiento», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 241 y *passim*. V. también MARTINEZ SANZ, «Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la sociedad anónima», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1745, que reserva a los estatutos los «criterios y requisitos para dotar al consejo de una determinada composición cualitativa (en el sentido de que un determinado número de consejeros deba ser necesariamente "independiente"...».

[215] EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 172 y 175 y nota 128, considera que si la función de control debe ser realizada de forma efectiva por los administradores independientes, la primera tarea de la ley debería ser asegurar su independencia respecto de los ejecutivos. En este sentido, según un concepto riguroso de administrador independiente, no puede considerarse como tal quien mantiene relaciones comerciales o profesionales con la sociedad, ni tampoco aquellos administradores propuestos por los propios ejecutivos. Además, el accionista de control no puede ser independiente, pues por definición, sólo un pequeño accionista puede ser administrador independiente. V. BRUDNEY / CLARK, " A new look at corporate opportunities ", Harv. LR (1981) 1000 notas 6 y 8.

[216] Para los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 1.34, se entiende como independiente aquel administrador que (i) no es empleado o alto cargo de la sociedad ni lo ha sido en el pasado reciente, (ii) no tiene relaciones familiares directas (v. id, sub. 1.26) con algún ejecutivo (v. id, sub. 1.27), (iii) no pertenece a bancos de inversión o a firmas de asesoría jurídica (iv) no mantiene relaciones económico-profesionales significativas con la sociedad -pe., como asesor, como primer ejecutivo de una sociedad que tiene relaciones económicas significativas con la que es administrador-, lo que no incluye al socio o al acreedor. Sin embargo, como excepción a lo anteriormente dicho en los supuestos (iii) a (iv), un administrador se considera independiente si en determinadas circunstancia objetivas se puede entender que razonablemente no será afectado por las relaciones con los ejecutivos de la sociedad de una forma adversa para la sociedad. Para una explicación más extensa de estos conceptos, v. los comentarios de id., sub. 1.34 y 3A.01. V. también *Informe Cadbury* (1992), *Code of best practice*, sub. 2.2, al referirse a los administradores externos que sean independientes «de la dirección y carecer de cualquier tipo de relación empresarial o de cualquier otra clase que pudiera afectar significativamente su independencia de juicio, al margen de sus retribuciones y participación empresarial». El *Informe Hampel* (1998) sub. 3.9, suscribe esta definición, considerándolo el criterio más preciso de independencia, y la refleja en el *Hampel Combined Code* (1998) sub A.3.2. Recientemente, el *Informe Higgs* (2003) sub. A.3.4, establece un doble criterio, subjetivo y objetivo, para determinar que un administrador no ejecutivo es independiente. De un lado se entiende que es independiente el consejero cuando el Consejo así lo establece; de otro, cuando no existen circunstancias y relaciones que puedan afectar su criterio (*judgement*). V. ibi, una lista indicativa de circunstancias y relaciones que excluyen la condición de consejero independiente. V. también el *Informe de la NYSE* (2002) recomencación núm 2, en la línea de establecer una defincón de administrador independiente más rigurosa. Este criterio se ha visto reflejado en la *Sabarnes-Oxley Act* (2002) art. 301 y en los *Standards for audit committees* (2003) aprobados por la SEC, sub. 6, si bien tan solo en lo que hace referencia al Comité de Auditoría.

El *Informe Olivencia* (1998) sub. II.2.1, denomina consejero independiente a aquellos consejeros que además de no estar «vinculados con el equipo de gestión, ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste», tengan «experiencia, competencia y prestigio profesional». A su vez, los consejeros independientes se distinguen de los consejeros dominicales; ambos tipos de consejeros forman parte del género de los consejeros externos (id., sub. II.2.2). Los independientes «son llamados a formar parte del Consejo de Administración en

definición, ni la terminología al uso resulta siempre coincidente.[216]

83. Tales administradores tienen la función de facilitar una evaluación objetiva sobre el comportamiento de los administradores ejecutivos.[217]

84. Su existencia en el consejo se justifica, fundamentalmente, en aquellas sociedades en las que no existe un grupo de socios control claramente definido que pueda realizar las tareas de vigilancia de los ejecutivos y, en general, como defensores

---

razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas»; los dominicales «son los que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad para influir por sí solos, o por acuerdo con otros socios, en el control de la sociedad». En igual sentido, v. *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 8.2.

V. *Informe Aldama* (2003) sub.IV.2, que distingue entre consejeros internos o ejecutivos y consejeros externos, dentro de los que se definen los consejeros dominicales y los independientes. Con el fin de que los consejeros externos puedan cumplir adecuadamente su función, el informe postula que «el Consejo de Administración no debería proponer su cese antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que fueron nombrados, salvo por causas excepcionales y justiicadas aprobadas por el Consejo de Administración, previo informe de la comisión de Nombramientos y Retribuciones» (id., IV.2.2). V. id, sub. IV.2.1.c.i) dónde se aprecian las condiciones que aseguran su imparcialidad y objetividad de criterio. V. también el *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.3, dónde se hace distinción entre consejeros ejecutivos, no ejecutivos y externos, coincidiendo la denominación de externos con lo que se vienen llamando independientes. V. también JIMENEZ DE PARGA, R., "Reglamentación interna de los Consejos de Administración", RDBB 69 (1998) 132, para quien las ideas básicas que configuran la condición de consejero independiente son: pensador independiente, con tiempo e interés en la compañía, integrado en la cultura de la empresa, y conocedor del sector del mercado.

Sobre los problemas que se plantean en relación a los requisitos de independencia y las garantías sobre el modelo de composición mixto de consejeros v. ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 201-4.

[217] V. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3A.04 y 3A.05; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 5. Sin embargo, como señala EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 170-1; 175-7, la práctica demuestra que el cese por ineficiencia del primer ejecutivo no suele darse a menos que la sociedad haya entrado en una zona de crisis, mientras que los administradores externos a menudo dimiten antes que pretender cesar un ejecutivo ineficiente. De ahí que una evaluación eficaz sólo puede basarse en un poder efectivo sobre el nombramiento y cese de los ejecutivos. Además, como señalan EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 92, «¿quien controla el controlador?. Los controladores a tiempo completo son gestores en todo menos en el nombre; los controladores a tiempo parcial les falta tanto el incentivo para vigilar de forma cuidadosa y la información para determinar como los demás están desarrollando sus tareas». Precisamente, uno de los problemas que plantea el nombramiento de externos reside en su motivación a actuar en interés de los socios «pues, a menos que sea un socio relevante, su compensación no necesariamente le motivará a supervisar la gestión de forma agresiva». V. ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 780. Sin embargo, este argumento plantea una doble cuestión. Si el administrador externo tiene una remuneración baja, pueden no estar motivado para ejercer su función correctamente; sin embargo, si su remuneración es alta, puede tener un incentivo a no enfrentarse a los ejecutivos, con el objetivo de mantenerse en su cargo en la sociedad.

Generalmente se asocia al consejero independiente con la función supervisora, si bien el *Informe Hampel* (1998) sub3.7, critica el «excesivo énfasis puesto en la función supervisora», mientras que aboga (id., sub. 3.8) por una doble función supervisora y estratégica, actuando además como asesores de ejecutivos relativamente inexpertos.

de los socios inversores.[218]

85. En tales casos, si se trata de una gran sociedad, la composición del consejo debería estar formada por una mayoría de consejeros externos.[219]

Comisiones

86. En particular, para un funcionamiento eficaz de la revisión de las iniciativas de

[218] La incorporación de administradores independientes en las sociedades sin accionistas con un grupo de control se postula en los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994)112. El punto de vista del *Informe Cadbury* (1992) *Code of best practice*, sub. 1.2, parte de la idea de que los administradores independientes resultan esenciales cuando el Presidente del Consejo coincida con el primer ejecutivo.

Los informes españoles amplían la conveniencia de independientes en un grupo más amplio de sociedades. En esta dirección, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.2.1-2, considera que los consejeros independientes «están llamados a representar los intereses del capital flotante (accionistas ordinarios)», mientras que los consejeros dominicales «están vinculaos al accionista o grupo de accionistas de control (accionistas significativos)». Sin embargo, el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.2, matiza que «no hay distintas clases de consejeros, sino que todos deben cooperar de forma efectiva» a que el órgano de administración pueda cumplir sus funciones. Al respecto, la Comisión Aldama hace determinadas precisiones sobre las denominaciones al uso «para evitar la interpretación de que hay un grupo de consejeros, los llamados independientes, cuya función pudiera parecer que es únicamente la de controlar a los restantes miembros del consejo o la de representar a los accionistas minoritarios».

[219] Este es el planteamiento de los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 113, que a su vez recomiendan que la comisión ejecutiva también esté compuesta por una mayoría de independientes. Mientras, el *Cadbury Code of best practice* (1992) sub. 1.3, destaca que los no ejecutivos deben formar parte del Consejo, en «número adecuado para que sus opiniones tengan un peso significativo en las decisiones del Consejo», la mayoría de los cuales ha de ser independiente de la dirección (id., sub. 2.2). Estudios posteriores como el *Informe Hampel* (1998) sub. 2, principio A.III, destacan el equilibrio en la composición del Consejo, señalando que «El Consejo debe estar integrado por una combinación equilibrada de consejeros no ejecutivos (entre los que se incluyan consejeros independientes), de tal modo que una sola persona o pequeño grupo de ellas no pueda dominar la toma de decisiones del Consejo». Este criterio se sigue en el *Hampel Combined Code* (1998) sub. A.3, *principle*, si bien no se postula la exigencia de que el Consejo esté compuesto por una mayoría de consejeros independientes; es más la propuesta consiste en que la categoría de consejeros no ejecutivos, que incluyen a los independientes, no debe ser inferior a un tercio del Consejo (id., sub. A.3.1). Con todo, informes más recientes tales como el *Informe Higgs* (2003) sub. A.3.5, que establece que al menos la mitad del Consejo, excluido el Presidente, debería estar compuesto por administradores independientes, o como el *Informe de la NYSE* (2002) recomendación núm. 1, dónde se indica que en un período de dos años, todas las sociedades cotizadas deberían tener una mayoría de consejeros independientes.

De su parte, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.2.3, postula que «la relación entre los consejeros independientes y los dominicales debe establecerse teniendo en cuenta la existente en el accionariado de la sociedad entre el capital flotante (en manos de inversores ordinarios) y el capital estable (en manos de accionistas significativos». En la recomendación segunda, el *Informe Olivencia* se refiere que el Consejo de Administración se integre de «un número razonable de consejeros independientes», sin hacer mención a la mayoría. Sin embargo, el *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 8.1, señala que el Consejo de Administración «procurará que en la composición del órgano los consejeros externos o no ejecutivos representen una amplia mayoría sobre los consejeros ejecutivos» y, entre los externos, la proporción de consejeros dominicales e independientes debe reflejar la «relación entre el capital estable y el capital flotante» (id., art. 8.3). V. el art. 9 del *Reglamento del Consejo de Telefónica*.

De su lado, el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.3, al hacer referencia a la composición del Consejo de Administración recomienda que se tenga en cuenta la estructura del capital y que el Consejo represente «el mayor porcentaje de capital posible». Al cuantificar el número y proporción que deben alcanzar los consejeros independientes defiende «una amplia mayoría de consejeros externos en el Consejo y, dentro de éstos, una participación muy significativa de consejeros independientes…».

especiales

gestión, la estructura de gobierno de las sociedades abiertas debería asignar específicamente determinadas funciones al control especial de los administradores independientes.[220]

87. A estos efectos deberían formarse comisiones de nombramientos, remuneraciones y auditoría integrados mayoritariamente por administradores independientes o, al menos, no ejecutivos.[221]

88. (i) La función específica de la comisión o comité de auditoría se dirige a la revisión periódica de la información financiera, sujeta a control al departamento de auditoría interna, examina la independencia de los auditores externos y sirve de foro de diálogo entre auditores externos e internos.[222]

---

[220] La efectiva supervisión del Consejo depende en buena medida de la creación de órganos especializados que sigan permanentemente aquellas áreas de mayor relevancia para el gobierno de la sociedad. Su función primordial consiste en asesorar y hacer propuestas sobre la base del análisis de la información generada por la propia sociedad. Estas comisiones deberían estar compuestas sólo por consejeros externos, reflejando la relación existente entre los consejeros independientes y los dominicales. V. *Informe Olivencia* (1998) sub. II.3.6; id., sub. III, recomendación núm. 8; *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 14. V. los términos del debate sobre control interno y las conclusiones del *Informe Turnbull* (1999) en relación al desarrollo del apartado D.2 del *Hampel Combined Code* (1998). V. también el *Informe de la NYSE* (2002) que recomienda que todas las sociedades cotizadas deberían tener comités de auditoría, de nominaciones y de compensaciones.

[221] V. el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.5, propone constituir, sin perjuicio de otras que puedan considerarse adecuadas para las sociedades, además de la Comisión Delegada, la Comisión de Auditoría y Control, la de Nombramientos y Retribuciones y, en su caso, la Comisión de Estrategia e Inversiones.

[222] ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3A.03 y pp. 104-105. En un sentido más exhaustivo se señala que tal comisión debería proponer al auditor externo, revisar su remuneración e independencia, revisar el nombramiento y cese del jefe de auditoría interna, canalizar las comunicaciones entre auditores internos y externos, revisar los informes y documentación de ambas auditorías, revisar las cuentas anuales y las observaciones que a las mismas realicen los auditores externos, considerar si los controles internos son adecuados, informar regularmente al consejo y consultarle sobre aquellos aspectos que considere conveniente. V. también, EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 171-172; *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.33-38, *Code of best practice*, sub. 4.3, y Apéndice 4 con su anexo; *Informe Hampel* (1998) sub. 2.D y sub. 6; *Hampel Combined Code* (1998) sub. D; y el *Informe Smith* (2003) sobre los comités de auditoría.

En los Estados Unidos, solamente el Estado de Connecticut (Conn. Gen. Stat., art. 33-318 (b)) requiere un comité interno de auditoría. En los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3.05, se recomienda se reforme el derecho estatal en sentido de introducir la comisión de auditoría de forma obligatoria para la gran sociedad abierta a través de normas imperativas; para la sociedad de menor dimensión, se recomienda su adopción voluntaria por parte de la sociedad; v. id, sub. 3A.02. En esta dirección la *Sabarnes-Oxley Act* (2002) art. 301 (*public company audit. committees*), al modificar el art. 10A de la *Securities Exchange Act* de 1934, exige a la SEC que prohíba cualquier sociedad emisora que no cumpla con las exigencias que la ley contempla en relación a la independencia de los miembros del comité de auditoría. En particular, el consejero miembro de la comisión de auditoría no puede aceptar ninguna remuneración, ni por consultoría, asesoría y otros, fuera de la propia de consejero. Estas exigencia han sido desarrolladas por la SEC a través de los *Listing standards relating to audit committees* (sub. 240.10A-3). V. también, *Informe de la NYSE* (2002) recomendación núms. 6 y 7.

En España, el art. 47 de la *Ley Financiera* (2002), al añadir una DA decimoctava a la LMV, introduce para las sociedades cotizadas la obligación de tener un Comité de Auditoría, compuesto por una mayoría de consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración. Al respecto, el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.5.2 reclamaba que los consejeros ejecutivos no pudieran ser miembros de la Comisión de Auditoria y Control. Entre sus funciones, la Ley destaca

89. (ii) La comisión de nombramientos desempeña funciones de propuesta de candidatos a la dirección de la empresa y de los miembros de los comités que nombre el consejo e incluso proponer el cese de consejeros antes de la terminación de la duración del cargo.[223]

90. (iii) Finalmente, el comité de compensaciones de la sociedad abierta revisa y aprueba las remuneraciones y compensaciones de los ejecutivos.[224]

---

la propuesta del nombramiento de auditores de cuentas, la supervisión de los servicios de auditoría interna, el conocimiento de los sistemas de control interno y las relaciones con los auditores externos. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 297-8.

La Comisión de Auditoría es también objeto de la propuesta del *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.12; del *Informe Olivencia* (1998) sub. II.3.6 (cometidos básicos), II.11.1 (competencias), III.8 y 21 (vigilancia sobre los auditores); del *Reglamento tipo* CNMV (1998) art. 16; y del *Informe Aldama* (2003) sub. IV.5.2 y IV.7. V. también *Reglamento del Consejo de Telefónica*, art. 24.

V. SANCHEZ CALERO, "Líneas generales del régimen del comité de auditoría de las sociedades cotizadas", RDBB 89 (2003) 191-218; SANZ PARAISO, L.F., «Las comisiones de auditoría y cumplimiento», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 373-414.

[223] ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3A.04 y pp. 123-124. El concepto de independencia se flexibiliza respecto del señalado anteriormente para el resto de administradores independientes; en este sentido, la previsión del sub. 3A.04 exige que la comisión esté compuesta, alternativamente, por administradores no ejecutivos o que la mayoría de los miembros de la comisión mantengan su independencia respecto de los principales ejecutivos de la sociedad. Una comisión de nominaciones no se exige por ley en los EUA, si bien ha sido estimado conveniente en varios estudios de notable influencia; v. id, pág. 121-122.

V. *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.13; *Informe Hampel* (1998) sub. 2, principio A.V y sub. 3.19 y 20; *Hampel Combined Code* (1998) sub. A.5; *Informe de la NYSE* (2002) recomendación núm. 4. En España, v. el *Informe Olivencia* (1998) II.5.1 y 2; id., III, recomendaciones núm. 8 y 11; el *Reglamento tipo* CNMV (1998) arts. 14.2, 17, 20 y 21; el *Informe Aldama* (2003) sub. IV.5.3, que se refiere a una única comisión de nombramiento y retribuciones. Como ejemplo práctico de reglamentación societaria, v. *Reglamento del Consejo de Telefónica*, art. 25, que regula la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, compuesta exclusivamente de consejeros no ejecutivos.

[224] La legislación americana no exige la presencia de esta estructura de gobierno, a pesar de ser recomendada por diferentes informes sobre este aspecto. Los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 3A.05, recomiendan a las grandes sociedades su adopción voluntaria y su formación a través de personas independientes, con los mismos requisitos señalados, *supra*, sub. 3A.04. El hecho de que los administradores ejecutivos estén adecuadamente remunerados no implica que su cuantía dependa del peso que tienen en el consejo y los comités. De acuerdo con ello, esta comisión se entiende necesaria, a pesar de que esta función podría ser llevada a cabo por el pleno del consejo, formado éste por administradores no ejecutivos; sin embargo, se prefiere la comisión especializada con el argumento de que probablemente en el consejo estén presentes los ejecutivos más relevantes; entre ellos mantienen remuneraciones interrelacionadas y probablemente con intereses en las restantes remuneraciones. La discusión en un foro especializado y competente en este área permite revisar y decidir tales propuestas con una mayor independencia. Id, pág., 128. V. *Informe Cadbury* (1992) sub. 4.42 y en su *Code of best practice*, sub. 3.3. En particular, ha sido el *Informe Greenbury* (1995), el que ha profundizado sobre la remuneración de los administradores. El *Code of best practice* del mencionado informe, justifica la creación del Comité de remuneración formados por administradores no ejecutivos con el fin de «evitar potenciales conflictos de intereses» (id., sub. A.1 y 4). El *Code* parte del principio de plena transparencia en las remuneraciones de los administradores y a estos efectos recomienda que el Comité remita un informe a los accionistas, junto con las cuentas anuales, en el que se indique la política de la sociedad sobre la remuneración de los altos ejecutivos, indicando con detalle los aspectos que deben ser objeto de información pública (id., B.1-12). Finalmente, el *Code* establece una serie de recomendaciones dirigidas a los comités de remuneración sobre la política de

91. Esta comisión puede desarrollar una especial relevancia en el ámbito de los conflictos de intereses, en la medida que debería identificar los posibles beneficios complementarios que los ejecutivos pueden disponer y debería establecer criterios que permitan conocer los límites del uso que los ejecutivos, el personal y sus familiares pueden hacer de los bienes sociales.[225]

92. De lo dicho anteriormente podemos hacer una breve reflexión, cuyo argumento tomaremos más adelante.[226] El problema del conflicto de intereses surge en todo tipo de sociedades, abiertas y cerradas, personalista capitalistas, de estructura corporativa y de estructura contractual.[227] Lo mismo sucede con el control de la gestión, si bien con la singularidad de que en las sociedades abiertas, la vigilancia sobre los gestores se lleva a cabo a través del órgano de administración.[228]

---

remuneraciones y sobre las indemnizaciones derivadas de contratos de servicios (id., partes C y D). V. además, *Informe Hampel* (1998) sub. 2.B y sub. 4; y también de forma amplia v. el tratamiento que da a la cuestión el *Hampel Combined Code* (1998) sub. B. V. también, el *Informe de la NYSE* (2002) recomendación núm 5. En España, el *Informe Aldama* (2003) sub.IV.6, dedica un apartado a analizar las cuestiones relativas a la remuneración del Consejo y de la alta dirección.

[225] Entre otros supuestos se citan los usos de «asientos vacíos en una aeronave, apartamentos de la compañía», etc. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 129-130.

[226] V. Cap. 2º, núm. 228; Cap. 5º, núm. 36.

[227] V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 747; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 539-540.

[228] V. al respecto, ESTEBAN VELASCO, «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 146, quien señala que «[e]l problema del control surge en todas las sociedades anónimas en las que se de en alguna medida la separación funcional (que presupone el modelo legal de estructura orgánica con previsión de determinados órganos, composición y respectiva distribución de competencias), es decir, la separación entre los que gestionan diariamente (función de gestión) y los que por exclusión sólo tienen posibilidades de control (función de control: participación en alguna medida en la definición de los objetivos, en la selección de los directivos y en el control de los resultados). Este problema es común a todas las sociedades, excluidas sólo aquellas en las que, por su reducida composición y por la implicación como gestores de todos los socios no hubiera lugar a separación subjetiva de ambas funciones empresariales». V. también, id., p. 148.

2.
El medio jurídico de control de las conductas interesadas: el deber de lealtad. Configuración principial del deber

a) Introducción

Hipótesis de trabajo

93. Frente a los mecanismos generales de control de la gestión, los ordenamientos próximos y la doctrina en general afirman que el deber de lealtad constituye el medio específico de control de los conflictos de intereses entre administradores y sociedades.[229] Ante el reconocimiento universal del deber de lealtad del administrador hacia la sociedad, el debate se orienta, en primer lugar, en orden a la discusión sobre la suficiencia del recurso al contrato y la presión del mercado como medios de control y sanción de las conductas desleales.[230] Este trabajo es deudor de aquellos planteamientos que consideran que ninguno de los mecanismos propuestos es por si solo autosuficiente, de forma que las normas morales, la autonomía de la voluntad, junto con el mercado y la ley especial se convierten en medios necesarios y complementarios.[231]

---

[229] V. HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 312. Incluso la doctrina contractual participa de este postulado elemental. V. como ejemplo, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 5-7, al afirmar que los administradores se comprometen, sea de forma explícita o implícita, a cumplir con el estándar de actuación leal (*fair dealing*) incorporado en las reglas de los deberes fiduciarios del derecho de sociedades, siendo los deberes fiduciarios y las acciones de responsabilidad los mecanismos disuasorios menos costosos frente a las conductas fraudulentas.

[230] Desde la visión contractual, BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 2-4, señalan que en la controversia «entre los contractualistas y los anti contractualistas sobre la consideración apropiada de la libertad de contratar en la sociedad», los ataques de los anti contractualistas «deben ser contestados para evitar la idea falsa de que el Estado debe tener un papel mayor en el gobierno de la sociedad que en otras relaciones contractuales privadas»; en particular, «[u]na batalla importante en el debate sobre la libertad de contratación reside en la cuestión de si los deberes fiduciarios deben quedar sujeto a la ordenación privada a través del contrato o debe ser impuesto por la ley en una cierta extensión y no disponible por las partes». Cfr. con el parecer de los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 94, dónde se indica que «[e]s extremadamente improbable que sólo las fuerzas de mercado puedan producir una solución óptima al problema de los costes de agencia en las sociedades abiertas, a causa de los potenciales conflictos de interés relativos a la instalación de mecanismos de control en tales sociedades». Con todo, el debate sobre regulación o no regulación no es nuevo. V. al respecto, BERLE / MEANS, *The modern corporation* (1933) 357.

[231] Al respecto de que no existe ningún medio ideal para dar solución a los conflictos de intereses, v. HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 321 o el *Informe Cadbury* (1992) sub. 7.2, que sostiene que «[n]ingún sistema de gobierno corporativo puede estar totalmente a prueba (inmune) del fraude o de la incompetencia». En la misma línea señalan EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 232-233, que en la sociedad abierta, «Determinados acuerdos sobre compensaciones conectan las ganancias de los administradores con los resultados de la empresa, lo que reduce, aunque no puede eliminar, la divergencia de intereses implícita en la separación de la gestión y la propiedad».

En este trabajo seguimos la propuesta de EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1525: «Tomados por separado, ni los mercados, ni la moral, ni la ley son por sí solos suficientes para corregir los conflictos de interés. Tomados en su conjunto, ley, moral y mercados han mostrado ser capaces de conseguir ese objetivo». Este punto de vista es el que parece recoge el *Informe Aldama* (2003) sub. III.3, al señalar que «[l]as leyes y códigos de buen gobierno, y los principio de transparencia y seguridad son necesarios para garantizar que la actividad de la empresa y el progreso social».

Cfr. con OLIVENCIA RUIZ, «El gobierno de las sociedades», *Homenaje a Sánchez Calero* , II (2002) 1802-3, para quien «[a]ún partiendo del doble plano de regulación, legal y convencional,

94. Siguiendo la orientación que integra la autonomía de la voluntad y las normas jurídico obligatorias, el deber de lealtad del administrador encuentra su marco general en toda relación de gestión. En primer lugar, el deber de lealtad consiste en una obligación propia y esencial de las relaciones gestoras, que despierta sus efectos en los casos en que el gestor se sitúa en una posición de conflicto de intereses, estando obligado, en tal caso, a actuar en interés del principal.[232] En segundo lugar, la obligación gestora, estrechamente ligada a la causa de la relación, no puede separarse del fundamento jurídico sobre el cual se articula el contenido del deber: la buena fe.[233]

95. Las exigencias derivadas de la obligación gestora y de la buena fe permiten reconstruir la ausencia de una ordenación normativa que regule el deber de lealtad, en la medida que nuestro ordenamiento no ha formulado una definición del deber, no ha contemplado su contenido general y procedimiento para su cumplimiento, ni ha incorporado directivas claras para determinar las sanciones por su violación.[234] Por el contrario, el deber de lealtad se manifiesta en nuestro ordenamiento, ya sea a través de la cláusula general de la *diligencia del representante leal*, ya sea mediante normas que recogen particulares conflictos de intereses, cuya regulación determina los límites de la aplicación de la prohibición relativa a un supuesto concreto y su eventual procedimiento de autorización.[235]

---

la reforma y la armonización que exigen la globalización de la economía y la internacionalización de los mercados en el régimen de gobierno de las entidades que en ellos operan, es más factible desde la autonomía de la voluntad que desde la promulgación de normas imperativas». V. también, PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1813, para quien el «Informe Olivencia se decanta fundamentalmente por un modelo de auto-regulación y, en buena medida, confía en que las fuerzas del mercado... presionarán para que cada sociedad adopte la estructura de gobierno que maximice los rendimientos para los accionistas».

[232] V. Cap. 3º.

[233] V. Cap. 4º, sub. I.1..

[234] Con todo, resulta preferible que nuestro ordenamiento ordene el deber de lealtad a través de una regulación que incorpore sus principios, delimite el contenido obligatorio fundamental y su ámbito de aplicación. A este concepto normativo debería añadirse una regulación particularizada de determinados supuestos concretos, no sólo con carácter ejemplificativo, sino ordenador de cada caso, fijando su disponibilidad y las circunstancias de la autorización del principal, así como delimitando en cada caso sus elementos objetivos y subjetivos

V. QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 663-4: «Cabrían al respecto distintas técnicas: establecer una cláusula general, con o sin ejemplificaciones concretas, así como habilitar un mecanismo común para resolver las situaciones específicas desde la perspectiva del predominio del interés social puesto en riesgo; o bien seleccionar supuestos particulares de conflicto vinculando a ellos la utilización de instrumentos adecuados de solución en cada caso. La LSRL se mueve en esta segunda dirección, que ofrece aspectos criticables». Idem, QUIJANO, "Principales aspectos del estatuto jurídico", RdS, núm. extraordinario (1994) 418. V. ALCALA, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453-76.

[235] Sin embargo, la aproximación de nuestro ordenamiento al deber de lealtad no resulta, en términos generales, tan alejada de las construcciones legales de nuestro entorno. En efecto, no deja de sorprender el hecho de que ordenamientos con una amplia tradición en la protección del principal a través del deber de lealtad no contemplen expresamente una definición legal del mismo. Es más, en los países de nuestro entorno, el común divisor de la ordenación técnico jurídica del deber responde a un mismo patrón. A saber, que las leyes de sociedades de los sistemas jurídicos próximos, el sistema continental y el sistema anglosajón, sólo han regulando legalmente los supuestos conflictuales más comunes, si bien con distinta extensión, contenido y efectos. V. Cap.

Propuesta de ordenación general

96. A la vista de lo anterior, el primer problema al que se enfrenta este trabajo reside en realizar una labor ordenadora del marco institucional del deber de lealtad que permita justificar su existencia y contenido. El cumplimiento de este objetivo pasa por analizar el fundamento del deber desde su doble perspectiva. De un lado, es preciso indagar sobre su ubicación sistemática en el sistema de fuentes del ordenamiento, iniciando esta tarea en los aspectos metodológicos que justifican y acreditan la configuración del deber como principio jurídico. De otro, corresponde estudiar el fundamento material del deber a través del recurso al estudio de la relación gestora y su contenido obligatorio.[236] Completar este marco general se convierte en una exigencia previa a la del análisis del deber de lealtad del administrador de sociedades y es lo que justifica la propuesta de este trabajo de ensayar la construcción de la parte general del deber de lealtad, su definición, contenido y fundamento.[237]

97. En esta dirección, partimos de la idea de que no disponemos de modelos legales de referencia que establezcan una parte general, ya sea común al Derecho de sociedades, ya sea del ámbito más amplio del Derecho privado. Si tomamos en consideración el Derecho continental, no encontramos en sus ordenamientos ejemplo alguno de una parte general ordenadora del deber y, además, éstos se encuentra en proceso de elaboración del deber de lealtad a través de construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Por el contrario, el Derecho anglosajón dispone de una amplia, elaborada y compleja doctrina sobre los deberes fiduciarios, pero ha sido construida por la jurisprudencia de los tribunales y sus principios no han sido recogidos a través de formulaciones precisas que tengan el carácter de norma jurídica estable. En este caso, la doctrina procedente del *common law* es el fruto de las resoluciones de casos particulares, lo que pone de manifiesto que el interés de los jueces no reside en hacer construcciones generales, sino en solucionar conflictos singulares a través de reglas formuladas para conflictos semejantes.[238]

98. Aún así, la reconstrucción del deber de lealtad desde un planteamiento general responde a una doble razón, jurídica y práctica. La razón jurídica reside en la necesidad de establecer un sistema interno que explique la función normativa de la

---

2º. Consiguientemente, tales ordenamientos han optado por no establecer normas y principios generales, con el resultado de dejar al juez la tarea de resolver aquellos casos que el legislador no ha previsto expresamente. Este planteamiento se está revisando por primera vez en el Reino Unido, a través de la *Companies Bill* 2002, con la finalidad de introducir en la *Companies Act* los principios generales del deber de lealtad. V. Cap. 2º, núms. 165, 166.

[236] V. Cap. 3º.

[237] En general, la doctrina ha seguido un camino distinto, más bien dirigido a particularizar obligaciones específicas o relativas a supuestos concretos, de acuerdo también con el camino tomado por los ordenamientos continentales. V. por ejemplo, PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) 1327, al comentar que «[e]l contenido del deber de fidelidad es muy amplio y articulado. Con carácter general ha de decirse que el deber de lealtad actúa como elemento modulador de los derechos y obligaciones tipificados y como fundamento de nuevos derechos y obligaciones no especificados (deber de confidencialidad, deber de abstenerse de competir, deber de no explotar las oportunidades de negocio de la sociedad, etc.).». V. también VICENT CHULIA, *Compendio de Derecho mercantil*, I (1991) 662, que dirige su atención a algunos aspectos de su contenido y régimen jurídico, al señalar que en ausencia de regulación especial, la protección de los intereses de la sociedad puede apoyarse en las siguientes nociones: prohibición de la autocontratación, deber de abstención, exigencia de responsabilidad e impugnación del acuerdo.

[238] V. Cap. 2º, sub. III.

lealtad, atribuya unidad y coherencia al tratamiento jurídico que el ordenamiento da a todos los supuestos desleales y determine las relaciones existentes entre las normas que regulen supuestos especiales y entre estas y los supuestos no regulados. La utilidad práctica de este enfoque responde al siguiente postulado: a falta de una doctrina consolidada sobre el deber de lealtad, la definición y determinación general del deber va a beneficiar tanto a los interesados directos o partes de las relaciones gestoras, el gestor y el principal, como aquellos que deben valorar las conductas desleales, esto es, los jueces y tribunales. El principal va a disponer de un conocimiento más preciso de los términos de su mandato. El gestor podrá actuar con mayor seguridad y adaptar su comportamiento a situaciones imprevistas. En fin, el juez encontrará más fácilmente pautas para la resolución de los conflictos.

Reconstrucción normativa

99. La construcción jurídica de los postulados anteriores cabe plantearla desde una doble perspectiva, de integración contractual y de reconstrucción normativa. El primer enfoque ha sido apuntado al analizar el análisis económico contractual, dónde se ha señalado el origen contractual del deber, su función integradora y la voluntad hipotética como medio de integración.[239] Esta manera de pensar lleva a concluir que no existe un contenido legal específico relativo al deber que las partes no pueden modificar debido a su naturaleza dispositiva y consiguientemente el negocio se completa a través de la buena fe contractual, rigiéndose por las reglas del artículo. 1258 CC.

100. Por las razones que venimos avanzando el enfoque contractual no es seguido en este trabajo. En primer término, porque el deber de lealtad en su núcleo está configurado por un contenido imperativo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1255 CC, no está sujeto a negociación por las partes. La disponibilidad del mismo atañe a aquellos aspectos que quedan justificados por un justo equilibrio de intereses entre las partes, de tal forma que se hará preciso analizar cada caso para saber si la modificación convencional se aleja del tipo hasta transformarlo, en cuyo caso estaríamos ante un acto ineficaz.[240]

101. En segundo lugar, el fundamento normativo no puede encontrarse exclusivamente en la buena fe contractual prevista en el artículo 1258 CC, por ser éste un mecanismo de integración contractual que sirve a la autonomía privada.[241] Por el contrario, aquel reside en el principio general de la buena fe, principio que tiene carácter imperativo, si bien del mismo pueden nacer normas tanto imperativas

[239] V. Cap. 1º, sub. I.3.

[240] Señala DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC (1982) 1061, que «[l]as reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato».

[241] V., al respecto, ALFARO, «Voz: Integración contractual», EJB, III (1995) 3637-9.

como dispositivas.[242] En este sentido, queda amparado el contenido nuclear del deber y se afirma la posibilidad de que el principal modele la prohibición autorizando actuaciones conflictuales que no desnaturalicen el tipo.

102. Con todo, la afirmación del principio de la buena fe y de su contenido esencial de carácter imperativo no resulta suficiente por si solo para dar respuesta a los problemas de reconstrucción del deber que aquí se plantean. La complejidad de la cuestión se plantea desde las dos variantes metodológicas que disponemos para enfrentarnos a este problema. De un lado, la reconstrucción del deber puede emprenderse desde la perspectiva de la integración de una laguna legal a través del auxilio a la analogía. De otro, la tarea de la fundamentación y determinación del deber de lealtad puede hacerse desde la reconstrucción del principio jurídico que rige la obligación gestora en caso de conflicto.

b) Reconstrucción del deber a través de la integración analógica

El recurso analógico

103. La integración analógica resulta justificada cuando estamos en presencia de una laguna legal, tal como sucede en caso de que el conflicto no haya sido objeto de regulación.[243] Una solución parecida contienen los supuestos que pueden contemplarse a la luz de la cláusula general del representante leal, pues aún cuando técnicamente se trata más bien de una laguna normativa, la cláusula remite a un concepto ajeno de regulación, hecho por el cual, de nuevo, estamos ante un caso que exige una solución jurídica que no viene dada por la ley.[244] En

---

[242] Así, MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», EJB, I (1995) 832, al señalar que «[e]l principio de la buena fe es imperativo en el sentido de que su aplicación no puede quedar excluida por la voluntad de las partes. A su vez, las normas que nacen de las exigencias de la buena fe pueden ser imperativas y por ello sustraídas a la disposición de las partes, pero también pueden ser normas dispositivas cuya aplicación las partes pueden excluir. Así las normas que impongan a las partes ciertos deberes accesorios completando la regulación legal».

[243] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 370, quien señala que la necesidad de regulación en las lagunas manifiestas existe «cuando la ley no contiene regla alguna para un determinado grupo de casos, que les fuera aplicable; si bien según su propia teleología debería contener tal regla». Sobre las lagunas ocultas, en las cuales la regla existe pero ésta precisa de una limitación no contenida en la ley y cuya integración se produce especialmente mediante reducción teleológica (tratar desigual desigualmente), v. id., pp. 363-4, 370 y 385-91. V. GORDILLO, Voz: «Laguna (Dº Divil)», EJB III (1995) 3912-3.

Hablamos aquí de laguna legal, siguiendo las ideas de LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 368-70, sobre el sistema abierto inconcluso y capaz de evolucionar, frente a laguna del Derecho o del Ordenamiento, más propio de un sistema cerrado en el que, si existiera, cabría postular «una "incompletez contraria al plan" de todo el orden jurídico». Sobre el sistema abierto v. también *infra*, núm. 115n. Cfr. GORDILLO, Voz: «Laguna (Dº Divil)», EJB III (1995) 3912, para quien, con fundamento en el art. 1 CC, no es posible «hablar de lagunas en el Ordenamiento», pues los Principios Generales del Derecho constituyen «la norma final supletoria, adaptable a todo posible hueco legal y evitadora, en consecuencia, de la insuficiencia del Ordenamiento que, al darles entrada, puede ya ser concebido como un sistema completo y cerrado de Derecho».

Sobre las dificultades que ofrece el concepto de analogía, v. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho* (1986) 179-80.

[244] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 365, se refiere a las *lagunas normativas*, para denominar los casos de particulares normas jurídicas incompletas que no pueden ser aplicadas sin el recurso a otras normas, frente a las lagunas legales o de regulación que afectan a una determinada regulación en conjunto. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (2001) 165, señala que no entiende que exista una laguna «cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre),

ambos casos, tanto en la laguna legal como en la normativa, la necesidad de integración y de desarrollo del Derecho procede de la intención reguladora subyacente, que se infiere por vía teleológica, a raíz de la necesaria protección que en toda relación gestora se otorga al principal en los supuestos de conflicto de intereses.[245] Los procedimientos típicos de integración son la analogía *legis* y la analogía *iuris*.

Analogía legis: función

104. La técnica de la analogía *legis* permite integrar la regulación legal al trasladar una regla jurídica dada para un supuesto de hecho a otro similar pero no regulado, al que se le aplica la valoración de la primera.[246] Con ello, es necesario que se cumplan dos requisitos o presupuestos: primero, que los supuestos no sean iguales ni distintos, sino similares; y segundo, que ambos tengan en común idéntica *ratio legis*, hecho que determina la aplicación, en ambos casos, de la misma consecuencia jurídica.[247]

105. La analogía *legis* cumple una importante función dentro del sistema jurídico, que a su vez le sirve de justificación. La justificación del recurso analógico se produce por aplicación del principio de igualdad, es decir, se trata de dar un tratamiento unitario a todas los casos iguales según el punto de vista valorativo decisivo.[248] Este planteamiento revela el imperativo de justicia que existe detrás y que exige que supuestos conflictuales regulados no pueden conceder un tratamiento distinto a otros conflictos semejantes huérfanos de regulación.

Límites de la analogía legis

106. Aun cuando la analogía *legis* cumple una función correctora de notables desigualdades, su recurso es ciertamente limitado y plantea notables problemas en el ámbito del Derecho privado, en general, y del Derecho de sociedades, en particular. En primer lugar, el hecho de que el Derecho de sociedades no esté codificado o, más bien, que haya sufrido el proceso de descodificación, genera incuestionables dudas sobre la aplicación de la analogía *legis* respecto de cada supuesto especial regulado, ya sea en el Código de comercio, ya sea en una de las leyes especiales, y la aplicación de la valoración de tales normas a supuestos similares o iguales contemplados en formas sociales distintas. La dificultad aumenta si planteamos la cuestión ante el dilema de su aplicación a sociedades personalista frente a las sociedades capitalistas.[249]

107. En segundo lugar, la analogía *legis* no nos da las claves para entender el problema global. Tal como aquí lo concebimos, la comprensión y solución del problema del

---

concede un amplio margen a la decisión». V. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho* (1986) 183.

[245] Sobre la idea de que laguna se explica a través del plan regulativo que sirve de base a la ley, su carácter inmanente por proceder de sus propios fines y su inferencia por vía de la interpretación histórica y teleológica, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 363-373. En particular, el autor, id., p. 366, señala que «[t]anto las lagunas normativas como las lagunas de la regulación son lagunas dentro de la conexión regulativa de la misma ley».

[246] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 376, que denomina esta técnica analogía legal o analogía particular. V. MARTINEZ SEGOVIA, "Posibilidades del procedimiento analógico en el Derecho de sociedades", RdS (2002) 210-1; COCA PAYERAS, Voz «Analogía», EJB, I (1995) 452-3 y la bibliografía allí citada.

[247] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 374-5, 254.

[248] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 367-368, 374.

[249] El caso más destacado y reciente reside en preguntarse si la regulación contenida en el art. 127.ter LSA resulta aplicable por analogía a la sociedad limitada, a la colectiva, a la cooperativa, a la sociedad civil, etc.

conflicto de intereses objeto de cuestión, no se limita ni puede ser entendida ni respecto de la solución de problemas específicos, ni en el estricto ámbito del Derecho de sociedades. En efecto, en términos de definición y de concepto, el deber de lealtad del administrador de sociedades consiste en una misma respuesta que el ordenamiento concede al principal en toda relación gestora. Este planteamiento nos sitúa en el ámbito más amplio del Derecho privado, hecho por el cual la aplicación de la analogía *legis* a todo este ámbito genera, de nuevo, más preguntas que respuestas. A saber, de un lado, cabe interrogarse si disposiciones como la antes citada – el art. 127.ter LSA– pueden integrar supuestos semejantes relativos al mandatario o al administrador de la sociedad civil. De otro, el cuestionario se viene planteando a la inversa, asunto que condensamos en un ejemplo ya centenario: en qué medida se puede producir la analogía legal a supuestos de Derecho de sociedades de la norma contenida en el artículo 1459.2º CC.[250]

108. En fin, las dificultades que ofrece la compleja estructura normativa que resulta aplicable a las distintas relaciones gestoras no sólo subraya el alcance limitado de la analogía *legis* sino que llama la atención de la necesidad de contemplar el problema desde un ámbito más general. Es decir, el uso de la analogía legal más allá de supuestos notoriamente claros, requiere disponer cuanto menos de un concepto que explique o condense la valoración subyacente contenida por el ordenamiento en el radio de acción al que se pretende aplicar. Esa explicación ya no se encuentra en la *ratio legis* individualmente considerada sino en la *ratio iuris*, para lo cual se requiere un expediente más complejo del que pueda ofrecer el mecanismo extensivo de normas singulares. Es más, a través de la analogía *legis* no cabe la construcción por vía inductiva de principios generales que puedan explicar y fundamentar soluciones a los supuestos conflictuales contemplados en todo el ámbito del Derecho privado.[251]

Analogía iuris

109. Por todo lo anterior, el problema jurídico que plantean los conflictos de intereses en las relaciones gestoras, no resuelto expresa y claramente por la ley, puede encontrar mejor solución a través de la técnica de integración llevada a término a través de la analogía *iuris*. La analogía *iuris* o analogía general es un mecanismo jurídico que permite abordar el análisis de grupos de supuestos, regulados y no regulados, con la finalidad de darles un tratamiento unitario.

---

[250] Sobre esta última cuestión, v. Cap. 5º, núm. 88; 6º, núm. 90

[251] Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 337, que en la analogía legal no se trata de establecer un principio general que pueda tener validez para un número indeterminado de posibles configuraciones de casos. Sin embargo, excepcionalmente cabe "descubrir" un principio en la *ratio legis* subyacente en una disposición legal y conocer que esa *ratio legis* se refiere a un ámbito de casos más amplio al mencionado en la ley (id., p. 381). Cfr. con V. GORDILLO, Voz: «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642, para quien los principios se obtienen de la Ley «a través de la *analogía* (*legis* o *iuris*)...». Sobre la singularización de la analogía *legis* frente a la analogía *iuris*, GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 181, observa que la primera «supone la extensión de las consecuencias jurídicas de una norma jurídica particular a un supuesto de hecho semejante, mientras que la analogía *iuris* supone la aplicación de un principio general del Derecho, el cual, a su vez, ha sido construido a partir de una serie de normas particulares unidas por una *ratio*». Sobre la distinción entre analogía *legis* y analogía *iuris*, v. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (2001) 177-8, para quien se trata de una diferencia de grado. N un sentido semejante, siguiendo a la doctrina italiana v. MARTINEZ SEGOVIA, "Posibilidades del procedimiento analógico en el Derecho de sociedades", RdS (2002) 201, para quien «ambos tipos de analogía responden a una misma estructura operativa y revelan sólo una mera diferencia de grado».

110. La técnica utilizada, basada en la inferencia de principios generales a partir de contemplar en distintas disposiciones legales una misma razón o criterio valorativo, permite aplicar una misma consecuencia jurídica dirigida a regular supuestos distintos.[252] La existencia de una misma ratio *legis* en el conjunto de disposiciones individuales referidas con un mismo presupuesto común (gestor de intereses ajenos en conflicto con los intereses del principal) que, siendo susceptible de generalización, permite inducir una ratio *iuris* concordante a través de la cual podemos formular un principio general (el deber de lealtad).[253] Así, la formulación del principio de lealtad del gestor deriva del contenido de justicia material del propio principio (tutela del principal) y se comprueba desde una doble perspectiva. Desde el lado jurídico positivo, por la concordancia de los casos regulados y por la ausencia de oposición de otras disposiciones legales. Desde la perspectiva principial, por la ausencia de que el principio esté limitado por otro principio opuesto.[254]

Reconocimiento jurisprudencial

111. Una vez que el principio de la lealtad ha sido plasmado de forma concluyente como medio de integración analógica, aquel debe tener el reconocimiento de los tribunales para su definitiva inclusión en nuestro ordenamiento.[255] Las dificultades de construcción del principio y de su reconocimiento pueden venir de las razones apuntadas en relación a la analogía *legis*. Esto es, que la existencia de una regulación en distintos ámbitos (civil, mercantil, societario, etc.), junto a la regulación dispersa y fragmentaria (sólo se regulan algunos supuestos y además

---

[252] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 376. V. COCA PAYERAS, Voz «Analogía», EJB, I (1995) 452-3, y bibliografía allí citada. Esta autor defiende la tesis positivista según la cual la analogía consiste en el único procedimiento de obtención de los principios generales del Derecho. Sobre las dificultades de establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, v. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho* (1986) 184-5.

[253] Para el planteamiento general, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 337, 379.

[254] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 337-8.

[255] Precisamente corresponde a la jurisprudencia del Tribunal Supremo «[u]na función de consagración de los principios jurídicos generales, extrayéndolos del ordenamiento y una función de aplicación a través de procesos de concretización de las reglas exigidas por tales principios», DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 12.

Los tribunales del orden civil exigen que el principio haya sido positivizado o recogido por la doctrina jurisprudencial. Así lo recoge DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 146-147: «El Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado y constante que para casar una sentencia por aplicación indebida de un principio general, o por su falta de aplicación, es necesario que se trate de un principio recogido en la ley o en la doctrina jurisprudencial», señalando como ejemplos las sentencias de 29 de enero y 13 de diciembre de 1962, y de 10 de junio de 1966. V. sobre ello, GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5102, y LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-1º (1988) 205.

LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 398, dice que mientras que al menos un tribunal no haya declarado y tomado la norma integradora de la laguna como fundamento de una resolución, la norma integradora de la laguna sería *Derecho en potencia*, dispuesto para la aplicación. En este sentido, el desarrollo del Derecho viene concebido por vía judicial. V. también ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 349, que señala que en el sistema continental «[i]ncluso en el caso de que la codificación admita formalmente los principios reconocidos como parte de la ley, la infracción de un principio sólo es causa de casación cuando puede demostrarse que se ha contravenido una jurisprudencia del tribunal supremo que utilizaba este principio para el supuesto de hecho en cuestión».

no resultan coincidentes en cada orden regulativo) no facilita la reconstrucción del judicial del principio.[256]

c) La reconstrucción principial del deber

Planteamiento

112. A diferencia de la integración analógica, que siempre es un expediente indirecto, nuestro sistema de fuentes permite la integración de las lagunas a través de los Principios Generales del Derecho.[257] En esta dirección, la propuesta que sigue

---

[256] Señala VICENT CHULIA, "Norma aplicable, analogía, fraude de ley «and all that» en el Derecho de sociedades", RGD (1995) 13527, que «se plantearán dudas sobre la .existencia de "identidad de razón" para aplicar las normas de la LSL a otras formas societarias por analogía. Por ej., el régimen del conflicto de intereses en sentido técnico, por un lado, socio/sociedad (artículo 52 LSL) y, por otro, administrador/sociedad (artículos 10.1 y 67 LSL), que hasta hoy sólo está regulado en la Ley General de Cooperativas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y cuya extensión analógica a otras sociedades –por ejemplo, a la Sociedad Anónima- puede conllevar muchos "costes de validez", puesto que en principio aparece regulado como un supuesto de delimitación específica o estricta en aquellas dos leyes…».

[257] Nuestra doctrina reconoce la integración principial y la distingue del método analógico, como un sistema de integración del ordenamiento a través de la búsqueda y aplicación de los principios generales. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 183-4. GORDILLO, Voz: «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642, precisa que la integración principal sólo es posible a través de los principios que informan el Ordenamiento (arts. 1.4 y 4.1 CC).

DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993) 214, distingue dos formas de integración de las lagunas de la ley positiva, de un lado, a través de «acudir al mismo texto legal» aplicando la analogía y, de otro, acudiendo a criterios extralegales, pero no extrajurídicos, que son los principios generales del Derecho. Cfr. con la visión positivista de IRTI, *La edad de la descodificación* (1992) 102-4, para quien sólo los «principios generales de las leyes especiales… y sólo estos, cumplen la función integradora del sistema: las normas realizadoras de *analogía legis*, expresan los principios generales utilizables en sede de *analogía iuris*».

En otros ordenamientos, la cuestión se plantea ante la existencia de una cuestión jurídica que requiere ser resuelta sin que el auxilio de los medios de interpretación e integración procedentes de la propia ley -especialmente analógicos- sean suficientes para dar respuesta a la cuestión planteada, la doctrina ofrece otros medios para integrar las lagunas existentes, en tales casos el desarrollo del Derecho superador de la ley encuentra aplicación mediante la atención a tres vías: las necesidades del tráfico jurídico, la "naturaleza de la cosa" y la configuración de un principio ético-jurídico. V. sobre ello, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 410-429. El mismo autor (id., p. 410) señala que este desarrollo del Derecho no deja de estar en consonancia con «los principios generales del orden jurídico y con el "orden de valores constitucionales; es más, sólo puede justificarse por esa consonancia. Se trata, por tanto, de un desarrollo del Derecho ciertamente "extra legem", al margen de la regulación legal, pero "intra ius", dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base"».

Sobre la noción de principio jurídico, v. DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 10; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 418 y 465; GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5100; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 144; ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 3-4. En relación a la formación histórica del concepto de principio jurídico y las posiciones doctrinales que discuten su valor jurídico, v. BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos* (1994) 17-42. Sobre las clasificaciones de principios v., DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984) 421-424; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 418 y 465; BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 134-135, nota 7; GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5100-5101; ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 5-6; GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 44-54. De este autor, v. la reciente aproximación de las piedades formales de los principios (id., pp. 131-216).

Las construcciones doctrinales recientes más influyentes sobre los principios, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* , 1961 y, más recientemente, DWORKIN, *Los derechos en serio*, 1984, han significado un enfrentamiento con las concepciones positivistas del Derecho, y una reacción por su parte, particularmente de Kelsen y

este trabajo, deudora de la integración principial, se referencia en el siguiente postulado: el deber de lealtad constituye un principio o subprincipio derivado del deber general de la buena fe aplicable a las relaciones gestoras. Por ello, el deber de lealtad se configura como un principio del Derecho privado, que no es sino una particularización de la buena fe aplicada a un supuesto concreto: el eventual conflicto entre los intereses del gestor y del principal. Sus manifestaciones legales residen en los medios expresos que el ordenamiento ha puesto a disposición de la protección del principal: las cláusulas generales y las interdicciones especiales.[258] Tales expresiones legales del deber resultan incompletas para regular el conjunto de supuestos conflictuales, hecho por el cual la construcción sistemática del deber de lealtad se suscita en el ámbito de los principios jurídicos que permiten un tratamiento unitario y completo de la institución. Es por ello que, a través de la buena fe, el deber de lealtad no sólo adquiere orden y sentido, sino que con ella se encuentra la fuente normativa del deber y de su contenido prohibitivo y obligatorio.

Unidad del sistema

113. La idea fundamental que rige el método de aplicación principial se resume en la función sistemática de orden interno que cumplen los principios.[259] En la medida que el sistema interno está unido y formada su estructura por principios, a través de los mismos no sólo se facilitan las tareas de interpretación y aplicación del Derecho, sino que es posible entender una institución en su contexto y dotarla de

---

Hart. V. PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas* (1992) 19; ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 1.

[258] Todo ello, sin dejar de constatar que los principios son fuente subsidiaria, que no resultaría aplicable dónde exista un supuesto regulado por la ley. V. ia, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 193.

[259] V. DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984) 420; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 465-82; CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) aprox. 49-69. Cfr. con la crítica de ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1989) 26, para quien «un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico), surge inmediatamente la cuestión de cómo pueden obtenerse tales principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas. También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas... El sistema axiológico-telelógico no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar». V. también, GARCIA FIGUEROA, “Contra el sistema por sistema”, RDP (1999) 848-860.

La construcción del sistema es una tarea permanente y permanece abierto, hecho por el cual «nunca puede disponer de una respuesta para todas las preguntas». V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 171. Sin embargo, como el sistema principial tiene un sentido superior al sistema axiomático, formal, de conceptos jurídicos deducidos unos de otros. V. GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 30. El mismo autor (id., p. 31) precisa que «[e]n un ordenamiento jurídico concreto, se desenvuelven, de un caso para otro y de una regulación singular para otra, principios inmanentes que constituyen, en su conjunto un sistema. Se insinúa, por tanto, un sistema dotado de sentido, construido por principios directivos vinculados entre sí, y que se sirve, para su realización, de determinados conceptos y criterios de decisión, a los que no puede exigirse un carácter general o total». V. también, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 408, quien defendió la idea de sistema como coordinación de instituciones, cuya conexión entre ellas venía determinada por los principios. Con todo, id., pp. 409-10, viene a reconocer que «[e]l principio está al final de una evolución, y en un sistema “abierto” y no dogmatizado...».

Desde un planteamiento no positivista, cfr. con la tesis principal de DWORKIN, *Los derechos en serio* (1984) 150 y *passim*, según la cual «las decisiones judiciales... aún en los casos difíciles... son y deben ser, de manera característica, generadas por principios...».

sentido en el marco de un subsistema como el Derecho privado.[260] En este marco, pueden encontrarse las relaciones de sentido entre lo general, el deber de buena fe, y lo particular, el deber de lealtad, como punto de conexión entre las distintas relaciones gestoras que requieren del principio para llenar de contenido las necesidades normativas relativas al conflicto de intereses en la obligación gestora.

114. Esta reconstrucción sistemática no se corresponde a un sistema lógico formal propio de la jurisprudencia de conceptos, pues no se trata de poner en relación enunciados jurídicos obtenidos mediante el análisis con el objetivo de formar un sistema de reglas lógicas exentas de contradicciones y lagunas.[261] En segundo lugar, tampoco se reconstruye el principio a partir de la jurisprudencia de intereses.[262] Esta metodología postula un sistema de decisiones de conflictos centrado en la discusión de problemas particulares, pero que tiende al abandono de la idea de unidad y a la falta de reconocimiento a los principios generales del Derecho.[263]

115. Por el contrario, frente a la jurisprudencia de conceptos, el principio de lealtad sobre la cual se construye el sistema se desarrolla no sólo sobre un sistema lógico, sino a partir de una coherencia axiológica interna, cuyos valores fundamentales son el mandato de justicia y la actuación de buena fe.[264] En segundo lugar, ante la jurisprudencia de intereses, la lealtad se articula en un sistema basado en la unidad interna, cuyo eje principal, la buena fe, consiste en un principio general de Derecho.[265]

116. Precisamente por el hecho de que el deber de lealtad encaja dentro del esquema del sistema interno relativo a valores y principios, tampoco se acoge la tesis del

---

[260] ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 20. Estos autores señalan que «la referencia a unos pocos principios… permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social…»; además permite entender el Derecho «como un conjunto ordenado… dotado de sentido».

[261] Sobre la critica al sistema lógico deductivo de la jurisprudencia de conceptos en el sentido aquí indicado, v. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 29-34. Sobre la jurisprudencia de conceptos, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 39-56; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1976) 42-4. V. también ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1989) 243 y ss. tanto para un análisis de las objeciones al programa de la dogmática jurídica y al «uso por la Jurisprudencia de conceptos de formas y procedimientos aparentemente lógicos para fundamentar decisiones y normas que no pueden extraerse inmediatamente de la ley», como para subrayar la utilidad de argumentos sistemático-conceptuales en la argumentación jurídica.

[262] Sobre la jurisprudencia de intereses, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 70-81; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1976) 44-6.

[263] V. sobre ello, CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 44-9, 99-100.

[264] En general, v. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 30, 49-54 y 100-1. En esta última página, el autor destaca que la tarea del pensamiento axiológico o teleológico consiste no tanto en hallar el contenido apriorístico de una correcta regulación, sino en garantizar la coherencia entre unos valores primarios, trasladarla a casos comparables y eliminar contradicciones con otras valoraciones y con nuevas valoraciones. V. *supra*, núm. 18, las notas sobre el imperativo de justicia.

[265] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 55-69. La construcción del sistema sobre los principios generales como elementos que hacen visible la unidad y la coherencia permite reconducir la diversidad de lo particular en ideas básicas determinantes de forma que tales ideas no son decisiones de conflictos aislados, valoraciones singulares. Son valores básicos que radican en los principios generales del ordenamiento, que van más allá de la *ratio legis*, pues se encuentran en la *ratio iuris*.

pensamiento tópico, si bien la construcción del principio está ligado la definición de un supuesto general conflictual basado en un grupo de casos.[266]

[266] Sobre la idea general que pone en conexión problemas, casos y principios, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 148-149, 169, 465. Sobre las cuestiones que ello genera, v. BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 18-42, y, más brevemente, DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 9-10. Sobre los grupos de casos y el pensamiento tipológico, v. *infra*, núm 129.

El pensamiento problemático ha encontrado en VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (1964) un firme defensor, frente al sistema lógico deductivo. Para este autor, los tópicos han de servir a la discusión de problemas (p. 56), como medios auxiliares para la interpretación (p. 92), y para dar soluciones a textos contradictorios (p. 93). Sin embargo, este autor niega cualquier virtud al "sistema" (pp. 51, 63, 74 y passim), del que señala (p. 112) que su «expresión más precisa se obtiene conforme al método axiomático, que consiste en ordenar, de acuerdo con su dependencia lógica los conceptos y las afirmaciones de un territorio cualquiera (no lógico)». Ahora bien, la construcción de «un sistema jurídico en sentido lógico... no se ha realizado nunca, aunque su existencia se presupone usualmente en nuestro pensamiento jurídico» (p.114). Sobre sus críticas al sistema lógico-deductivo, v. id., pp. 117, 121, 122-123, y passim. Aún cuando de este autor resulta de interés su propuesta sobre el análisis de problemas como medio para encontrar soluciones y su crítica al sistema lógico-deductivo, este trabajo no sigue la tesis según la cual «la estructura de la Jurisprudencia no puede ser adecuadamente captada con ayuda de la idea de sistema, sino únicamente sobre la base de la doctrina de la tópica». V. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 154-168. Canaris enfrenta las dos ideas, sistema y tópica, apuntando las siguientes consideraciones: primera, la técnica del pensamiento de problemas, no aporta nada nuevo, dado que todo pensamiento jurídico es pensamiento de problemas; segunda, un problema no es más que una pregunta cuya respuesta no está clara de antemano; y, tercera, los topos son solo propuestas no vinculantes de decisión. Ello no obstante (id., pp. 168-170), la tópica pueden servir de recurso útil a la ciencia jurídica en los casos «de lagunas en la ley, para cuyo colmado el derecho positivo no contiene ninguna valoración» y también en aquellos otros de «cláusulas generales necesitadas de complemento valorativo», en cuyo caso «la tópica está orientada a la equidad, es decir a la tendencia individualizadora del principio de justicia». Es por ello que el pensamiento sistemático y el tópico se complementan mutuamente. Particularmente, la tópica ayuda «mediante la formación de tipos, esto es, en parte mediante la formación de supuestos claros, con lo que tiende a la formación sistemática» (v. id., pp. 170-2). Desde un planteamiento similar v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 151-6, cuyas críticas destacan su imprecisión sobre lo que son los topos jurídicos, la ausencia de referencias al derecho positivo, así como su rechazo a la imposibilidad de ordenar un sistema abierto a través de principios jurídicos. En fin, en palabras de ATIENZA, *Las razones del Derecho* (1993) 63, el «mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido un teoría, sino el de haber descubierto un campo de investigación», lo que reconoce el valor anticipatorio de la tópica respecto de las modernas teorías de la argumentación jurídica (Sobre éstas, v. id, *in totum*). V. en particular, las observaciones críticas de ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1989) 39-43, y de GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 107-21. Con ponderados elogios a la tópica, v. GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984) 55-69, así como su introducción a la edición española del libro de Viehweg.

Sobre la casuística y la formación de principios, v. también ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 340-66, para quien «la formulación de un principio representa un estadio tardío de la casuística jurídica... Ningún principio es aplicable por sí mismo; se le descubre, entiende y conserva como elemento positivo en el precedente» (id. p. 340). La «acuñación de principios en el continente no es un acto legislativo único de los tribunales supremos, sino un proceso continuo en el que los precedentes de significación más o menos amplia [sic] se desarrollan paulatinamente hasta madurar en principios, hasta llegar al reconocimiento de un principio jurídico material que sale a la luz con la jurisprudencia constante y que sigue estando sujeto a ulteriores moldeamientos» (id., p. 354). En el proceso de configuración del principio, la doctrina fija su alcance y la función. V. id., p. 389, y más ampliamente, id., pp. 388-409. Para una síntesis de sus ideas fundamentales relativas al pensamiento problemático v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 169-171.

Carácter abierto del sistema

117. Es cierto que la lealtad no ha sido clara y expresamente reconocido por nuestra jurisprudencia como un principio que ordena el conflicto de intereses en la relación gestora. Sin embargo, una de las propiedades del ordenamiento como sistema jurídico consiste en su apertura o carácter no cerrado, su capacidad de evolución y de modificación. Esa capacidad de transformación permite el reconocimiento de nuevos principios, sin que el sistema pierda su unidad de sentido.[267] El ordenamiento jurídico es susceptible de su desarrollo de forma que a partir del debate jurídico y científico pueden tener validez nuevas ideas de forma que el sistema vaya incorporando nuevos principios.[268] En este sentido, el desarrollo del deber de cuidado y del deber de lealtad en el ámbito del Derecho de sociedades ha surgido con independencia de la ingerencia del legislador.[269] Unas veces, el principio se obtiene por inducción a partir del derecho positivo, a través de la analogía *iuris*.[270] En otras, el principio no requiere un apoyo exclusivo en las valoraciones de la ley.[271] En efecto, el fundamento de validez de un principio puede descansar en la ley o en el derecho consuetudinario, pero también en criterios extrapositivos tales como los que se deducen de la propia naturaleza de un instituto o fenómeno jurídico.[272] Este es el caso de instituciones o relaciones

[267] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 72-3. Sobre la idea de sistema abierto, v. ampliamente, id., pp. 71-83 y LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 169 ss., 171 ss., 174, 284, 370, 467, 478 ss., 481.

Reformulando los planteamientos de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 10, 69-70, 211-2, 340-66, 300-409, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 419, describe un itinerario relativo a las fases para la formulación o configuración de un principio o para su aplicación a un nuevo ámbito no previsto anteriormente. (1) Cuando los principios no están positivizados irrumpen en el pensamiento jurídico al ser descubiertos, esto es, formulados, por la doctrina o por un tribunal, normalmente en relación a algún caso paradigmático. (2) Su reconocimiento general se va ligado a su fuerza de convicción. (3) A ello contribuye la comprobación de que a pesar de ser desconocidos ya han servido de base a la jurisprudencia de los tribunales anteriores. (4) Su afirmación también depende de su compatibilidad con los principios ya reconocidos, (5) su esclarecimiento mediante casos paradigmáticos, (6) la delimitación de su alcance en relación con otros principios y (7) con la regulación positiva, (8) su concreción respecto a grupos de casos y (9) su plasmación en una doctrina bien estructurada.

[268] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 73.

[269] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 78.

[270] V. Cap. 1º, núms. 106-108.

[271] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 78-9. Sin embargo, en la medida que en nuestro ordenamiento el Derecho judicial no puede ser fuente de Derecho, el reconocimiento por parte de los tribunales de un principio debe ajustarse a un fundamento o criterio de validez ubicado fuera del fallo judicial que debe ser acorde con las fuentes del ordenamiento. V. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 80.

[272] Sobre el desarrollo del Derecho atendiendo a la "naturaleza de la cosa", v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 150-1, 173, 332, 374, 385, 414-8, 464-5, quien se basa en buena parte en el planteamiento de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 10, 72-3, 130, 425. Señala este autor (id. p. 130 que el recurso a la naturaleza de la cosa permite situar un principio jurídico desde su valor prejurídico dentro del marco del pensamiento institucional. «Aquí la cualidad jurídica no es deducida del resultado, y aun menos de la fuerza legitimadora de un hecho dogmáticamente adherido a un supuesto, ni de una premisa mayor de la axiomática lógica, sino exclusivamente de la misión ordenadora atribuida a una determinada institución». «En este campo los fines de las instituciones positivas están fijados y tecnificados de tal suerte, que en apariencia no tenemos ya que acudir al ámbito de intereses prejurídicos para hacer nuestras valoraciones, y mucho menos sacar consecuencias de las cualidades "naturales" (en sentido empírico) de la cosa: pues, en el mundo del derecho ¿cómo vamos a distinguir lo que es natural de lo que es artificial? Y sin embargo, en toda interpretación, como Heck nos ha enseñado se hace necesario remontar a la finalidad general

jurídicas que precisan ciertas reglas para cumplir los fines propios para los que se han creado.[273]

Naturaleza gestora del deber

118. Precisamente la posibilidad de acudir a la naturaleza de la institución como medio de afirmar nuevos principios o de consolidar otros que no han tenido un reconocimiento expreso es lo que permite saber qué es lo que justifica la aplicación del principio de la buena fe como fundamento del deber de lealtad. El argumento que consiente resolver esta cuestión reside en el siguiente planteamiento. Aunque el ordenamiento no ha regulado la relación gestora como un tipo normativo estructural, su reconstrucción basada en los aspectos tipológicos esenciales, permite describir un tipo empírico de relación jurídica gestora.[274] Atendiendo a la causa y función de esta relación se deduce que toda obligación gestora comporta un deber de lealtad como medio de tutela del principal en el cumplimiento de los fines gestores cuando el gestor actúe en conflicto de intereses.

119. En este sentido, la ausencia de regulación legal del deber de lealtad puede integrarse a través del principio general de la buena fe en la medida que el principio es de aplicación a todo el ámbito obligatorio y su contenido puede obtenerse a través del recurso a la naturaleza de la obligación gestora. Es decir, si el deber de lealtad es un elemento esencial de la relación de gestión que, sin embargo, no ha sido objeto de regulación, el contenido obligatorio del mismo viene fundamentado por las exigencias de la buena fe sobre la base de que el contenido de justicia material del principio, la tutela del principal, cuya determinación deriva de la propia naturaleza del negocio gestor. La relación entre buena fe y lealtad resulta así de la especialidad o concreción de la segunda para un determinado supuesto, el conflicto de intereses en la gestión.

Funciones informadora e integradora

120. Una vez que ha sido ubicado el deber de lealtad en su contexto general y asegurado el fundamento o fuente normativa a través de la buena fe, puede apuntarse la doble función que el principio cumple dentro del sistema.[275] En primer

---

(“natural”) de una institución, más allá de su estructura dogmática, pues sólo desde allí... resulta posible resolver los problemas concretos. En apariencia, empero, la argumentación no rebasa el marco del contenido legal dado, mas lo que en verdad hace es transformar en derecho positivo juicios que no es posible deducir de las fuentes formales».

Cfr. con la opinión crítica de KELSEN, H., *Teoría de las normas*, México DF: Trillas (1994) 129, para quien todo puede ser justificado con la “naturaleza de la cosa”; apud, GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 124, y más ampliamente, pp. 121-7, y GARCIA FIGUEROA, “Contra el sistema por sistema”, RDP (1999) 852. V. id., pp. 853-4. En relación a la naturaleza de la cosa, v. la referencia bibliográfica mencionada en ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (2001) 230, nota 315, y en ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 72, nota 180.

[273] Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 414, que «ciertas instituciones, creadas y usadas por los hombres, precisa, cuando y mientras existan, ciertas reglas, si es que han de cumplir su fin y funcionar de acuerdo con él». En esta línea de pensamiento, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 132-4, entiende que se puede hablar de «“principios institucionales”, en la medida en que los criterios de la naturaleza de la cosa y de la función de una institución hagan aparecer como necesarios determinados principios en el sistema jurídico dado». Un principio institucional encierra una serie de consecuencias materiales y no se trata de una técnica de organización o de un concepto sino de un contendio determinado por los fines y cuestiones concretas que requiere la realidad de la institución.

[274] V. Cap. 3º.

[275] Es común en la doctrina señalar que los principios jurídicos desarrollan las funciones fundamentadora, interpretativa e integradora. V. DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984)

lugar, presta servicio a la interpretación de aquellas normas reguladoras de casos conflictuales particulares.[276] En este sentido, el principio de la lealtad del gestor establece los límites de la aplicación extensiva y restrictiva de los preceptos regulados y recoge el marco implícito teleológico o del valor subyacente que ordena toda la regulación conflictual.

121. En segundo lugar, la lealtad como principio desarrolla su función integradora dirigida a completar la ley en los supuestos ausentes de norma aplicable al caso.[277] A través de la integración principial, el conjunto de supuestos conflictuales, estén o no regulados, reciben, bajo una unidad de valoración recogida en el principio, un mismo tratamiento general para todo el ámbito de supuestos gestores conflictuales.

Eficacia del principio

122. En la medida que el principio de lealtad del gestor resulta apto para la integración jurídica, cumple una función de norma jurídica, del que derivan los tres efectos esenciales de toda norma.[278] La consecuencia primaria consiste en el deber jurídico de cumplimiento o exigencia de observar una determinada conducta.[279]

427-9; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 148-149; BELADIEZ*, Los principios jurídicos* (1994) 94; GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5101. Sin embargo, en base a la acogida legal de los principios en el art. 1.4 del CC, a tenor del cual «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», las tres funciones se entienden condensada en dos: «su aplicación en defecto de ley y de costumbre y su carácter informador del ordenamiento jurídico», DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 10. En este doble sentido, v. también, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 418, 465; PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas* (1992) 155.

[276] Señala DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 10, que el carácter informador del principio, reflejado en el art.1.4 CC, debe entenderse como «una manera de aplicarlos», pues siguiendo a De Castro, «los principios son criterios orientadores de la labor interpretativa, que señalan el método de interpretación que se debe seguir y la fórmula interpretativa que se debe decir». Al referirse a las funciones de los principios generales del Derecho, DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993) 214, señala que, en ocasiones, «[t]ambién la determinación del verdadero alcance, sentido y significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal solamente puede hacerse… acudiendo a criterios extralegales». V. PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas* (1992) 155-8.

V. GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5100. La fuerza expansiva del principio ha sido formulada con mayor vigor al señalarse que los principios jurídicos más que meros criterios interpretativos son prescripciones interpretativas. BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 110-11, afirma que la «consecuencia práctica que se deriva de atribuir esta fuerza de obligar a la 'función interpretativa' es... que el intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquel que sea más acorde con los principios generales del Derecho; obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado». Sobre la interpretación sistemática, v. también, CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 104-8, 132-4, y, en general, sobre la interpretación de las leyes, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 308-58.

[277] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 109-111. V. también, PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas* (1992) 159-60; BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 111-113, GORDILLO, Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5102.

[278] En términos generales, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 190 ss. Estos autores (id., p. 144) entienden que los principios generales del Derecho «[s]on auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta».

[279] DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 191. Para BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 84, el principio establece un deber de respeto del valor que incorpora, de forma que el mandato jurídico «se traduce en la imposición de deber genérico de carácter negativo que

Con ello quedaría fundamentado el deber negativo o de omisión del gestor de actuar en contra de los intereses del principal; en sentido positivo, ello se corresponde con el deber de actuar en interés del principal.[280]

123. En segundo lugar, el principio despliega una eficacia constitutiva, a través de la cual se desenvuelve la función fundamentadora del contenido normativo mínimo propio del deber de lealtad, tanto en lo que hace al mandato de *disclosure* como en lo referente a la prohibición de actuar en conflicto.[281]

124. En tercer lugar, el principio desarrolla una eficacia sancionadora como consecuencia derivada de la realización de un acto ilícito desleal.[282] Este efecto está sujeto a determinados límites generales. De un lado, el principio no puede fundamentar una pena civil por la exigencia de su determinación legal y, de otro, el principio no ampara la sanción de ejecución forzosa, en virtud de que el contenido de la lealtad se configura como una obligación de hacer, en cuyo caso se plantea únicamente el eventual ejercicio de la acción inhibitoria.[283] De lo anterior se deduce que el efecto sancionador derivado del principio debe acomodarse a los criterios de validez o eficacia de los actos o negocios ejecutados y a la exigencia de responsabilidad civil del gestor desleal.[284]

---

prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado». El deber de respeto se concreta o actúa instaurando los límites según los cuales un sujeto ejercita derechos subjetivos, potestades o deberes, sean unos y otros, de origen legal o negocial.

[280] V. Cap. 4º, núm. 23.

[281] Sobre la atribución normativa de determinados poderes y la imposición de deberes y prohibiciones en virtud de la eficacia constitutiva, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, Sistema, I (1995) 207-19. En particular, DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 10, indica que las proposiciones jurídica principales permiten deducir normas concretas.

Cfr. con BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 84, para quien «[a] diferencia de las demás fuentes del Derecho, los principios no constituyen título jurídico suficiente para crear ningún tipo de obligación ni, por tanto, para otorgar derechos subjetivos típicos o activos». El argumento que fundamenta esta idea se basa en razones de naturaleza distinta: por falta de tipicidad previa, por ls exigencia del art. 1098 del CC de que las obligaciones derivan de la ley y del principio de seguridad jurídica. V. id., pp. 84-6.

Sin embargo, no parece que la doctrina comparta plenamente el enunciado formal del art. 1089 CC. Así, LUNA, «Art. 1089 CC», *Comentario del CC*, II (1993) 6, señala que de «[l]a formulación del texto legal... resulta una enumeración rígida, poco congruente y, desde luego, actualmente inapropiada de las fuentes de las obligaciones»; el mismo autor, en relación a la existencia de otras posibles fuentes de las obligaciones, indica que «se han encontrado explicaciones para justificar la existencia de la obligación mediante la aplicación de los principios generales o incluso del mero razonamiento jurídico por argumentación integradora asimilatoria (como en el caso de la obligación indemnizatoria por ruptura injustificada de los tratos preliminares, mediante la consideración de una culpa *in contrahendo* que tendría su expresión en la conducta desacorde con las exigencias de la buena fe y su referencia textual posible, según una línea ya indicada en la STS 29-I-1965, en el art. 1258 CC)» (id, pp. 7-8).

Sobre el contenido del deber de lealtad, v. Cap. 4º, sub. I.2.b).

[282] En general, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 198. Sobre las sanciones derivadas del deber de lealtad, v. Cap. 6º.

[283] En términos generales, sobre la pena civil, como privación de derechos y sanciones, y la ejecución forzosa (arts. 1098 y 1099 CC) , v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 202.

[284] En términos generales, sobre ambos mecanismos sancionatorios, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 202-203. En particular, BELADIEZ, *Los principios jurídicos* (1994) 83, entiende que la sanción por el incumplimiento del mandato incorporado en el principio «no puede ser otro que el establecido con carácter general para los actos que infringen el ordenamiento jurídico: la invalidez (art. 6.3 del Código civil, para los actos jurídicos en general, y los arts. 62 y 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo

Principio en forma de norma jurídica

125. Mientras que la buena fe se sustrae a una definición conceptual, la concretización de la lealtad del gestor permite una definición y una determinación del supuesto general y de su contenido mínimo. En base a ello podemos afirmar que la lealtad del gestor se corresponde a la idea de un principio en forma de norma jurídica.[285]

d) Aproximación tipológica

Modo de operar: concreción

126. Como todo principio, la lealtad presenta como virtud su aplicación a una amplia generalidad de situaciones y desarrolla su modo de operar a través de las siguientes características.[286] Primera, el principio no rige sin excepción y puede entrar en contradicción con otro principio; segunda, el principio no comporta la pretensión de exclusividad; tercera, el principio despliega su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación con otos principios; y cuarta, para su aplicación, el principio requiere de concreción.[287] De particular importancia resulta la necesaria concreción del principio de lealtad. Como tal principio no es susceptible de aplicación inmediata, pues para ello es preciso que se fije en forma de supuesto, tarea para la cual se requieren nuevas valoraciones independientes cuya determinación permite establecer un enunciado susceptible de subsunción. [288]

Común para los actos administrativos». En consonancia con ello, (id., p. 84), los únicos derechos subjetivos derivados de los principios son «los llamados reaccionales o impugnatorios». Sobre la sanción de ineficiacia del negocio, v. Cap. 6º, sub.5.b).

[285] A diferencia de la buena fe o la confianza que son principios abiertos, la lealtad del gestor puede considerarse un principio en forma de norma jurídica, al igual que la libertad contractual, numerosos principios constitucionales como el de “nulla poena sine lege” o el principio de independencia del juez. Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 471, que los principios en *forma de norma jurídica* se caracterizan por «estar condensados en una regla inmediatamente aplicable», ocupando, en cierto modo, una posición intermedia entre los principios abiertos... y las normas jurídicas con supuestos de hecho muy ampliamente concebidos». V. más ampliamente, id, 465-473, y también, pp. 213-214, 218, sobre la idea de que los principios abiertos se sustraen a una definición conceptual.

[286] ATIENZA / MANERO, *Las piezas del Derecho* (1996) 21. En este sentido, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1989) 249, define los principios como «enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales...».

[287] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 61-7, 112-126. Al respecto señala DWORKIN, *Los derechos en serio* (1984) 75, que ni siquiera aquellos principios que «más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas». V. también ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 65-6; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 465. Sobre los principios como normas indeterminadas, v. la visión crítica de PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas* (1992) 34-5 y GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* (1998) 137-58.

[288] CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 66. A través de su concreción, los principios generales pueden generar normas aplicables a supuestos no regulados por la ley y la costumbre. V. DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 5 y 10. «[L]a ‘concretización’ significa la adición de una ulterior determinación, una ampliación del contenido de sentido». A estos efectos resulta «suficiente con que el juez haya agotado todos los medios de concretización de que dispone, con ayuda de reflexiones jurídicas y con que, según ello, su resolución aparezca ‘defendible’». Se entiende como tal aquella resolución en la que hablan en favor de su rectitud sólidas razones y no es demostrable que es equivocada. V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 167, 289-90. En particular, sobre la exigencia de determinación de la cláusula general de la buena fe, v. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (1985) 97.

Subprincipios

127. La configuración del principio consiste en un proceso de graduación que pasa, primero, por encontrar el principio o idea jurídica general que orienta la concreción (la buena fe), en cuyo estadio no existe supuesto de hecho ni consecuencia jurídica; en segundo lugar, se afirma un subprincipio (la lealtad) en una relación jurídica especial (la relación gestora) o sector determinado del ordenamiento.[289] Esta estructura llevada a nuestro caso, se traduce en una interrelación entre el enunciado más general, el principio general del Derecho de la buena fe, y el enunciado de mayor especialidad, el principio de lealtad aplicable a la actividad gestora, articulándose de esta forma, un sistema de principio y subprincipio entre los cuales media un cierto orden jerárquico y armónico.[290]

Reconstrucción tipológica

128. El subprincipio aún necesita de otras reglas para su aplicación a un caso particular. En primer lugar, la concreción de estas reglas pasa por la determinación del supuesto y su ubicación en una concreta realidad (el conflicto de intereses entre gestor y principal). En segundo lugar, es preciso establecer o determinar el contenido de mandato o de prohibición que incluye el principio (prohibición de actuar en conflicto y *disclosure*). Ambas concreciones pueden llevarse a término a través de una continua aproximación tipológica entre el valor contenido en el principio (protección del principal) y la realidad regulada (el conflicto de intereses entre el gestor y el principal).

129. En efecto, la reconstrucción del deber de lealtad puede realizarse, tal como venimos apuntando, acudiendo al tipo estructural de la relación gestora. A falta de un concepto de gestión y de un regulación general de la obligación gestora que delimite el deber de lealtad, el tipo puede servir desde un doble punto de vista.[291]

Señala ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1989) 234, que «[e]l problema de la argumentación a partir de principios no consiste tanto en la justificación de los principios cuanto, mucho más, en que la norma a fundamentar no se sigue por regla general de los principios. Se necesita una concreción de los principios con ayuda de nuevos enunciados normativos».

[289] No todos los principios son fundadores de unidad de todo el ordenamiento jurídico, sino que caben principios que son determinantes en el seno de algunos sectores del ordenamiento, como puede ser el Derecho de obligaciones, el Derecho de cosas, el Derecho de sucesiones, y dentro de cada uno de estos sectores, cabe formar ulteriores subsistemas más pequeños con sus propios principios generales como el sistema de los actos ilícitos, el del enriquecimiento injusto, el de la protección de la confianza. En tales casos, los principios constitutivos del sistema más pequeño encaja, como círculo concéntrico, en el sistema más amplio o más general, de forma que se produce una comunicación de doble sentido. El sistema general se basa en los subsistemas y estos se fundamentan en los principios generales. V. las ideas generales en CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 56-7. Sobre los grados de concretización, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 465-466.

Desde el planteamiento no positivista de DWORKIN, *Los derechos en serio* (1984) *passim*, según el cual las decisiones judiciales están fundamentadas en principios, con la particularidad de que los principios «son proposiciones que describen derechos» y los «argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual» (id., p. 158). En este sentido, el juez tiene el deber, «incluso en los casos difíciles, [de] descubrir cuales son los derechos de las partes» (id., p. 146).

[290] El enunciado más general indica la dirección a los subprincipios a los a los que sirve de base, que a su vez aclara al primero a través de su concreción. Unos y otros se corresponden en una doble dirección: «La formación del “sistema interno” se logra mediante un proceso de “esclarecimiento recíproco”, que nosotros hemos calificado de estructura hermenéutica fundamental del “proceso de comprender” en sentido estricto». V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 466-7.

[291] Como señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 451, «[c]uando el concepto abstracto-general y el sistema lógico de estos conceptos no son suficientes por sí solos

De un lado, permite la reconstrucción de la relación gestora, pues a través de la misma podemos aprehender sus elementos fundamentales, siendo de particular interés, su objeto, causa y función. Desde este núcleo procede la reconstrucción del contenido del deber de lealtad propia de la obligación gestora.

130. De otro, la concreción del principio se cierra a través de la formación de grupos de casos a los cuales se les aplica el deber de lealtad (competencia, aprovechamiento de bienes, contratación, etc.), cuya configuración procede de la determinación de los elementos típicos que dan unidad a cada grupo.[292] Para su agrupación e igual tratamiento es preciso, de nuevo, acudir a los elementos del supuesto general para recoger los rasgos, las circunstancias o características comunes que dan unidad al grupo.[293] Una vez aislados, la comparación resulta más sencilla y permite subclasificar entre supuestos con características semejantes, con mayor o menor afinidad, pero todos relacionados con un mismo valor básico que les da unidad y facilita un modelo de resolución de problemas.[294]

131. De ello se sigue que el proceso de determinación del deber se produce en una doble dirección. El principio se concretiza, por una parte, en una relación de especialidad, articulado de lo general a lo particular que tiende a concretar los principios en subprincipios y estos en reglas más concretas; por otra, en una caracterización o sistematización de casos que pretende obtener rasgos fenomenológicos comunes en un conjunto de supuestos particulares más general que va de lo particular a lo general; es decir, que el grupo de casos debe conectar con una de las reglas jurídicas derivadas de un principio.[295]

---

para aprehender un fenómeno vital o una conexión de sentido en la plenitud del ser o del sentido, entonces se ofrece el "tipo" como forma de pensamiento».Los diferentes tipos usados por la ciencia jurídica -los tipos jurídico-penales, los tipos jurídico-impositivos, los tipos de la Teoría general del Estado, de la Ciencia histórica y de la ciencia comparada del Derecho, y finalmente los tipos jurídico generales, o tipos jurídicos en sentido estricto- sirven a la idea de la concretización; es decir, que el tipo es más concreto que el concepto general.

[292] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 214 se refiere al pensamiento tipológico como a «la formación de grupos de casos y la elaboración de elementos típicos para ellos». Sobre las ventajas que ofrece la ordenación de supuestos en grupos de casos, v. CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (1995) 41.

Un planteamiento inverso al que aquí proponemos parte de los casos particulares y a través del método inductivo construir los principios generales. V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 53-4, cuando señala que «el único método que, a nuestro juicio, puede permitir establecer en concreto el contenido mínimo de los señalados modelos de conducta y, por consiguiente también el contenido del deber de diligencia de los administradores, consiste en inducir de los casos en los que se aplican en concreto los modelos abstractos los principios o elementos que configuran este contenido mínimo, teniendo presentes las circunstancias que por ser inherentes a cada caso no pueden ser objeto de generalización».

[293] Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 287-288: que «ningún caso particular es igual a otro en todos sus aspectos, sin embargo, muchos casos se equiparan a otros en ciertos rasgos y en cierta medida. Como quiera que es un postulado fundamental de justicia que "casos iguales" deben ser tratados igualmente, se trata, ante todo, de conocer qué circunstancias son importantes, y en qué medida, para la valoración aquí exigida (conforme al criterio general)... [S]e puede preguntar... qué circunstancias son aquí en verdad decisivas para el enjuiciamiento».

[294] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 287-8, 418. V. *supra*, núm. 113, los comentarios relativos al pensamiento problemático de la tópica. V. CAp. 5, sub. I.3, los grupos de casos o supuestos típicos estudiados.

[295] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 287En los métodos de comparación de casos y de tipificación el proceso de pensamiento se produce«de una parte desde

Pensamiento tipológico y naturaleza de la cosa

132. De lo anterior observamos que no se trata pues de razonar sobre un concepto, sino de construir un tipo sobre los elementos que lo componen, con la ventaja de que no es necesario que estén todos los elementos que lo componen.[296] Con todo, es preciso que el tipo contenga los elementos esenciales de la institución, pues son ellos los que nos llevan a encontrar se naturaleza.[297]

133. Con ello se pone de manifiesto la relación directa que existe entre el pensamiento tipológico y el análisis relativo a la naturaleza de la cosa.[298] Una vez reconstruido del contenido del deber, estamos en condiciones de ensayar un concepto o definición de lealtad a través de cuyo auxilio opera la subsunción del caso en el supuesto regulado.[299]

---

las ideas jurídicas generales a los casos que han de ser enjuiciados conforme a ellas; y, de otra parte, desde éstos, a través de los casos típicos e ideas jurídicas más especiales, al principio general».

[296] Sobre la distinción entre concepto y tipo y respecto de sus ventajas e inconvenientes v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 210-213. V. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 421, al señalar que «la característica del concepto general es que sus notas afectan a todos los objetos y fenómenos bajo él subsumibles, de tal modo que las notas en cuestión se encuentran *siempre*». En relación a la distinción entre tipo y concepto, GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 55-6, señala que «el tipo presenta carácter "abierto": las notas que lo configuran no constituyen un *numerus clausus*, de manera que sólo pudieran verificarse allí donde se dieran en concreto todas las notas. El concepto *se define*, el tipo se *describe*.... En la medida en que se intente finar el número de notas que constituyen el tipo, éste se hace "cerrado", esto es, se hace de él un concepto».

La formulación del deber de lealtad es más un principio que un concepto, porque aporta una valoración explícita. V. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 59, al señalar que «en el concepto (correctamente formulado) la valoración está implícita, mientras que el principio, por el contrario, la hace explícita, y por ello éste es más apropiado para reflejar la unidad valorativa del derecho».

[297] En este sentido, GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 56, dice que «el tipo no es sólo un instrumento que facilita la aplicación del derecho, sino un instrumento que posibilita el conocimiento de la realidad jurídica. Contiene en sí rasgos determinados que hacen de él un *conjunto dotado de sentido*; es decir, hay algo "esencial" en el tipo, que se reitera en todas las manifestaciones singulares que a él se ordenan. Esta "esencia" se denomina normalmente "*naturaleza de la cosa*". La "esencia", la "naturaleza" de la relación jurídica se manifiesta, encuentra su "estructura" en el tipo. El pensamiento tipológico se orienta precisamente a la naturaleza de la cosa».

[298] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 151; 463-4, indica que el valor congnoscitivo del tipo «radica en que él, a diferencia del concepto abstracto pone en claro y permite conservar la profusión de rasgos particulares en él contenidos precisamente por su unión plena de sentido. En la profusión de estos rasgos particulares se refleja la "naturaleza de la cosa". Pues aquéllos no son otra casa que los especiales aspectos jurídicos de las relaciones interhumanas concretas, continuamente realizadas en la realidad de la vida jurídica. Por eso, como subraya Arthur Kaufmann, "el pensamiento en base a la naturaleza de la cosa es pensamiento tipológico».

[299] Señala CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 59, que «a los principios se debe subordinar un correspondiente sistema de conceptos jurídicos». De forma más explícita, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 172, dice que «[l]a formación del concepto no será ciertamente superflua... Es indispensable para preparar la subsunción y -siguiendo a Canaris- 'por ello, debiera estar coordenado a los principios jurídicos un sistema correspondiente de conceptos jurídicos'. Sólo que no debiera olvidarse que éstos son de naturaleza teleológica y que por ello, en caso de duda, se requiere siempre un retorno a la valoración en ellos contenida, es

Caracterización del tipo

134. De las distintas manifestaciones del tipo que utiliza el pensamiento tipológico, nuestro interés se centra en el *tipo real normativo*. No estamos pues ante un *tipo ideal lógico* por ser este un tipo abstracto producto más del pensamiento que de la realidad empírica, realidad que no pretende reflejar sino superarla a través del modelo ideal propuesto, de tal forma que cumple una función de servir como modelo comparativo.[300]

135. Frente a los tipos ideales, nuestra atención se centra en los tipos reales o empíricos, puesto que éstos son figuras que pueden encontrarse en la realidad y ser confirmados con experiencias.[301] Dentro de esta categoría se encuentra el *tipo de frecuencia*, caracterizado como aquella reacción típica o que cabe esperar en el curso normal.[302] Estos tipos se manifiestan comúnmente cuando el ordenamiento remite a las buenas costumbres, las costumbres del tráfico o al uso de comercio para dar solución a un determinado conflicto a través del comportamiento normalmente esperado.[303] En cada caso o supuesto concreto, la costumbre o el

---

decir, al principio». Sobre la diferencia entre un sistema de principios y un sistema de conceptos, v. más ampliamente, id, págs. 172-173.

[300] Sañala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 453, que el «"tipo ideal lógico", en el sentido de Max Weber, es por cierto derivado también de la experiencia, pero no precisa estar realizado en toda su "pureza" en ningún fenómeno empírico. Es, por tanto, un producto del pensamiento en mayor medida que los tipos hasta ahora considerados, en cuanto que en él se trata de una *representación de un modelo*, que es conseguida sublimando algunos rasgos particulares observados en la realidad y eliminando otros, y es utilizado como módulo comparativo». V. también, id., p. 454; ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 438-40; GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 53. Para una distinción de los llamados tipos empíricos y los tipos ideal-lógicos, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 452-454.

[301] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 452; ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 420. Cfr. con GIL CREMADES, «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 53, para quien el tipo empírico es un prototipo de la realidad, es exclusivamente descriptivo y no debe confundirse con la realidad de la que se abstrae.

Aunque no es algo muy usual, el recurso al tipo empírico no deja de estar presente. V. como ejemplo reciente, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) cuando en relación a las sociedades profesionales se señala que la sociedad profesional «no constituye un tipo legal, sino un tipo empírico, que suele revestir la forma de algunos de los tipos personalistas...».

[302] Se entiende por tipo medio o de frecuencia a «la reacción típica de un hombre o de una multitud de hombres en una determinada situación; o cuando decimos que una cierta situación atmosférica es típica de esta comarca y estación del año. En este caso, la palabra "típico" quiere decir tanto como "lo que es de esperar según el curso normal", "normalmente"». V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 452.

[303] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 454. Interesa destacar la función que puede tener el *uso como modelo de conducta social* cuando la ley remite al mismo, a un tipo de frecuencia, para la determinación de la norma. La expresión subrayada procede de DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984) 400. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.1º (1947) 145,147, 151-166; Id., *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 122, 124-129; DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984) 393, 396-401; OTERO LASTRES, "La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio", RCEA (1984) 11 ss.; DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437-438; ALFARO, "La función de los usos en el Código de comercio" RDM (1992) 419-444; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 382; 336-337; ALFARO, Voz «Usos de comercio», EJB IV (1995) 6763-3640; GORDILLO, Voz: «Usos jurídicos (Dº civil)», EJB, IV (1995) 6765-6767.

uso sirven al juez de estándares o modelos de conducta o de comportamiento reconocidas por la comunidad a las cuales se les da un valor normativo por ser inferidas de la conducta reconocida como típica, con lo cual puede afirmarse que son tipos empíricos medios elevados a norma.[304] El estándar o modelo se convierte así en un patrón o referencia para el juez a la hora de enjuiciar el caso basado en los criterios que le ofrece el tráfico normal.[305]

136. Sin embargo, para la construcción del principio de la lealtad no es preciso acudir a la realidad con el fin de observar el prototipo de conducta que dirija la solución del conflicto. La lealtad no consiste en el modelo de conducta normal del tráfico ante un conflicto de intereses, sino más bien, el modelo de conducta que debe realizarse en el tráfico porque así viene indicado en el contenido jurídico de un principio. El juez no acude al estándar del tráfico normal para que le de el modelo de conducta a aplicar, sino que ese modelo lo encuentra en la norma principial cuyo origen y explicación deriva de las exigencias que determinan la naturaleza del tipo empírico que incorpora el deber. Este tipo empírico consiste en la obligación gestora y a través de la cual se construye y explica el contenido normativo del principio de la lealtad.[306]

137. Por todo ello, la construcción de la lealtad puede hacerse a través de un *tipo real normativo, tipo figura o tipo de la totalidad*. A saber, la lealtad consiste en una propiedad que caracteriza un determinado tipo de relación jurídica, la relación gestora, de forma que toda relación gestora incorpora el deber de lealtad como característica esencial. Sin embargo, la construcción de la relación gestora requiere de otras notas características que sirven de auxilio a la lealtad; estas notas son su objeto, la actuación por cuenta ajena, y su causa, la actuación en interés ajeno. Con estos tres elementos se caracteriza el tipo real gestor en el sentido de dar unidad a un grupo de relaciones a través de una serie de rasgos, que no deben necesariamente encontrarse todos ni en la misma intensidad.[307] El

---

[304] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 454-455.

[305] El término estándar, del anglosajón *standard*, el término, de origen anglosajón, ha sido introducido en nuestros modernos diccionarios. V. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., 1992: voz: "estándar": (Del ing. *standard*.) ad. Dícese de lo que sirve como tipo, norma, patrón o referencia. 2. m. Tipo, modelo, patrón, nivel. En el ámbito jurídico nacional y continental, se viene usando la expresión desde los años veinte, tal como lo prueba el profesor DE CASTRO, *Derecho civil en España* (1984) 400, nota 2, quien prefiere, en cambio, el uso del término modelo de conducta. V. también, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 52-54. V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 454-455 y 459, quien usa el término estándar en relación con el tipo frecuencia, mientras que utiliza el vocablo modelo para los tipos ideal y real normativo; id., pp. 252 y 254. V. también, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 123-4, quien entiende que el estándar consiste en una determinada técnica de formación de normas en ausencia de reglas fijas, lo que viene a representar «el correlato del principio propiamente dicho» (Id., p. 425).

Señala GORDILLO, Voz: «Laguna (Dº Divil)», EJB III (1995) 3913, que no existe laguna legal cuando la ley remite a datos externos para que el juez estime prudentemente su aplicación, pues no se hace necesario completar la norma jurídica.

[306] V. Cap. 3º.

[307] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 452, 455-6, 463. El tipo de la totalidad permite caracterizar ciertas clases de relaciones jurídicas (relación obligatoria que se agota en una única relación de prestación, la relación obligatoria de tracto sucesivo, la relación societaria), de derechos subjetivos (como derechos de personalidad, derechos de dominio, derechos potestativos, derechos de cooperación, y derechos en expectativa), etc. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 459, añade otros tipos tales

tipo así presenta la ventaja de que no es necesario apreciar todas las notas que configuran su concepto.[308]

138. El tipo real normativo enlaza lo jurídico con lo empírico, en la medida que los hechos propios de la realidad social o fenómenos decisivos que pueden confirmarse con experiencias han sido agrupados bajo un criterio de selección de carácter valorativo.[309] Este valor contemplado en los fines normativos del principio, consiste en la protección del principal a través del deber de lealtad. En este sentido, y teniendo en cuenta su carácter valorativo, el tipo también puede afirmarse como modelo.[310]

como «la gestión de negocios, actos ilícitos, enriquecimiento injusto, corporaciones, régimen de bienes con relación al matrimonio, motivos de separación matrimonial, etc...».

[308] Estamos pues ante algo general contemplado íntegramente. Señala LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 453, que el paso del pensamiento conceptual o abstracto al pensamiento tipológico «[c]onsiste en separar de las formas concretas de que se trate, ciertas propiedades generales, relaciones y proporciones, y en designarlas con un nombre. Pero, mientras que el pensamiento en conceptos abstractos consolida tales propiedades en notas distintivas aisladas y de estas notas distintivas forma, por eliminación, conceptos cada vez más generales, el pensamiento mediante tipos mantiene unidas las notas distintivas del tipo y se sirve de ellas únicamente a fin de describir el tipo como una nota distintiva del todo.. Se intenta de este modo, conservar, también en el plano de la aprehensión mental, la totalidad de la imagen dada en la contemplación».

[309] V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 211-212, 456.

[310] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 452.

Capítulo 2º.

Enfoques comparados

I. MODELOS DE NUESTRO ENTORNO

Contraste de modelos

1. Al observar los ordenamientos de nuestro entorno jurídico resulta de interés comparar sus rasgos caracterizadores con los propios del ordenamiento español, a cuyos efectos se desprenden dos órdenes de cuestiones preliminares. En primer lugar, nuestro ordenamiento mantiene en común con aquellos de su entorno el hecho de que, hasta el momento, el principio general que rige el deber de lealtad del administrador no ha sido objeto de tratamiento legal. Sin embargo, la tendencia más reciente indica que los países que aplican el principio general pero no lo regulan legalmente, dirigen su atención a su codificación legal, como sucede en el caso de Inglaterra, o a su concreción doctrinal, tal como ocurre en los Estados Unidos.[311]

2. En segundo lugar, los ordenamientos estudiados contemplan los conflictos de intereses a través de normas que regulan supuestos especiales que contemplan determinados conflictos de intereses que el administrador lleva a término con la sociedad.[312] La existencia de un tratamiento legal para los supuestos conflictuales más comunes ha comportado la presencia de construcciones jurisprudenciales y doctrinales sobre los deberes de los administradores que evolucionan al ritmo de las necesidades de cada época. Sin embargo, la realidad jurídica comparada no presenta un tratamiento uniforme, ni ofrece un único modelo al cual tener como referente. Por ello, la aproximación a los derechos comparados nos lleva al estudio de los mecanismos jurídicos que han venido desarrollando para regular el conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad, que en síntesis, pueden ordenarse desde una doble dimensión: los principios generales y las regulaciones por categorías conflictuales.

Regulación principial

3. En primer lugar, los ordenamientos basan la regulación del conflicto a través de principios jurídicos que vienen a definir y a dar un contenido general al deber de

---

[311] A título de ejemplo v. *infra*, núms. 164-166, el proceso y el proyecto de ley de reforma de la *Companies Act* inglesa con la intención codificadora del deber de lealtad y el principio general previsto en los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.01, que establece que los administradores, altos cargos y socios de control quedan sujetos al deber de lealtad en caso de que estén interesados en un asunto que afecte a la sociedad.

[312] Las regulaciones actuales confirman una tendencia iniciada a finales del siglo diecinueve, que nuestra doctrina ya tuvo en consideración antes de la promulgación de las leyes especiales que regulan las sociedades capitalistas. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1047-8, quien señala que «[a]parte de la prohibición de concurrencia, varias legislaciones imponen a los administradores la obligación de abstenerse de intervenir en negocios u operaciones en las cuales tengan un interés opuesto al de la sociedad. Las normas legales son diversas: unas veces se prohíbe al administrador que tome o conserve un interés directo o indirecto en una empresa o en un negocio realizado con la sociedad o por su cuenta, a menos de estar autorizado por la asamblea general; otras veces se obliga al administrador que tenga un interés contrario al de la sociedad en una determinada operación a comunicarlo así a los demás administradores y a los síndicos, absteniéndose de toda deliberación que afecte a esta operación y haciéndole responsable, en caso contrario, de las pérdidas sufridas por la sociedad».

lealtad del administrador, lo que permite, en mayor o menor medida, ordenar las relaciones internas entre normas especiales y servir de norma de cierre para los casos no regulados. Los sistemas que han seguido este enfoque han ido evolucionando desde un modelo de prohibición absoluta de toda actuación en conflicto hacia un modelo de prohibición relativa o de admisión condicionada al cumplimiento de determinados requisitos procedimentales vinculados a la autorización de determinada categoría de conflicto o de los supuestos individualmente tratados. El ejemplo más claro de este modelo se encuentra en el ámbito de los países anglosajones, que han desarrollado este mecanismo a través de la jurisprudencia del *common law*, si bien los movimientos de reforma legislativa más recientes tienden a su codificación, a través de su incorporación al Derecho positivo.[313]

Regulación por categorías

4. En segundo lugar, todos los ordenamientos analizados establecen una regulación especial a través normas de Derecho de sociedades dirigidas a reglamentar determinadas categorías de conflictos de intereses, dando especial relevancia a la contratación entre el administrador y la sociedad. Entre las formas de regular los conflictos, se distingue entre la prohibición absoluta de una categoría determinada y las autorizaciones orgánicas que sujetan la conducta conflictual al cumplimiento de mecanismos procedimentales, normalmente ligados al cumplimiento de los deberes de *disclosure* y abstención por parte del interesado.

Tipos de conflictos

5. Al particularizar en la configuración normativa de los supuestos regulados se observa, en primer lugar, que las normas de prohibición absoluta sólo se proyectan sobre los créditos y ciertas relaciones de carácter financiero. Su prohibición absoluta se reduce al ordenamiento francés –recientemente, Italia ha derogado su tipificación penal–. Otros países, como el Reino Unido prohíben determinados préstamos y someten a otros a regulación especial. Un tercer grupo de ordenamientos sujetan la concesión de créditos a un régimen de control, tal como ocurre en Alemania o en la mayoría de las legislaciones estatales de los Estados Unidos.

6. En segundo lugar, todos los países estudiados presentan como nota común la regulación especial de la contratación entre el administrador y la sociedad a través de mecanismos procedimentales. Así sucede en Italia, Francia, Bélgica, Alemania, Reino Unido y los Estados Unidos. En tercer lugar, la categoría conflictual relativa a la competencia del administrador con la sociedad es objeto de regulación en unos países, como en Alemania o Italia, mientras que en otros, no sólo no se regula, sino que se tolera con mayor amplitud, como es el caso de los países anglosajones.[314] En cuarto lugar, las oportunidades societarias no han sido objeto de regulación legal en los países estudiados, salvo hasta muy recientemente y sólo por algunos ordenamientos.[315]

Dos sistemas

7. De lo anteriormente dicho se sigue que, más que de modelos de regulación diferenciados, se puede hablar de dos sistemas jurídicos que se enfrentan a un

[313] V. *infra*, núms. 165-166.

[314] V. *infra*, núms. 99-100 (Italia); 113-124 (Alemania); 190 (Reino Unido).

[315] V. *infra*, núms. 67 y 101, en relación al nuevo régimen italiano. V. también, la redacción del art. 127 ter LSA, al hacer referencia en su párrafo 2º a la prohibición de hacer «inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio de su cargo». Aunque limitadas las operaciones sobre los *bienes de la sociedad*, el supuesto incluye casos de oportunidades sociales. V. Cap. 5º, sub. I.3.c).

mismo problema desde perspectivas jurídicas dispares. En efecto, el sistema anglosajón se caracteriza frente al sistema continental por el tratamiento unitario y general que el *common law* ha venido dando al conflicto de intereses a través de los llamados deberes fiduciarios, lo que ha favorecido durante un amplio periodo de tiempo una ordenación más compleja del fenómeno.[316] A su lado, los derechos continentales al no disponer del cuerpo doctrinal ni de una fuente de referencia general, como la propia de las relaciones fiduciarias en el ámbito anglosajón, no han desarrollado hasta muy recientemente el concepto de deber de lealtad, como deber general que permite dar un tratamiento unitario al conjunto de supuestos conflictuales.[317] En el continente, el deber de lealtad ha encontrado su origen a través del deber de diligencia, cuya construcción es aún hoy objeto de controversia y su aplicación busca el referente del representante como paradigma del gestor de asuntos ajenos, incluso en aquellos supuestos en que un determinado conflicto ha sido regulado a través de normas de Derecho de sociedades.[318]

8. En todo caso, aún con tradiciones y estadios de evolución distintos, en ambos sistemas se está produciendo un profundo debate doctrinal y legislativo, tal como lo demuestran los recientes cambios legislativos operados en Francia, Bélgica, Italia y España y en el proceso de reforma que se está produciendo en el Reino Unido, sin olvidar el amplio debate suscitado por los ALI, *Principles of corporate governance* en la doctrina americana y continental.

Derecho comunitario

9. En contraste con lo anterior, el Derecho comunitario no ha seguido el impulso renovador que se está produciendo en buena parte de nuestro entorno jurídico a los efectos de establecer un referente de mínimos para la armonización de esta materia. Tampoco parece que en estos momentos la ordenación del conflicto de intereses sea un tema prioritario, tal como se demuestra del *Informe Winter* (2002), el más reciente documento sobre reforma del Derecho de sociedades impulsado por la Comisión Europea.[319]

10. Además un análisis sobre los instrumentos en los cuales el deber de lealtad podría tener su reflejo reafirma esta idea. De un lado, el *Estatuto de sociedad Europea* (2001) no menciona el deber de lealtad, si bien regula el conflicto de intereses de forma limitada al exigir la autorización por parte del órgano de administración o del órgano de control de las categorías de operaciones que determinen los estatutos de la sociedad o, al menos, aquellas categorías de operaciones que los Estados miembros consideren necesario que figuren en los estatutos.[320]

---

[316] Para comparar los modelos continental y americano, v. GROSSFELD, «Management and control of marketable share companies», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (1971) 50-70.

[317] V. *infra*, núms. 102, 103, 106, 107 (Alemania); 41 (Bélgica); 14, 15 (Francia); 64, 65 (Italia).

[318] En general, sobre el sistema continental v., HOPT, «Directors' Duties to Shareholders, Employees, and Other Creditors: A view from the Continent», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 115-132.

[319] V. Cap. 1º, núm. 65, n. 190, la referencia al *Informe Winter* (2002) relativa al desinterés comunitario en material de la regulación del deber de lealtad.

[320] V. art. 48 del Reglamento 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. En particular, la disposición establece que «1. Los estatutos de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista. No obstante, los Estados miembros podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías

11. De otro, el *Propuesta de Quinta Directiva* (1972), sin referirse al deber de lealtad, se limita a regular el conflicto que se produce respecto de administradores interesados en los negocios de los que la sociedad es parte.[321] En tales casos la Propuesta exige la autorización de aquellos negocios en los cuales los administradores tengan un interés directo o un interés indirecto.[322] En segundo lugar, la propuesta incorpora el deber de *disclosure* y de abstención del interesado en el órgano que apruebe el negocio.[323] En tercer lugar, se exige que la junta general sea informada de las autorizaciones concedidas.[324] Finalmente, la disposición protege a los terceros de buena fe que no tuvieran conocimiento de la ausencia de autorización.[325] Para los conflictos no negociales, tales como los supuestos de competencia y de oportunidades de negocio, la propuesta de directiva no hace referencia directa alguna, hecho por el cual deberán juzgarse a través del deber genérico del administrador de actuar en interés de la sociedad.[326]

---

de operaciones. 2. Los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los estatutos de las SE que estén registradas en su territorio».

[321] V. art. 10 de la Propuesta de Quinta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos. DOCE C 131, 13/13/1972. La Propuesta modificada de Quinta Directiva, fundada en el artículo 54 párrafo 3 punto g) del Tratado CEE, relativa a la estructura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos, DOCE C 240, 9/9/1983, cambia algunos aspectos de la propuesta original previstos en el art. 10 y, al añadir un capítulo separado para el sistema monista, incluye el mismo contenido de la disposición señalada en el art. 21 p).

[322] Art. 10.1 de la *Propuesta de Quinta Directiva*: «Todo negocio en el cual la sociedad sea parte y en el cual uno de los miembros del órgano de dirección o del órgano de vigilancia tenga un interés, aunque sea indirecto, deberá ser autorizado al menos por el órgano de vigilancia». Este apartado no ha sido modificado en la Propuesta modificada de Quinta Directiva de 1993.

[323] Art. 10.2 de la *Propuesta de Quinta Directiva*: «Cuando un miembro del órgano de dirección o del órgano de vigilancia entienda que se dan las condiciones establecidas en el apartado 1 informará de ello a estos dos órganos. El interesado no debe tomar parte ni en la deliberación del órgano de dirección sobre el negocio ni en la deliberación del órgano de vigilancia relativa a la concesión de la autorización contemplada en el párrafo 1». La Propuesta modificada de 1983 introduce en esta apartado el derecho del interesado a ser oído.

[324] Art. 10.3 de la *Propuesta de Quinta Directiva*: «La junta general debe ser informada de las autorizaciones concedidas en virtud del apartado 1». En este punto la Propuesta modificada de 1983 rebaja la exigencia imperativa al referirse a que la «junta general estará informada de las autorizaciones dadas», si bien el contenido final no ofrece cambios significativos.

[325] Según el art. 10.4 de la *Propuesta de Quinta Directiva*, «La ausencia de autorización del órgano de vigilancia o de la irregularidad de la decisión acordando la autorización no es oponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que estos conocían la ausencia de autorización o la irregularidad de la decisión o no podían ignorarlos teniendo en cuenta las circunstancias». La Propuesta modificada de 1983 cambia la redacción sin modificar el contenido del párrafo.

[326] V. arts. 10.a).2 y 21.q).2 de la Propuesta modificada de 1983, según la cual « [t]odos los miembros de los órganos de dirección y de vigilancia ejercerán sus funciones en interés de la sociedad...».

II. ORDENAMIENTOS CONTINENTALES

1. Francia

a) *Introducción*

Planteamiento

12. El derecho francés de sociedades de capital aborda el conflicto de intereses entre administrador y sociedad a través de la regulación de los negocios jurídicos entre ambas partes, estableciendo un régimen de prohibición para las relaciones financieras y un procedimiento de control para los demás negocios.[327] El régimen jurídico más completo está previsto para las sociedades anónimas, aplicable también a la sociedad comanditaria por acciones, en cuyo contenido obligatorio se sujeta a los administradores a obligaciones de *disclosure* y de abstención de votar en el procedimiento de control de la contratación.[328] Para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad por acciones simplificada se mantienen las exigencias previstas para las anónimas en relación a la prohibición de créditos y garantías, mientras que se flexibilizan las consecuencias previstas para la contratación interesada.[329] Además de la contratación, el ordenamiento francés

---

[327] Las disposiciones especiales que regulan la contratación del administrador con la sociedad han estado contenidas hasta hace poco en la Ley núm. 66-537 de 24 julio de 1966, sobre las sociedades comerciales [LSCom.]. La *Ordonnance* núm. 2000-912 de 18 de septiembre de 2000, publicó un nuevo Código de comercio en aplicación de la Ley 99-1071 de 6 de diciembre 1999, cuyo libro II reproduce y reemplaza las disposiciones de la Ley de 24 de julio 1966 sobre sociedades comerciales y da una nueva enumeración de las disposiciones citadas [CdC fr.]. Posteriormente, el régimen relativo a la contratación del administrador con la sociedad ha sido objeto de una revisión a través de la Ley 2001-420, de 15 de mayo, relativa a las Nuevas Regulaciones Económicas [LNRE fr. 2001]. Esta disposición, bajo el rótulo "prevención de los conflictos de intereses", en sus arts. 111 y 112, extiende el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a las sociedades dominantes y a los socios que dispongan de un 5 por cien de derechos de voto y exige *disclosure* de las operaciones corrientes concluidas en condiciones normales. Sobre ello, v. *infra,* núms. 22 y 23. Sobre esta evolución reciente v., en general, GUYON., Y., "Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques", *Revue des Soc*. (2001-3) 503-14; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núms. 1371-2 y 3.

En general, v. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, 2001; GUYON, *Droit des affaires*, I, 1998; id., 2001; HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I, 1972; Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 273-290; PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, 1988; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I, 1996 ; id., *Traité de droit commercial*, I.2, 2002; SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 1999. V. además, BALENSI, Y., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*. París, 1975.

[328] V. los arts. 225-38 a 225-43 para el Consejo de Administración (arts.101 a 106 LSCom.) y arts. 225-86 a 225-91 CdC fr. para el directorio y del consejo de supervisión (arts. 143 a 149 LSCom.). Por su contenido análogo y por ser la estructura de administración afín a la de nuestro ordenamiento, a continuación nos referimos al sistema monista. Para el sistema dualista, v. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núms. 1150-1152. Sobre la sociedad comanditaria por acciones, v. 216-10 CdC fr. (art. 258 LSCom.) y HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 599.

[329] Sobre la sociedad de responsabilidad limitada, v. arts. 223-19 a 223-21 y 223-23 CdC fr. (50-53 LSCom.); sobre la sociedad por acciones simplificada, v. 227-10 a 227-12 CdC fr. A

sujeta a regulación la remuneración que los administradores reciben de la sociedad.[330]

13. La ordenación legal de los conflictos goza en el Derecho francés de una larga tradición, pues ya se hacía previsión del supuesto en el artículo 40 de la Ley de 24 de julio de 1867, que fue modificado por la Ley de 4 de marzo de 1943.[331]

14. A pesar de su larga tradición en la regulación de los conflictos, el legislador no ha explicitado la ubicación de su régimen dentro del deber de lealtad del administrador, ni tampoco indica la solución jurídica que merecen otros conflictos de intereses no regulados que puedan ser objeto de tratamiento unitario a través del deber de lealtad. De su parte, la doctrina tradicional remitía al derecho común para dar solución a aquellos supuestos que no pueden integrarse entre los casos legalmente regulados.[332]

Reconocimiento de la lealtad

15. Sin embargo, recientemente el deber de lealtad del administrador ha encontrado reconocimiento jurisprudencial lo cual ha favorecido su postulación doctrinal.[333] De su parte, la doctrina ha reflexionado sobre la existencia de un deber de lealtad, de

---

excepción de los contratos de préstamos y de garantía, cuyo régimen es análogo al de las sociedades anónimas, la particularidad más relevante de las normas que regulan la contratación del administrador con la sociedad limitada, frente a la anónima, reside en que en las disposiciones relativas a las sociedades limitadas no se hace previsión de la acción para declarar la nulidad de los contratos que no han sido previamente aprobados por la sociedad. V. sobre ello, HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núms. 414-416 y 458; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I (1996) núms. 964 y 977.

[330] V. en particular arts. 225-44 a 225-47 y 225-53; 225-83 y 225-84 CdC fr. (arts. 107, 108, 109, 110.1 y 115 LSCom. fr.). V. art. 116 de la LNRE fr. 2001, que introduce una nueva disposición, la 225-102-1, que establece un nuevo régimen de publicidad de las remuneraciones y ventajas obtenidas por los administradores durante el ejercicio social. V. GUYON., Y., "Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques", *Revue des Soc*. (2001-3) 513.

[331] La primera de estas disposiciones decía lo siguiente: «Se prohíbe a los administradores obtener o conservar un interés directo o indirecto en una empresa o en un mercado actuando con la sociedad o por su cuenta, a menos que sea autorizado por la asamblea general». Para una comparación entre el derecho derogado por la Ley de 1966 y la reglamentación prevista en esa disposición, v. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) *passim*. De su parte, cierta doctrina no aceptó de buen grado el régimen de control y prohibición relativo a los contratos incorporado en la Ley de 1943. Así, RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (1951) 297, señala que aún cuando ha existido un cierto abuso en este ámbito, se ha exagerado sobre ello y, de otro lado, no se tiene en cuenta por los administradores, quien considera que las reglas rígidas jamás han impedido las actuaciones deshonestas y más bien molestan a las relaciones útiles.

[332] V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1011.

[333] Señala SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 19 que el deber de lealtad del administrador hace su aparición en el Derecho de sociedades por la sentencia de la sala comercial de la *Cour de cassation* de 27 de febrero de 1996 [*Bull. des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, IV, núm. 65]. El autor cita el Informe anual de citado tribunal dónde se señala que el deber de lealtad, aún cuando no reflejado en los textos legales, es un «principio [que] se deriva de la obligación de mandatarios sociales actuar conforme al interés social y respetando la igualdad de tratamiento entre los socios». Con posterioridad a la mencionada fecha, el Tribunal de casación decide en base al deber de lealtad (Cass. 24 de febrero de 1998). Según Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 275, en ambas sentencias se desprende que los directivos de empresas están obligados a un deber de lealtad, tanto respecto de los socios, como respecto de la empresa que dirigen. Para una reseña de amas sentencias, v., id., pp. 278-9.

forma que hoy resulta común considerar que los administradores están obligados a un deber general de lealtad.[334] Su tratamiento unitario, autónomo y diferenciado del deber de diligencia es una tarea que se introduce paulatinamente, en la medida que se va acentuando la idea de que los supuestos regulados y su contenido obligatorio son expresión del mencionado deber y que otros conflictos de intereses no regulados también encuentran amparo en el deber de lealtad.[335]

Función de la lealtad

16. La afirmación del deber de lealtad facilita el desarrollo de su función típica; esto es, de completar el Derecho de sociedades generando deberes implícitos que la

[334] Ejemplo de ello resulta la comparación entre la octava edición del manual de GUYON, *Droit des affaires*. I, 1994, con la décima edición correspondiente al año 1998. En la primera, el epígrafe relativo a los derechos y deberes de los administradores de la sociedad anónima (núm. 324) indica que «los administradores deben cumplir sus funciones con diligencia, competencia y buena fe», mientras que en la más reciente ya se introduce el deber de lealtad al señalar que las funciones de los administradores deben cumplirse «con diligencia, competencia, lealtad y buena fe en interés tanto de la sociedad como de sus accionistas». Resulta de interés subrayar que la incorporación del deber de lealtad al derecho de sociedades resulte inmediatamente posterior a la nueva doctrina jurisprudencial sobre el mencionado deber.

Entre quienes admiten el deber de lealtad de los administradores frente a los socios,v. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 19 y *passim*. El autor cita también a DIDIER, *L'entreprise en société*, Paris: PUF, 1997, p. 268: «la ley exige a los mandatarios sociales diligencia y lealtad» [apud, SCHMIDT, id., nota 24]; BARBIERI, J.F., *Revue des Soc*., 1997, p. 549 (nota sobre Cass. Com., 18 marzo 1997); Le CANNU, P., *Revue des Soc.*, 1997, p. 970 (nota sobre Cass. 3èm civ., 18 junio 1997) [apud, SCHMIDT, id., nota 26]. Otros autores ya dan una definición del deber de lealtad en Derecho de sociedades. Así, Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 283, define el deber «como la obligación, dirigida a los directivos de sociedades (y probablemente, a los socios mayoritarios), de no utilizar sus poderes o las informaciones de que son titulares... en un interés estrictamente personal y... contra el interés de la sociedad o de los socios».

[335] Al analizar la doctrina reciente, se observa una paulatina clarificación de la ubicación del deber de lealtad y de la determinación de su contenido. Por ejemplo, si tomamos en consideración la obra de GUYON, *Droit des affaires,* I, observamos que en la edición de 2001, el autor justifica la intervención legislativa sobre las relaciones contractuales en la búsqueda del equilibrio contractual y de *la lealtad* se impone en el Derecho de sociedades «porque el directivo está dividido entre su interés personal y los deberes de su cargo», de forma que son necesarias determinadas precauciones para neutralizar el conflicto de intereses (Id., núm. 419). Siguiendo en este mismo autor, a partir de la edición de 1998, (id., núm. 324), determina las obligaciones derivadas del deber de lealtad al señalar que los administradores están obligados a «comunicar al consejo aquellos negocios que concluyan, directa o indirectamente, con la sociedad que administran y más generalmente quedan obligados a abstenerse de aprovechar su posición dominante en caso de conflicto de intereses entre su interés personal y el interés de la sociedad». Añade además otros deberes, tales como el de no utilizar informaciones confidenciales para fines personales, de no hacer la competencia o no utilizar para los fines personales los bienes y el crédito de la sociedad. Sin embargo, el autor aún no precisa el deber general que les da fundamento al contextualizar tales contenidos dentro de los deberes de diligencia, lealtad y buena fe. Con todo, puede observarse la evolución seguida en esa obra, comparando el mencionado contenido con el propio de la edición del año 1994, dónde no se hace referencia a las obligaciones de *disclosure* ni al principio general relativo al deber de abstención de actuar en conflicto.

Otras obras recientes, como la de SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núms. 12 y 19, apuntan directamente que el deber de *disclosure*, que impone la revelación del conflicto de intereses, encuentra su fundamento general en el deber de lealtad, deber que se justifica por la misión de los administradores de «representar los intereses de todos los accionistas». Sobre el deber de lealtad y el deber de abstención, v. id., núms. 61 a 63. V. también, Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 280.

legislación especial no ha previsto expresamente.[336] El contenido de deberes que derivan de la lealtad vendría presidido por las mismas reglas que se encuentran en el derecho común: el deber de *disclosure* y la prohibición de actuar en conflicto abusando de su posición.[337] En el sentido indicado, el deber de lealtad del administrador resulta una adaptación al Derecho de sociedades del deber de lealtad atribuido a todo mandatario.[338]

b) Operaciones prohibidas: las relaciones financieras y laborales

Régimen 17. Los créditos y garantías que la sociedad otorgue al administrador están sujetos a un régimen de prohibición absoluta y su infracción determina la nulidad del contrato.[339] La interdicción va dirigida a los administradores personas físicas,

[336] V. Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 285, al señalar que «el deber de lealtad es principalmente un remedio a la especialidad de la ley. Es útil, como en derecho común, porque genera deberes implícitos cuya sanción no ha sido expresamente prevista por el legislador».

[337] Al respecto, Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 383, entiende que en derecho general y el de sociedades aplican unas mismas reglas. En «la teoría general, la obligación de lealtad comporta esencialmente dos deberes: el deber de informar a la parte concontratante (no retener una información esencial); y la obligación... de no abusar de su estatuto, de su autoridad o de su poder cuando ha generado la confianza de la parte contraria». Mientras el Derecho de sociedades, los dirigentes tienen la obligación de no engañar a los socios (reticencia dolosa); de no usar los bienes o del crédito de la sociedad en contra de interés social y a favor de su interés personal; además si se trata de una sociedad cotizada, el dirigente tiene la obligación de no utilizar información privilegiada en su interés personal. En particular, en relación al deber de informar, «los dirigentes de las sociedades tiene la obligación de revelar todo conflicto de intereses o toda relación interesada que le coloque en oposición a los socios o a la empresa que dirigen, en ocasión de la conclusión de actos o de operaciones que les conciernen», ya sea directa o indirectamente (id, p. 284).

[338] Señala Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 273, que hace ya tiempo que se reconoce el deber de lealtad en la teoría general de las obligaciones. En particular, el deber se aplica a las situaciones en las que se produce un conflicto de intereses y el interesado debe actuar imparcialmente: «cuando una persona usa su influencia o sus relaciones para favorecer intereses particulares, y sobre todo los suyos propios, en detrimento del interés del otro, cuando aquel se encontraba en una posición "que le obliga a actuar imparcialmente o a servir a los intereses que traiciona"». En el Derecho común, los mandatarios quedan obligados al deber de lealtad en tanto que deben actuar por cuenta y en interés del mandante lo cual les prohíbe ejercitar sus poderes para sus intereses personales; el deber de lealtad es aplicable a todos los mandatarios y no sólo a los directivos de sociedades (id., p. 282).

V. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 34, nota 20, que reseña la Sentencia de la sala comercial de la *Cour de cassation* de 17 de marzo de 1998 a propósito de un agente comercial mandatario sujeto «a la obligación general de lealtad impuesta a todo mandatario en relación a su mandante». El autor señala que el derecho común contiene múltiples aplicaciones del deber de lealtad, cuya jurisprudencia abarca los contratos de agencia, concesión, préstamos, seguros y recientemente el ámbito del derecho bursátil (id., nota 23).

Sobre el deber de lealtad del mandatario, v. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núms. 172 a 230. El autor señala que el deber de lealtad es propio de todos aquellos sujetos que disponen de un poder de actuar por cuenta de otro, tal como es el caso del mandatario, el tutor o el órgano de una persona jurídica. Su fundamento se encuentra en la titularidad de poderes para realizar actos por cuenta de otro. Es esta función específica le corresponde la obligación específica del deber de lealtad.

[339] Según el art. 225-43.I CdC fr. (art. 106.I LSCom), «[b]ajo pena de nulidad del contrato, está prohibido a los administradores que no sean personas jurídicas suscribir préstamos con la sociedad, sea cual fuere su forma, ni hacerse consentir por la misma un descubierto, en cuenta corriente o de otro modo, así como hacerse afianzar o avalar por la misma sus obligaciones frente a terceros». Las relaciones de esta naturaleza ya estaban prohibidas en la anterior legislación (art.

extendiéndose a los familiares próximos, como a los ascendientes, los descendientes y el cónyuge del administrador, a los directores generales y representantes permanentes y a toda persona interpuesta.[340]

18. La ley excluye expresamente de su aplicación a los administradores que sean personas jurídicas.[341] La norma se aplica restrictivamente, por lo que no se extiende a las relaciones entre sociedades con dirigentes comunes, ni a los préstamos que el administrador conceda a la sociedad.[342]

19. La prohibición recae en la contratación de préstamos, la cobertura de descubiertos, las fianzas y los avales que la sociedad otorgue al interesado.[343] La norma no se aplica a las operaciones corrientes concluidas en circunstancias normales que se

---

40.5 de las leyes de 1867 y de 1943). La jurisprudencia ha establecido que la nulidad tiene carácter absoluto. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651. Sin embargo, existen opiniones en favor de la nulidad relativa; así, GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 422. Algunos autores entienden que puede oponerse a los terceros, salvo que éstos sean de buena fe; en este sentido, v. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 722. Todo interesado está legitimado a ejercer la acción de nulidad. Además del régimen civil, el uso abusivo del crédito social constituye un tipo penal (art. 242-6 CdC fr.). V. *infra*, núm. 37.

[340] Según el art. 225-43.III CdC fr. (art. 106.III LSCom), «[l]a misma prohibición se aplicará al director general o a los directores generales delegados y a los representantes permanentes de las personas jurídicas administradores. La prohibición se aplicará igualmente al cónyuge, ascendientes y descendientes de las personas citadas en el presente artículo, así como a toda persona interpuesta». Al respecto señala HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1013, que la indicación expresa relativa a los familiares evita la prueba de la interposición que sigue siendo necesaria en la hipótesis de un crédito a una persona jurídica. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651.

[341] El hecho de que la prohibición no se aplique a los administradores personas jurídicas va dirigido a no poner obstáculos a las operaciones entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo. V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1013; SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 312 (ello ilustra la dependencia de las sociedades dominadas y la relatividad de su autonomía patrimonial); GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 422 (la ayuda financiera entre sociedades con dirigentes comunes es lícita y de esta manera se evita el recurso a la financiación bancaria); V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651. Sin embargo, el no sometimiento del supuesto a prohibición no impide que quede sujeto al procedimiento de autorización; v. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 723.

[342] La disposición pone de manifiesto los propios límites de la prohibición. Además de los préstamos a las personas jurídicas, quedan fuera de la prohibición los créditos y garantías que el administrador pueda conceder a la sociedad. La prohibición tampoco integra a los préstamos o garantías que la sociedad consienta a favor de una sociedad de la cual el administrador tenga intereses o se plantee un conflicto funcional, (que sea socio personalista o mayoritario, administrador, etc.) salvo que se pruebe que existe interposición de persona. En ambos casos los contratos no están prohibidos, si bien quedan sujetos a autorización previa en virtud del art. 225-38.III CdC fr.; v. infra. V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1014; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651.

[343] V. *supra,* art. 225-43.I CdC fr. V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1013, que al precisar el ámbito objetivo, destacan un triple aspecto. Primero, que todo contrato de préstamo está prohibido, sea éste de uso o de consumo sobre cosas fungibles, y en particular el préstamo de dinero. En segundo lugar, las relación de cuenta corriente con la sociedad no queda prohibida, si bien su posición no debe ser deudora. Finalmente, que la prohibición de los descubiertos consentidos tiende a evitar los pagos por la sociedad de deudas personales del administrador. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651

desenvuelvan en establecimientos de crédito.[344]

20. Además de las relaciones financieras antes citadas, también están prohibidos, con ciertas excepciones, los contratos de trabajo concluidos entre la sociedad y un administrador en funciones.[345]

c) Operaciones sujetas a control: ámbito de aplicación

21. Aquellos negocios jurídicos que relacionan el administrador con la sociedad que no se integran en la prohibición anterior quedan sometidos a un procedimiento de control orgánico presidido por los principios de *disclosure* y autorización previa del negocio interesado.[346]

---

[344] Según el art. 225-43.II CdC fr. (art. 106.II LSCom), «(...) si la sociedad explota un establecimiento bancario o financiero, esta prohibición no se aplicará a las operaciones corrientes de este comercio concertadas en condiciones normales». Como señala GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 422, estaría injustificado tratar con peores condiciones a los administradores que a los terceros. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1651.

Esta materia plantea la cuestión de saber si los contratos admitidos en virtud de la disposición anterior deben ser objeto del procedimiento de control previsto para las relaciones contractuales interesadas, pues el hecho de no estar prohibidas no significa que estén expresamente autorizadas (v. infra). A estos efectos, HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1016, entienden que la autorización previa no es necesaria.

[345] Según el art. 225-22 CdC fr., modificado por la Ley 420/2001, de 15 de mayo, exige que el contrato de trabajo sea anterior al menos en dos años a su nombramiento de administrador y que corresponda a un empleo efectivo. Cualquier nombramiento realizado contraviniendo las estas disposiciones será nulo. Esta nulidad no conllevará la de los acuerdos en los que haya tomado parte el administrador irregularmente nombrado. Además se restringe el número de administradores vinculados a la sociedad por un contrato laboral, que no podrá sobrepasar el tercio de los administradores en funciones. Sin embargo, los administradores elegidos por los trabajadores, los administradores que representan a los trabajadores accionistas o al fondo de inversión colectiva de la empresa en aplicación del artículo L.225-23 y, en las sociedades anónimas laborales, los representantes de la sociedad cooperativa de mano de obra, no serán tenidos en cuenta para el cómputo del número de administradores vinculados a la sociedad por un contrato laboral. La prohibición no parece que tenga aplicación al consejo de vigilancia; v. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 422. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1645.

[346] La previsión legislativa sobre la contratación en general se encuentra hoy en los arts. 225-38 a 225-42 CdC fr. y tiene sus precedentes en los arts. 101-105 LSCom. y en las Leyes de 4 de marzo de 1942, de 24 de julio de 1867 y de 23 de mayo de 1863. La norma ha seguido una larga evolución que se inicia con la prohibición dirigida a los administradores de realizar cualquier operación interesada con la sociedad, salvo autorización de la junta general (Ley de 23 de mayo de 1963). V. sobre ello, HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1017.

De otro lado, el derecho francés carece de una norma que contemple la autocontratación, ni en la parte general de contratos, ni en la parte relativa a la representación. V. el art. 1596 CC fr., en relación al mandato. Sobre la autocontratación del mandatario, v. PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, *Contrats civils* (1954) núm. 1446, quien señala que el mandatario «no puede hacer uso de su mandato para consentir, en nombre de su mandante, un contrato que obligue a este último con el mismo». El autocontrato no autorizado significa una violación del contrato de mandato; pues el mandatario recibe, por ejemplo, un mandato de venta y no una oferta de venta (id. núm. 1466). En caso de doble mandato o doble representación, «una misma persona puede, en un mismo contrato, ser mandatario de dos contratantes… a condición de que cada uno de los mandantes sea advertido, ya explícitamente, ya por la naturaleza de la profesión del mandatario a quien se dirige (comisionista, agente de cambio)» (id., núm. 1446). V. también, PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núms. 207, 212, 218 (tesis de la extralimintación del poder y sanción de la ineficacia relativa).

Ambito subjetivo

22. El ámbito subjetivo de aplicación de la norma afecta tanto al administrador que contrata con la sociedad como a otras personas que por la posición de influencia que ocupan en la sociedad y el riesgo que crean en caso de conflicto también se someten a control.[347] La noción de administrador interesado ha sido reglamentada de forma amplia.[348] En primer lugar, se entiende interesado al administrador que contrata directamente o a través de persona interpuesta con la sociedad o está indirectamente interesado con el contrato celebrado con la sociedad.[349]

23. El interés indirecto deriva del hecho de que, no siendo parte del negocio, el administrador obtiene un beneficio del contrato, que no ha de ser necesariamente económico.[350] Por ser dificultosa la aplicación práctica de la exigencia de control relativa a los contratos sobre los cuales existe un interés indirecto o que se eluden a través de la interposición de persona, la norma ha determinado diferentes situaciones concretas que quedan sometidas a control sin necesidad de acreditar el interés indirecto o la interposición.[351] Caso particular de conflicto indirecto se produce cuando existiendo vinculaciones funcionales o de control se celebran contratos entre la sociedad y otra empresa de la cual el interesado es

[347] El ámbito de personas sujetas a las obligaciones procedimentales relativas a negocios interesados ha sido ampliado continuamente a lo largo de la historia. La primera de las normas que regulaban este aspecto sólo se refería a los administradores (Ley de 1863); la última reforma prevista en la reciente Ley núm. 2001-420, que modifica el contenido del artículo 225-38 CdC fr., ya no sólo se refiere a los administradores y directores generales (art. 101.I LSCom.) sino que añade los socios y las sociedades dominantes. Según el artículo 225-38.I CdC fr. las personas sujetas a control son las siguientes: «(…) [el] director general, uno de sus directores generales delegados, uno de sus administradores, uno de sus accionistas que disponga de una fracción de derechos de voto superior al 5 por cien o, si se trata de una sociedad accionista, la sociedad que la controle en el sentido del artículo L.233-3...». La mencionada Ley 2001-420 extiende la obligación de autorización previa a los contratos que tengan como parte a accionistas con más de un 5 por cien de derechos de voto y a las sociedades dominantes no sólo a los interesados de la sociedad anónima [arts. 225-38 (sistema monista); arts. 225-86 (sistema dualista)] sino a los interesados de la sociedad comanditaria por acciones (art. 226-109) y a los interesados de la sociedad por acciones simplificada (art. 227-10).

[348] Aún cuando no se dice expresamente, los representantes de las personas jurídicas administradoras de la sociedad están sometidas al mismo régimen que los administradores. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647.

[349] Esta solución hoy prevista en el art. 225-38 CdC fr. venía ya referida en las leyes anteriores (arts. 40 de la Ley de 1867 y de la Ley de 1943; art. 101 LSCom.). Los contratos concluidos a través de persona interpuesta o de aquellos en los que el administrador está indirectamente interesado platean la dificultad de la carga de la prueba, que exige para el que alega la demostración de la interposición o del interés indirecto. En cuanto a la relación de exclusión entre ambos casos se resuelve indicando que la interposición de persona disimula un interés directo, mientras que el interés indirecto aparece cuando el contrato ha sido celebrado por una persona distinta al interesado. V. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 49. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 420, señala que hay interposición de persona cuando el contrato ha sido concluido por un pariente próximo del directivo o por un testaferro (*prête nom*) suyo.

[350] V. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 420. El beneficio puede consistir en la obtención de una comisión, una rebaja o una ventaja de cualquier tipo; v. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1021. El interés indirecto puede ser que el interesado sea accionista dominante de la sociedad cocontratante; v. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647.

[351] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1022.

administrador, directivo, propietario o socio personalista.[352]

24. Finalmente, la norma no determina su ámbito de aplicación en el tiempo, hecho por el cual se afirma que se excluyen aquellos contratos celebrados cuando el administrador aún no ha aceptado el cargo, pero se incluyen aquellos otros celebrados una vez que ya ha finalizado el mandato de administrar.[353]

Ambito objetivo

25. En cuanto a su ámbito objetivo, la norma hace una referencia general a *les conventions* celebradas entre la sociedad y el interesado. La ley no define el concepto de *convention* lo que ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a delimitar su contenido entre los actos negociales de carácter bilateral.[354] En relación a ello, existe controversia respecto del alcance de la norma respecto de las relaciones jurídicas que resultan de la aplicación del estatuto legal de gobierno de la sociedad, en casos como los de remuneración del presidente por el órgano de administración o de concesión a los administradores de determinados derechos aceptados por estos.[355] El supuesto particular de fusión de sociedades con administradores comunes no reúne los requisitos que la harían partícipe del concepto de *convention*, por lo que queda excluida del ámbito de aplicación de la norma.[356]

---

[352] Según el art. 225-38.III CdC fr., «Estarán igualmente sometidos a autorización previa, los contratos concluidos entre una sociedad y una empresa, si el director general, uno de los directores generales delegados o uno de los administradores de la sociedad fuera propietario, socio ilimitadamente responsable, gerente, administrador, miembro del consejo de supervisión o, de modo general, dirigente de dicha empresa». El término empresa incluye tanto las empresas individuales como las sociedades. V. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 420 ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647.

Entre las hipótesis distintas sobre negocios que pueden llevar a término sociedades con administradores comunes, la operación de fusión ha llamado la atención a la doctrina. Sobre ello v. *infra*, núm. 25. Además, según hemos señalado *supra,* el primer párrafo del artículo ahora comentado, por efecto de su modificación por la Ley de 15 de mayo de 2001, no sólo amplía el ámbito de aplicación de la norma al director general, sino que somete a control todo contrato que tenga lugar entre un socio con derechos de voto superior al 5 por cien y la sociedad, sea éste administrador o no. V. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 420; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647.

[353] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1020; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647. Por otra parte, la reglamentación no se aplica al administrador de hecho; v. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 420.

[354] El negocio bilateral excluye tanto a los negocios unilaterales como los actos materiales. En su determinación la doctrina considera que la prórroga de un contrato queda sujeto a control [HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1024], así como su modificación o rescisión [SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 63, nota 63]. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) 421, señala que por *convention* puede entenderse aquellos acuerdos de voluntad dirigidos al nacimiento (contratos) transmisión o extinción de las obligaciones. En un sentido semejante, COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 726.

[355] Cabe incluir aquellas decisiones del Consejo de Administración o del presidente acordando otorgar al administrador un derecho que el acepta [SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 45]. Sin embargo, GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 421 señala que el acuerdo del consejo fijando la remuneración del presidente, del directo general y de los directivos delegados excede del contenido de la norma. En igual dirección, COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 726, que añade al supuesto señalado el otorgamiento de una pensión al administrador cesado.

[356] En particular, se ha debatido en relación a si la fusión es una operación sujeta a control. Se advierte que no se trata de una *convention* en tanto que el proyecto de fusión concluido por los consejos de administración consiste en un acto jurídico que no produce efectos hasta que se han

26. La diversidad de relaciones contractuales que se ubican en este concepto queda limitada, de un lado, por la interdicción de los créditos y garantías, y de otro, por la disposición que excluye el régimen de control a aquellos negocios que cumplan con dos condiciones: que sean operaciones corrientes y que se concluyan en condiciones normales.[357] Por operaciones corrientes se entiende aquellos negocios relativos a la actividad habitual de la sociedad o que la sociedad realiza habitualmente y de forma repetitiva.[358] Lo que se entiende por condiciones normales debe precisarse en comparación con las operaciones con otros clientes en el mismo sector de actividad y con la actividad de otras sociedades que realizan operaciones análogas en un mercado competitivo.[359]

d) Operaciones sujetas a control: procedimiento

27. Las operaciones sujetas a control quedan sometidas a un procedimiento que comporta el cumplimiento de cinco formalidades: el deber de *disclosure* del interesado, la decisión del Consejo de Administración sobre el contrato en cuestión, la comunicación del contrato autorizado a los auditores y la convocatoria de la junta

---

producido las decisiones de las juntas generales, siendo el poder de decisión de los socios. Ello es así aún cuando se reserven ventajas especiales para los administradores. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina han deducido que la operación no está sujeta al procedimiento legal ahora estudiado. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1023; SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 45; Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 286; GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 421; COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 726 ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1980.

[357] El artículo 225-39.I señala que «Las disposiciones del artículo L. 225-38 no serán aplicables a los contratos relativos a operaciones corrientes y concluidas en las condiciones normales». La redacción fue introducida por el art. 102 LSC, pues con anterioridad sólo se hacía previsión de que el control se excluía para «los contratos normales sobre las operaciones de la sociedad con sus clientes». Para una comparación de los dos regímenes, v. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1025 y 1026.

Como señala GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 425, existen determinadas operaciones que parece absurdo someterlas a autorización, de las que cita como ejemplo la adquisición de carburante por parte del administrador en una estación de servicio propiedad de la sociedad que administra. En este sentido, todas las empresas que sirven productos de consumo como minoristas pueden encontrarse en supuestos semejantes.

[358] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1026; SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 48; COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 724; GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 425, añade que la operación debe ser conforme al objeto social ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647.

[359] V. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 724. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1026, señala que «la sociedad no debe tratar al administrador de manera más favorable que a los demás clientes, o más exactamente, que los demás clientes más favorecidos, ya sea por las condiciones del contrato, ya sea por la frecuencia o por la importancia del interés en causa. De ahí que parece admisible que un pedido hecho por un administrador sobrepase un poco el importe habitual...». SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 48, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia actual, señala que las operaciones concluidas en condiciones normales son aquellas que habitualmente practica la sociedad u otras sociedades del mismo ramo de actividad. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 425, dice que son normales las condiciones idénticas a las consentidas a los terceros con la sociedad en las condiciones de un mercado concurrencial. Señala el autor que no se trata sólo de evaluar el precio de mercado, sino también las condiciones generales del contrato (cantidades, plazo de ejecución, garantías, etc.). Tales condiciones deben apreciarse en el momento de la conclusión del contrato y no en el momento de su ejecución.

general, el informe especial de los auditores y la decisión de la junta general.

Deber de *disclosure*

28. El administrador queda sujeto a un deber de *disclosure* desde el momento que tenga conocimiento de la existencia de un contrato en el que mantenga un interés en el sentido anteriormente señalado.[360] En este punto se ha venido planteando si el interesado debe informar respecto de todo contrato en el que mantenga interés, incluyendo los que no están sujetos a control, o si por el contrario sólo debe informar de los contratos que requieren la autorización previa del consejo. Hasta muy recientemente, se venía postulando que el administrador no estaba obligado a comunicar al Consejo la celebración de contratos sobre operaciones corrientes y concluidos en condiciones normales, de tal forma que el propio interesado se otorgaba la decisión sobre la aplicabilidad del procedimiento de control, en vez de hacerlo el órgano de administración.[361] Sin embargo, la reciente reforma sobre prevención de conflictos de intereses contempla el deber de comunicar al presidente del Consejo los contratos sobre operaciones corrientes y concluidas en condiciones normales, quien posteriormente informará a los restantes consejeros y a los auditores de cuentas.[362] Esta disposición se complementa con el derecho de todo socio a recibir información de los contratos señalados, lo cual sólo puede cumplirse si existe una exigencia al interesado para que previamente informe sobre ello.[363]

---

[360] En la redacción dada por la Ley 2001-420, el vigente artículo 225-40.I CdC fr. señala que «El interesado estará obligado a informar al consejo, en cuanto tenga conocimiento de un negocio al que sea aplicable el artículo L.225-38». La obligación de informar al Consejo de Administración fue prevista por primera vez en el art. 103 LSCom. La información debe ser completa e indicar los elementos esenciales del contrato; v. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 728.

[361] V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1028, según el cual el interesado aprecia, en un primer momento, por su cuenta y riesgo, en qué medida se aplica el procedimiento de control. Si se equivoca por creer que el contrato escapa las disposiciones legales, se deducirán las consecuencias previstas para el caso de contratos no autorizados: la eventual nulidad del negocio y la acción de daños y perjuicios. En este mismo sentido, SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 47, señala que quien concluye la convención es quien juzga si debe someterse a la autorización del consejo.

[362] La Ley núm. 2001-420 ha introducido el segundo párrafo del arts. 225-39, según el cual los contratos relativos a operaciones corrientes y concluidas en las condiciones normales «serán comunicados por el interesado al presidente del Consejo de Administración. La lista y el objeto de dichos contratos serán comunicados por el presidente a los miembros del Consejo de Administración y a los auditores de cuentas». Para el sistema dualista, v. art. 225-87; para la sociedad por acciones simplificada, v. 287-11. V. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 724.

Al respecto, GUYON., Y., "Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques", *Revue des Soc*. (2001-3) 511, observa que se trata de «asegurar que las convenciones presentadas por los interesados como corrientes y concluidas en condiciones normales cumplen bien con estas condiciones y pueden ser concluidas sin formalidades particulares», si bien señala que la nueva disposición quedará en «lettre morte». V. la interpretación restrictiva hecha por GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423, que pone en centro de atención de la norma en las casos de interposición de persona y de interés indirecto del administrador. El mismo autor, id., núm. 425, señala que esta formalidad será especialmente gravosa en los establecimientos financieros y en los grupos de sociedades.

[363] En este sentido la Ley núm. 2001-420, de 15 de mayo de 2001, ha introducido la siguiente disposición: artículo L. 225-115: «Todo accionista tendrá derecho, en las condiciones y plazos determinados por decreto adoptado en *Conseil d'Etat*, a obtener información sobre: (...) 6º La lista y el objeto de los contratos correspondientes a operaciones corrientes realizadas en condiciones normales». V. también Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTDC (1999) 280, al referirse a que la sentencia de 27/2/1996 parece

Autorización

29. Una vez que el Consejo de Administración conoce la operación interesada, ésta deberá ser previamente autorizada por el Consejo de Administración.[364] La autorización deberá darse antes de la celebración del contrato y será objeto de una deliberación y acuerdo especial para cada contrato interesado.[365] En la sesión del consejo, el administrador interesado debe abstenerse y, consiguientemente, no puede tomar parte en la votación relativa al acuerdo que se pronuncie sobre un negocio en el que mantiene un interés.[366]

30. Una vez que el Consejo de Administración tenga conocimiento del contrato interesado, se plantean distintas eventualidades, según la conducta del Consejo y el resultado de sus deliberaciones. La hipótesis más sencilla se corresponde con la autorización de la solicitud de contratar con la sociedad, en cuyo caso, el contratante podrá celebrar el contrato y el procedimiento continúa su curso.[367] La segunda posibilidad se plantea cuando el Consejo acuerda no autorizar la operación, hecho que determina el fin del procedimiento de control. Ante esta situación, el interesado puede desistir de contratar o contratar en tales condiciones sometiéndose a los riesgos de una operación no autorizada.[368] En tercer lugar, puede suceder que el Consejo aún cuando esté debidamente informado no se pronuncie sobre la cuestión. Y en cuarto lugar, el Consejo se puede pronunciar señalando que el contrato no ha de quedar sometido al procedimiento de control por ser del género de los *contratos relativos a operaciones corrientes y concluidas en las condiciones normales*. En relación a este último supuesto, se plantea la cuestión de saber si puede considerarse que el interesado esté autorizado para

---

establecer un deber de informar al socio con el que se contrata, pues en la misma, el directivo es condenado «sobre el fundamento del dolo, o de la reticencia dolosa, por no haber dado conocimiento al socio y cocontratante cierta información, que de haberla conocido le habría llevado a no contratar o a hacerlo en condiciones distintas».

[364] Según el artículo 225-38.I CdC fr. todo contratos interesado «(...) deberá ser sometido a la autorización previa del Consejo de Administración», que mantiene la misma redacción que la anteriormente prevista en el art. 101.I LSC fr.

[365] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1029, señala que no es posible autorizar con antelación a un interesado «para que concluya contratos con la sociedad o que concluya determinado tipo de contratos... el consejo debe pronunciarse sobre un contrato determinado». Según GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) 423, la autorización especial para cada convención permite un control efectivo del consejo. Los administradores no pueden consentir individualmente, ni tiene validez la aprobación tácita que resultaría de la ejecución por el Consejo de un contrato no autorizado. V RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1648.

[366] Así lo establece el art. 225-40.I CdC fr., según el cual el interesado «[n]o podrá tomar parte en la votación sobre la autorización solicitada», en igual redacción que la del art. 103.I LSC. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 58 y 59, considera que el interesado no puede votar pero puede participar en la discusión.

El cumplimiento del deber de abstención puede generar determinadas contrariedades prácticas, como puede suceder en el caso de contratos entre sociedades del mismo grupo dónde los consejos de administración de las dos sociedades contratantes están compuestos por los mismos consejeros, en cuyo caso el contrato no podría ser objeto de autorización por ninguno de los dos consejos. Para este supuesto HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1029, postulan que la autorización incumbe a las respectivas junta de accionistas. Cfr. con GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) 423, quien considera que la solución consiste en concluir el contrato y que la junta general confirme el negocio lo más rápidamente posible para la extinción de la acción de anulabilidad.

[367] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1030.

[368] V. *infra*, núms. 37-39.

contratar en el caso de que el Consejo apreciara erróneamente las condiciones que eximen al contrato de la aplicación del procedimiento de control. En ambos casos, la doctrina entiende que no puede hablarse de autorización en el sentido que se refiere la ley.[369]

Comunicación del contrato autorizado

31. La tercera fase del procedimiento de control tiene lugar con la comunicación del contrato autorizado a los auditores y la convocatoria de la junta general para que decida sobre la idoneidad del contrato respecto de los intereses de la sociedad.[370] La persona facultada para comunicar el contrato aprobado a los auditores es el presidente del Consejo de Administración quien debe informar sólo de los contratos autorizados.[371] El presidente deberá informar a los auditores en el plazo de un mes a contar de la fecha de celebración del contrato.[372] Si el contrato se ha autorizado en un ejercicio anterior al corriente y continúa su ejecución durante el último ejercicio, deberá informarse a los auditores de esta situación en el plazo de un mes desde el cierre del ejercicio.[373]

32. En cuanto a la obligación del presidente del Consejo de someter el contrato aprobado por el Consejo a la aprobación de la junta general, que podrá tener carácter ordinaria o extraordinaria. Al no exigirse plazo alguno para su celebración, puede pasar un cierto tiempo entre la conclusión del contrato y su aprobación por la asamblea.

Informe de los auditores

33. La exigencia del informe especial dirigido a los auditores abarca a todos los contratos autorizados por el Consejo de Administración aún cuando no le hayan sido comunicadas por su presidente.[374] En segundo lugar, presenta particular relevancia el contenido de su informe, previsto reglamentariamente, que por su carácter especial, no puede formar parte de un informe más general.[375] En particular, es preciso que el informe incluya los siguientes aspectos: los contratos sometidos a la aprobación de la asamblea; el nombre de los administradores interesados; la naturaleza y el objeto de los contratos; sus modalidades esenciales,

---

[369] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1030.

[370] Art. 225-40 CdC fr., que sigue el contenido del art. 103.II LSCom.

[371] Que el administrador tenga la obligación de comunicar a los auditores los contratos aprobados, no impide que los socios puedan requerir información de otros contratos interesados, como así se desprende de su derecho a solicitar la lista y objeto de los contratos que no han sido aprobados por ser operaciones corrientes; v. *supra*.

[372] Decreto 67-236 LScom., art. 91.1.

[373] Decreto 67-236 LScom., art. 91.2.

[374] El art. 225-40.III CdC fr. establece que «Los auditores de cuentas presentarán un informe especial sobre estos contratos a la junta, quien resolverá en base a dicho informe». V. art. 103 LSCom. y art. 40 de las leyes de 1967 y de 1943. V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1037. Para RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1647, los auditores no solo deben hacer referencia a los contratos que les han sido revelados, sino además deberán mencionar aquellos negocios que descubran y que no han sido objeto de comunicación o de autorización.

GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423, señala que el recurso al informe presenta una doble ventaja respecto de la información directa que resultaría de la comunicación del contrato a los socios. De un lado, facilita la interpretación del contenido y complejidad del contrato a los no iniciados. De otro, el riesgo de que ciertas cláusulas sean conocidas por los competidores y tengan una amplia difusión puede ser cubierto por el secreto profesional del auditor, si bien la independencia y competencia del auditor garantiza una información objetivo sobre el contenido esencial del contrato.

[375] Sobre el contenido del informe de los auditores v. el art. 92 del Decreto 67-236 LScom.

indicando especialmente el precio o tarifas practicadas, las rebajas y comisiones consentidas, los plazos de pago acordados, los intereses estipulados, así como cualquier otra indicación que permita a los accionistas apreciar el interés que se pretendía satisfacer con la conclusión de los contratos.[376] En todo caso, el auditor analiza la situación pero no puede hacer una propuesta de resolución apreciando la oportunidad del contrato.[377]

34. El informe es preceptivo para la aprobación del contrato por la junta general. El acuerdo de la asamblea que autorice un contrato en ausencia del informe especial de los comisarios de cuentas comporta la nulidad del acuerdo, en virtud de la violación de la norma imperativa que ello comporta.[378] El acuerdo nulo de la asamblea tendrá el mismo efecto sobre el contrato que un acuerdo del que no se haya pronunciado la junta general.[379]

Acuerdo de la junta

35. La última fase del procedimiento de control se corresponde con el acuerdo de la junta general, que decide sobre la base del informe de los auditores.[380] El acuerdo de la junta no está pensado como un requisito para la validez del contrato, sino como un mecanismo de información y de control de los negocios interesados.[381] Control que debe realizarse por no interesados, hecho por el cual si el administrador interesado reúne la condición de socio, queda sujeto a un deber de abstención en la votación relativa al acuerdo.[382]

36. En relación a los efectos del acuerdo de la junta sobre el contrato, es de considerar que el acuerdo, sea de aprobación o no del contrato, no desprende efectos frente a terceros y la nulidad del contrato autorizado por la junta sólo se predicará por causa de fraude.[383] Lo más probable es que en el momento en que la junta tome la

[376] La incorporación de indicaciones que permitan a los accionistas apreciar el interés en el contrato concede al auditor un poder de apreciación que debería llevarle a señalar, en particular, la absencia de una cláusula que figura habitualmente en un contrato de este tipo o, por el contrario, la presencia de una estipulación exorbitante. V. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423.

[377] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1038; GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423. Como señala este último autor, salvo que exista un desequilibrio manifiesto, el auditor no puede juzgar si el contrato se ha concluido a un precio normal. La intervención del auditor pronunciándose sobre la oportunidad del contrato significaría una interferencia en la gestión, prohibida por el art. 225-235 CdC fr.

[378] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1039; GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423 ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1649.

[379] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1039; GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423 ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1649.

[380] Art. 225-40.III CdC fr. Cada contrato requiere una resolución particular; v. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1650.

[381] Es por ello que, salvo en caso de fraude, la ausencia de aprobación sólo deriva efectos indemnizatorios en relación al administrador. V. infra.

[382] Art. 225-40.IV CdC fr.: «El interesado no podrá tomar parte en la votación y sus acciones no serán tenidas en cuenta para el cálculo del quórum y de la mayoría». V. *supra*. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423, señala que el interesado no debe tomar parte en los debates precedentes a la votación en la medida que podría ejercer influencia sobre los demás socios.

[383] Así lo indica el art. 225-41.I CdC fr. cuando señala que «Tanto los contratos aprobados por la junta, como los no aprobados, producirán sus efectos con relación a terceros, salvo que sean anulados por fraude». V. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1041; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1650. GUYON, *Droit*

decisión, el contrato ya haya sido ejecutado, puesto que el presidente del Consejo inicia el trámite de comunicación al auditor una vez que el contrato se ha autorizado. En caso de que el contrato no hubiera sido previamente autorizado por el Consejo de Administración, el acuerdo de la asamblea sólo tiene como efecto convalidar el contrato sujeto a una situación de impugnación.[384]

e) Operaciones sujetas a control: sanciones por su incumplimiento

37. Los aspectos civiles del incumplimiento del procedimiento de control se orientan hacia los efectos que sobre el contrato tiene la ausencia de autorización y a las cuestiones indemnizatorios derivadas de la conducta del administrador.[385]

Anulabilidad del negocio

38. Los contratos celebrados sin la autorización del Consejo responden a una diversidad de hipótesis ya sea porque el interesado no ha informado al Consejo, ya sea porque el Consejo debidamente autorizado no ha tomado acuerdo alguno o ha decidido no autorizar el contrato. En tales casos, la sanción prevista reside en dar al contrato una validez claudicante en la medida que queda sujeto al régimen de la anulabilidad, siempre que se acredite que causa un daño a la sociedad.[386] La disposición se aplica tanto a los supuestos de interés directo como a aquellos con interés indirecto (persona interpuesta, empresa participada o administrada, tercero que paga una comisión al administrador, etc.) lo cual afecta a los terceros de

---

des affaires, I (2001) núm. 423, señala que los cocontratantes interesados pueden cuestionar la decisión de la asamblea, en cuyo caso deberá intervenir un experto para valorar objetivamente las prestaciones de las partes y, en su caso, el suplemento de precio que debería aportar el administrador. El fraude puede darse tanto en relación a la conclusión del contrato, como en el procedimiento de aprobación de la asamblea o de autorización del consejo. Sobre el concepto de fraude utilizado por la doctrina y jurisprudencia francesa en caso de abuso de poder del mandatario, v. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núms. 205-206.

[384] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1041.

[385] A continuación señalamos sólo las sanciones civiles, si bien es preciso tener en cuenta la rigurosa regulación penal del conflicto de intereses en el Derecho francés. El CdC fr. en su libro II, título IV, relativo a las “Disposiciones penales” sanciona con cinco años de prisión y una multa de 2.500.000 F. a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 241-3: 4º y 5º CdC fr.) de la sociedad anónima (arts. 242-6: 3º y 4º ; art. 242-30, para el sistema dualista), de la sociedad comanditaria por acciones (art. 243-1 CdC fr.) y de la sociedad por acciones simplificada (art. 244-1 CdC fr.) que realicen alguna de las siguientes conductas: (a) hacer un uso de los bienes o del crédito de la sociedad de mala fe con pleno conocimiento de que es contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad en la que estén interesados directa o indirectamente; (b) hacer uso, de mala fe, de los poderes que poseen o de los votos de los que disponen con pleno conocimiento de que es contrario a los intereses de la sociedad, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o a otra empresa en la que estén directa o indirectamente interesados. V. sobre las sanciones penales SCHMIDT, *Les conflits d’intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 322 y ss. y la bibliografía allí citada; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1757.

[386] Art. 225-42.I CdC fr.: «Sin perjuicio de la responsabilidad del interesado, los contratos citados en el artículo L.225-38 y concluidos sin autorización previa del Consejo de Administración podrán ser anulados si hubiesen tenido consecuencias perjudiciales para la sociedad». Su contenido no modifica el introducido en 1966 por el art. 105.I LSC fr.

Cuando el contrato no ha sido objeto de autorización, el tribunal no se preocupa de la eventual validez del contrato según las reglas generales, sino sólo de apreciar sus consecuencias lesivas. V. la jurisprudencia al respecto en SCHMIDT, *Les conflits d’intérêts dans la société anonyme* (1999) 280, notas 121 y 122; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1648.

buena fe que puedan haber contratado con la sociedad.[387] La acción de nulidad prescribe a los tres años, contados a partir de la fecha del contrato, si bien el plazo empezará a contar desde el día en que se haya tenido conocimiento del contrato, si éste hubiera sido ocultado.[388] Con todo, la sociedad puede ratificar la conducta del administrador a través de un acuerdo de la junta general que confirme el contrato impugnable, previa justificación por los auditores de cuentas de la ausencia del procedimiento y sin la intervención del interesado.[389]

Responsabilidad del administrador

39. La responsabilidad de los administradores se puede ejercitar en distintas hipótesis.[390] En primer lugar, si el contrato ha sido declarado nulo por causa de fraude, aunque la sociedad hubiera autorizado el contrato, la sociedad puede perseguir el patrimonio del administrar en busca de la indemnización por los daños causados.[391] En segundo lugar, la ausencia de autorización por parte del Consejo o de aprobación por parte de la junta –ya sea por no haberse dado la decisión o por haberse procedido en su sentido denegatorio de la autorización o aprobación– el administrador puede ser objeto de una acción de responsabilidad, siempre que su actuación haya causado un daño a la sociedad.[392] De lo anteriormente dicho, se desprende que, con independencia de los negocios fraudulentos, el cumplimiento del procedimiento legalmente previsto, aún cuando sea solo por la convalidación del negocio, tiene efectos positivos sobre el administrador interesado en la medida que le exime de responsabilidad por su conducta.[393]

---

[387] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1031, señalan que la nulidad puede ser contraria, particularmente, a los intereses de las empresas cocontratante, participadas o administradas por el interesado, que siendo de buena fe, no puede hacer proteger los beneficios del contrato frente a los perjuicios que ha sufrido la sociedad administrada por el interesado. La disposición presupone que los terceros están suficientemente informados a través de la la publicidad registral mercantil.

[388] Art. 225-42.II CdC fr. Según HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1031, la corta duración del plazo de prescripción responde a la protección del interés de los terceros.

[389] Así lo dispone el artículo 225-42.III CdC fr. al prever que «La nulidad podrá ser convalidada por una votación de la junta general que decidirá tras el informe especial de los auditores de cuentas en el que se expondrán las circunstancias en razón de las cuales no se habría seguido el procedimiento de autorización. Serán de aplicación las disposiciones del párrafo 4º del artículo L. 225-40». En aplicación de esta última disposición, el administrador no puede tomar parte en la votación y sus acciones no serán tenidas en cuanta para el cálculo del *quorum* y de la mayoría. La norma viene a reproducir el contenido del art. 105.III LSC fr.

V. COZIAN / VIANDIER / DEBOISSY, *Droit des Sociétés* (2001) núm. 729. HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1031, admite que la nulidad puede ser convalidada tanto en los casos en que no ha habido ningún procedimiento de autorización del contrato, como en aquellos otros en que el consejo debidamente informado no ha procedido a su autorización. GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423, señala que no es suficiente una ratificación tácita resultante de la ejecución del contrato.

[390] La responsabilidad por causa de un conflicto de intereses se fundamenta en el incumplimiento del deber de lealtad. V. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) 315, que cita la sentencia de la *Cour de cassation* de 27 de febrero de 1996.

[391] HÉMARD / TERRÉ / MABILAT, *Sociétés commerciales*, I (1972) núm. 1042.

[392] Así lo entiende el art. 225-41.II CdC fr. que señala que en caso el interesado puede ser considerado responsable de las consecuencias perjudiciales frente a la sociedad respecto de los contratos no aprobados por la asamblea. De otro lado, el art. 225-42.I CdC fr. se refiere al supuesto de contratos concluidos sin la autorización previa del Consejo de Administración indicando que pueden ser anulados, «sin perjuicio de la responsabilidad del interesado».

[393] GUYON, *Droit des affaires*, I (2001) núm. 423 ; RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1650. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*

(1999) 280, nota 126, señala que incluso la convalidación del contrato exonera al interesado de toda responsabilidad.

2.
Bélgica

a) Introducción

Evolución 40. El Derecho de sociedades belga ha regulando las operaciones conflictuales llevadas a término entre los administradores y la sociedad administrada en etapas bien diferenciadas. El origen de la disciplina conflictual se encuentra en la previsión que hace en el Código de comercio en 1873. Su evolución tiene carácter reciente, pues el régimen que atañe al conflicto fue modificado en 1991 y, posteriormente se altera su contenido en 1995.[394] Finalmente, la Ley de 2 de agosto de 2002, modifica de nuevo las normas sobre el conflicto y añade otras disposiciones a las ya existentes. El vigente régimen se reproduce en el nuevo articulado del Código de sociedades de 1999.[395]

Ambito 41. El régimen belga se dirige a cualquier operación interesada que practique el administrador, sin limitarse a los actos negociales, ni establecer prohibiciones sobre negocios particulares, tal como hacen otros regímenes al regular los préstamos u otros negocios de cierto riesgo. Su contenido se orienta al control de

[394] La reforma del art. 60 de las *Lois coordonnées* de 1873, posteriormente reformadas en 1935, operada por la Ley de 18 de julio de 1991, *modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition*, se inspira en la concepción anglosajona de los deberes fiduciarios y, en particular, en el art. 8.1 de Model Business Corporation Act. Sobre las referencias a ello en los trabajos preparatorios y en la exposición de motivos de la mencionada Ley de 18 de julio de 1991, v. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 712-3. En lo esencial, el contenido de esta reforma consiste en ampliar el ámbito de aplicación del régimen anterior y establecer la sanción de nulidad de los negocios interesados.

La segunda reforma tiene lugar con la promulgación de la Ley de 13 de abril de 1995, *modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935*. En lo que hace referencia a los conflictos de intereses, de los trabajos parlamentarios se deduce que la reforma tenía como finalidad establecer una reglamentación más flexible y más operativa. V. sobre ello, KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 247. De otro lado, la Ley de 1995 introduce el art. 60 bis (ahora, 534 CdS bel.) que reglamenta determinados conflictos en el ámbito de los grupos de sociedades cotizadas en protección de las minorías y el interés social. V. WYMEERSCH, E., *L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés*, en *Homage à Jacques Heenen*, Bruylant, 1994, p. 634 ; KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *Droit des Sociétés* (1995) 265-76; SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 384-92.

V. EKELMANS, «Conflits d'intérêts - Contrats d'intermédiaires», *Les conflits d'intérêts* (1997) 5-30; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 128-140; HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 185-201; 209-220; KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *Droit des Sociétés: Les lois des 7 et 13 avril 1995* (1995) 247-286 ; ROMAIN, J.F., «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d'intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d'intérêts* (1997) 93-189; SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 369-393 ; TILQUIN, "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne - Evolutions récentes (Deuxième partie)" RDCBel (1993-8) 708-793; VAN OMMESLAGHE *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 1960; VAN OMMESLAGHE / DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales", RCJ (1993) 639; idem (1994) 733.

[395] V. la Ley de 7 mayo 1999 que contiene el Código de sociedades belga (arts. 191; 259-261; 523-524ter, 529; 657) [CdS bel.]. V. AAVV, *Le nouveau Code des sociétés*, Bruselas: Bruylant, 1999.

las operaciones interesadas que afectan a los administradores y los liquidadores de las sociedades de capitales.[396] Para las demás sociedades, los conflictos no han sido reglamentados, hecho por el cual resultan de aplicación los principios generales que prohíben la doble gestión de intereses opuestos.[397]

Régimen

42. El procedimiento orgánico de control se basa en el deber de *disclosure* del administrador, la autorización previa del acto por el Consejo de Administración y la publicidad del acto dirigida a los socios a través del informe de gestión y de un informe de los auditores. Las sanciones se orientan a la responsabilidad del administrador y a la nulidad del negocio. Este régimen viene a ser una particularización de los principios generales que disciplinan el conflicto de intereses en el ámbito de la gestión.[398] Con todo, el reconocimiento de la existencia del deber de lealtad que han de cumplir quienes actúan en interés de otro es de carácter reciente.[399]

b) Ambito de aplicación

Introducción

43. En su contenido inicial, el artículo 60 de las *Lois coordonés sur les sociétés* establecía que todo administrador que tuviera un interés personal, directo o indirecto, opuesto al de la sociedad en una operación sujeta a aprobación por el Consejo de Administración, tenía el deber de informar al Consejo de la existencia de su interés. La norma fue objeto de controversia en relación a su ámbito objetivo por las dificultades que ofrecía la noción de operación, debatiéndose su ámbito y

---

[396] Para la sociedad anónima, v. los arts. 523, 524 ter, 529 CdS bel.; para la sociedad limitada, arts. 259 a 261 y 264 CdS bel.; y para la sociedad comanditaria por acciones, v. art. 567 CdS bel. Para el liquidador, v. art. 191 CdS bel. A continuación, nos referimos básicamente al régimen de la sociedad anónima.

[397] Señalan KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 252, que en las sociedades que no han reglamentado el conflicto de intereses, si no media una norma estatutaria que los regule, «quedan sometidas al principio general según el cual nadie puede en principio intervenir en un mismo acto en varias cualidades opuestas».

[398] Señala SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 369, que el eventual conflicto de intereses existente entre la sociedad y el administrador responde a una idea más general que tiene su origen en una regla general no escrita del Derecho belga según la cual se prohíbe el contrato concluido por una sola persona actuando en una doble cualidad; a su vez esta prohibición está fundada en la oposición de intereses que generalmente tales situaciones comportan. El Derecho positivo recoge aplicaciones especiales de este principio, tal como se produce en las reglas previstas en el art. 60 Lois coord.

Sobre la autocontratación, v. EKELMANS, «Conflits d’intérêts - Contrats d’intermédiaires», *Les conflits d’intérêts* (1997) 5-30; ROMAIN, «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d’intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d’intérêts* (1997) 93-189; SIMONART, «Conclusions générales», *Les conflits d’intérêts*, (1997) 297-326.

[399] Así lo afirma EKELMANS, «Conflits d’intérêts - Contrats d’intermédiaires», *Les conflits d’intérêts* (1997) 30, al señalar que las operaciones por cuenta de otro implican por esencia una obligación de lealtad de la parte intermediaria. Por su parte, ROMAIN, «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d’intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d’intérêts* (1997) 93 y ss., considera que la actuación por cuenta del interés ajeno está regida por la obligación de buena fe prescrita en el art. 1134.3 CC (id., p. 111). La buena fe constituye un principio clave en la elaboración de una teoría de los conflictos de intereses en derecho de los contratos y de las obligaciones (id., p. 112). El principio general de la buena fe se opone por su naturaleza a que una persona, en situación contractual de conflicto de intereses, actúe en el sentido contrario del interés de otro (id., p. 131). En cada caso será preciso tener en cuenta si el autocontratante ha faltado a su deber de lealtad frente a su principal, en la fase precontractual, de formación del contrato, o en su ejecución, en contra del principio general de buena fe (id., pp. 131-2).

extensión.[400] Fundamentalmente por este motivo, la reforma operada por la Ley de 1991 modificó el ámbito del conflicto del conflicto, ampliando la definición del interés personal del administrador y de las operaciones sujetas a la norma. Sin embargo, la posterior Ley de 1995 redefine la noción de conflicto de intereses, acercándose de nuevo a la redacción original, en el sentido de limitar el campo de aplicación del artículo 60 *Lois coord*. ante las críticas que señalaban la existencia de situaciones de bloqueo en las sociedades familiares y en los grupos de sociedades.[401]

Delimitación del conflicto

44. En lo que se refiere a la delimitación del conflicto de intereses, la reforma de 1991 sustituyó la noción de *oposición de intereses* que tenía su origen en la norma de 1873, por la de dualidad de intereses, de forma que el negocio quedaba sujeto al procedimiento de control por el solo hecho de que el administrador tuviera un interés personal en la operación.[402] Además, el ámbito de intereses abarcaba tanto los patrimoniales, como los intereses morales o afectivos (familiares).[403] Sin embargo, esta ampliación del ámbito subjetivo ha sido moderada por la Ley de 1995, que vuelve a definir la posición de administrador interesado a través de elementos próximos a su versión de 1873. En primer lugar, el interés potencial o simple dualidad de intereses en conflicto no resulta suficiente, pues es necesario la existencia de un interés del administrado opuesto al de la sociedad.[404] En segundo

[400] La doctrina entendía que por operación debía incluirse todo acto respecto del cual nacieran derechos u obligaciones para la sociedad. Mientras, los tribunales interpretaron restrictivamente la noción de operación, de tal forma que excluían de su aplicación los casos de uso de bienes sociales o las relaciones laborales. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *Droit des Sociétés: Les lois des 7 et 13 avril 1995* (1995) 249. RESTEAU / BENOÎT-MOURY / GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, t. II (1982) nº 925; FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V (1950) nº 428; Van RYN, *Principes de droit commercial*, 1ª éd., t. I (1954) nº 599. Estos últimos, apud, OMMESLAGHE *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé* (1960) 391.

[401] V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 251 y las referencias que allí se citan.

[402] V. art. 60.1, párr. III y V, Lois coord., que ser refieren a la “dualidad de intereses”, mientras que el párrafo I, hace mención al administrador que tiene un “interés personal”. Con esta reforma clarifica el sistema anterior en la medida que el interés potencial es requisito suficiente para la aplicación de la norma. V. sobre ello, TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 713-4. Es suficiente que el administrador tenga un interés en la operación, sea éste opuesto o no. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 250.

[403] HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 209: «El interés personal del administrador podrá ser de orden material o moral. El interés moral podrá resultar por ejemplo de la existencia de una relación familiar con el beneficiario de la operación». En un mismo sentido, TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 714. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 250 : el interés puede ser «de naturaleza material, moral o simplemente efectivo». Para SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 371, la ampliación del ámbito de intereses a través de la idea de dualidad de intereses no sólo alcanza la los intereses morales o cualquier interés potencial, sino que alcanza a los intereses de la misma naturaleza que los de la sociedad.

[404] Bajo la Ley de 1873, la jurisprudencia entendió que el interés opuesto se producía cuando la ventaja obtenida por uno era superior a la ventaja obtenida por el otro. V. sobre ello, DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 295; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 130 y las notas señaladas sobre la doctrina anterior a 1991; KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 249. Estos últimos señalan que no siempre resulta fácil determinar si el interés del administrador es

lugar, el interés ha de tener naturaleza patrimonial, lo cual excluye de la aplicación de la norma los supuestos de intereses de carácter moral.[405]

Conflicto indirecto

45. Desde el origen de la regulación se viene considerando que el interés que tenga el administrador puede ser directo o indirecto.[406] Los particulares supuestos de interés indirecto pueden responder a distintos tipos de relación que el administrador tenga con la parte directamente contratante con la sociedad.[407] En los casos más comunes se cuenta el supuesto que hace referencia a las participaciones significativas que el administrador tenga en la sociedad contratante.[408] Más discutido es el denominado conflicto funcional, que se predica de la hipótesis en la que se lleva a término una operación entre sociedades con administradores comunes. Desde un principio, ya resultó en controversia deducir si el artículo 60 de la Ley de 1873 se aplicaba a estos casos.[409] El debate fue resuelto temporalmente por la Ley de 1991 al señalar que «se permite la participación en la deliberación y el voto cuando la dualidad de intereses resulta sólo de la presencia del administrador en causa en el Consejo de Administración de una o varias sociedades afectadas por operaciones o decisiones» (art. 60.1.IV), si bien, la disposición no dispensaba al Consejo de informar a la Junta General de la

---

opuesto o compatible con el de la sociedad (id., p. 253). V. también SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 374.

[405] V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 253-4. Para estos autores, la interpretación de la noción de interés patimonial va dirigida a «toda ventaja mobiliaria o inmobiliaria susceptible de ser objeto de una estimación económica precisa y objetiva». Sigue esta Interpretación, DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 297.

[406] Se entiende que existe un interés directo cuando el administrador interesado contrata con la sociedad. El administrador tiene un interés indirecto cuando la sociedad contrata con una persona física o jurídica con la cual el administrador mantiene una relación. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 254 ; DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 297-8. GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 131, se refieren al interés directo haciendo referencia al los compromisos adquiridos por la sociedad al contratar u otorgar alguna ventaja de naturaleza patrimonial ; el interés indirecto existe cuando el consejo va a pronunciarse «sobre una operación o a tomar una decisión que puede procurar al administrador una ventaja patrimonial sólo indirecta, por repercusión a partir del patrimonio de otra persona física o jurídica con la cual mantiene una relación jurídica». Para SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 374, el interés indirecto se mide en función del impacto que pueda tener sobre el voto en el consejo.

[407] DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 298, señala que además del caso de toma de participación de la sociedad contratante, el interés indirecto puede nacer de la existencia de relaciones contractuales, de disponer de bienes en copropiedad, de relaciones matrimoniales, etc.

[408] HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 209: bajo el régimen de la ley de 1873, «los autores postulaban unánimemente que el interés opuesto, podía ser directo o indirecto, por ejemplo cuando la operación debía ser realizada por otra sociedad en la cual el administrador tenía una participación importante. Esta exigencia del carácter significativo del interés permanece». Siguiendo esta misma opinión, TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 714. SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 374-5, entiende que la operación concluida con una sociedad en la que el administrador es accionista o acreedor determina la apliación del art. 60 sólo si esta participación o la posición acreedora son suficientemente importantes para ser susceptibles de influir en su voto.

[409] Sobre el debate doctrinal señalado, v. HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 210.

circunstancias del conflicto.[410] Con la reforma de 1995 se suprime la referencia al conflicto funcional, si bien continúa la duda sobre si queda contenido en el conflicto indirecto o no queda sometido a la aplicación de la norma reguladora del conflicto.[411]

Ambito objetivo

46. En su sentido objetivo, la norma se aplica a aquellas operaciones o decisiones que van a ser acordadas por el órgano de administración, lo cual de un lado abarca toda decisión del Consejo y, de otro, implícitamente lo limita, porque sólo se tomarán en consideración aquellos negocios en los cuales intervenga el propio Consejo y no aquellos actos de gestión ordinaria que no sean objeto de acuerdo por el órgano colegiado o que su decisión sea competencia de la junta general.[412] En particular, la expresión decisión u operación ha sido objeto de tres interpretaciones distintas. En un principio la jurisprudencia entendió la expresión en su sentido más restrictivo, de forma que la noción sólo incluía aquellas relaciones jurídicas relativas al intercambio de bienes, lo cual excluía los contratos de naturaleza laboral entre la sociedad y el administrador.[413] La doctrina y jurisprudencia posterior estimó que la noción de operación debía ampliarse a todos aquellos actos que puedan dar lugar al nacimiento de derechos u obligaciones para la sociedad.[414] Para otros, toda decisión que tome el Consejo de Administración puede quedar sujeta al procedimiento de control, aún cuando aquella no cree derechos ni obligaciones para la sociedad.[415] En todo caso, el supuesto se limita a

[410] HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 210.

[411] Los conflicto puramente funcionales no quedan sometidos a la aplicación de la norma. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 254-5 ; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 299; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 132. Al decir puramente funcionales se quiere señalar que no se acredita otro interés material, financiero u patrimonial en el administrador, pues su único interés reside en el que deriva de su posición jurídica de administrador. De otra forma, el art. 523 sería aplicable. SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 373, señala que la aplicabilidad del art. 60 derivará de la existencia de un interés, incluso indirecto, distinto de la dualidad de funciones.

[412] V. sobre ello KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 252; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 293; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 132-4. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 714, consideraba que las operaciones de reestructuración (proyecto de fusión y de escisión) quedaban bajo el ámbito de aplicación de la Ley de 1991. Para las referencias sobre las distintas interpretaciones posibles bajo la mencionada ley, v. SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 371-2; el autor (id., p. 376) considera que para el caso de fusión, la ley ofrece garantías suficientes que hacen innecesario reforzarlas a través de la aplicación simultánea de la reglamentación de los conflictos de interés.

[413] V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 249.

[414] V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 249, 255 ; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 134. Cfr. con DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 293.

[415] DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 292-4, señala que a través de los términos decisión u operación del consejo el legislador engloba todo caso sometido a juicio del consejo, incluyéndose tanto los supuestos de acción positiva del consejo como aquellos otros en los cuales el consejo decide no hacer nada. El artículo 60 *Lois coord*. debería aplicarse siempre que el Consejo de Administración esté investido de un poder de decisión.

las operaciones del Consejo de Administración de carácter de relevante.[416] Los conflictos que nacen de la ejecución de una operación o decisión aprobada por el Consejo tampoco quedan sujetos a control, al limitarse el objeto de regulación a las decisiones del Consejo.[417]

47. El vigente artículo 523 Código de Sociedades belga establece, en su párrafo tercero, dos supuestos a los cuales la reglamentación prevista para el conflicto de intereses no les es aplicable.

Operaciones corrientes

48. La primera excepción hace referencia a las «decisiones del Consejo de Administración referentes a operaciones habituales concluidas en condiciones y bajo las garantías normales del mercado para operaciones de la misma naturaleza».[418] Por operaciones habituales no cabe entender aquellas que componen la gestión ordinaria, cuyo alcance sería más restrictivo, ni aquellas que se repiten en el tiempo, pues el concepto se explica en relación a las operaciones corrientes realizadas en el ámbito del objeto social.[419] El segundo requisito, relativo a las condiciones normales de mercado, alude a la comparación de la operación interesada con otras operaciones de la misma naturaleza que se practican en el mercado, sin tener en cuenta las condiciones que habitualmente incluye la sociedad en sus contratos.[420] Finalmente, esta derogación del régimen de control plantea saber si el administrador puede subjetivamente considerar que la operación no está sujeta control o si es necesaria la apreciación de consejo para decidir sobre la habitualidad y normalidad de la misma. En ausencia de norma expresa, la doctrina postula la necesidad de un acuerdo del Consejo de Administración que aprecie la normalidad.[421]

Operaciones intragrupo

49. La segunda excepción se ocupa de operaciones entre sociedades de un mismo grupo, ya sean aquellas concluidas entre la sociedad madre y su filial, ya sea por operaciones entre filiales comunes. De un lado, la norma se refiere a las «decisiones u operaciones relevantes del Consejo de Administración concernientes a las decisiones u operaciones concluidas entre sociedades, de las que una de ellas posee de forma directa o indirecta el 95% al menos de los votos respecto de los títulos emitidos por la otra». De otro, la norma distingue las operaciones «entre sociedades en las cuales el 95% de los votos relativos a los

---

[416] En esta cuestión, el régimen de la sociedad anónima es menos amplio que el de la sociedad limitada, en la cual no se exige el carácter relevante del acto; cfr. el art. 523.1 con el art. 259.1, ambos del CdS bel. Con todo, la doctrina no dedica atención a este particular. V. SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996)375.

[417] Sin embargo, esta ampliación del ámbito de aplicación relativa a los actos de ejecución resultó aplicable a los administradores interesados durante la vigencia de la Ley de 1991 (art. 60.1.III *Lois coord*.) y hasta la reforma de 1995. V. GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 133.

[418] Art. 523.3.II CdS bel.

[419] KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 258 ; DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 301¸ SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 378-9 (este autor habla de que operación habitual puede entenderse como operación corriente u operación normal).

[420] KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 258 ; DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 301.

[421] KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 258. En sentido contrario, DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 302.

títulos emitidos por cada una ellas son poseídos por otra sociedad».[422]

c) Procedimiento

Deber de *disclosure*

50. Desde la Ley de 1873 se viene exigiendo un deber de *disclosure* del interesado, de forma que se le exige declarar su interés y las razones que justifican el interés opuesto en el negocio antes de que el Consejo de Administración delibere sobre el asunto.[423] Además, el interesado debe velar para que su declaración conste en el acta de la reunión de los administradores.[424] En segundo lugar, el interesado tiene el deber de informar a los auditores sobre la existencia de su interés.[425] Sin embargo, si la sociedad no está obligada a nombrar auditores, no será preciso nombrar a un auditor o experto independiente para realizar esta función y el administrador está dispensado de informar al experto o aln auditor.[426]

Autorización y abstención

51. La operación en la cual un administrador tenga un interés opuesto deberá ser aprobada por el Consejo de Administración con posterioridad a la comunicación realizada por el interesado. La ley de 1873 prohibía al administrador en conflicto tomar parte en la deliberación, lo que también impedía votar. La Ley de 1991 reforzó la obligación de abstención prohibiendo la asistencia a la deliberación, si bien permitió que en el supuesto de dualidad de funciones, el interesado podía asistir a la reunión y votar. Esta prohibición ha sido enmendada por la Ley de 1995, de manera que la norma vigente sólo prohíbe asistir a las deliberaciones del consejo y tomar parte en el voto de sus acuerdos a los administradores de aquellas sociedades que recurran al ahorro público.[427]

---

[422] Art. 523.3.I CdS bel. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 257-8 y la doctrina allí citada, *i.a.*, WYMEERSCH, *Fonctionnement des organes sociaux*, número especial de R.P.S., 1995, p. 171 ; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 299-300; SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 379.

[423] Art. 523.1 CdS bel.

[424] Ibidem. V. DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 303; SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 380.

[425] V. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 715. La información puede darse a los auditores antes o después de ofrecerla al órgano de administración. Así, KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 259 ; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 304; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 137.

[426] KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 259-60 ; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 304; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 137. La ley de 1991 exigía el nombramiento del auditor o experto para las sociedades no obligadas a auditarse; v. *infra,* informe de autoditores.

[427] Art. 523.1.IV CdS bel. Cfr. esta disposición con el art. 524 CdS, que hace mención a las sociedades cotizadas y no a las sociedades "públicas". Sobre los motivos de la flexibilización de esta medida, el Gobierno al defender el proyecto en el Parlamento hizo referencia a que la participación del administrador en el debate y acuerdo le implica en la responsabilidad; a las repercusiones indeseables de la obligación de abstención y a la frecuencia de tales conflictos en la pequeñas y medianas empresas. V. sobre ello y sobre la posición crítica, KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 262 ; DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 306: GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 138. De su parte, SIMONT, "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 382, considera arbitraria la discriminación entre sociedades "públicas" y privadas.

Situaciones de bloqueo

52. En relación al deber de abstención, las situaciones de bloqueo han sido un tema recurrente en la mayoría de discusiones doctrinales.[428] Aun cuando el problema sólo se plantee respecto de las sociedades que acuden al ahorro público, también en estas sociedades puede darse la situación de que todos los administradores se encentren en una situación de conflicto a la hora de decidir un determinado asunto. Dado el caso, la doctrina sugiere que la cuestión se someta a la decisión de la asamblea.[429]

Informe de gestión

53. Una vez tomado el acuerdo sobre actos interesados, los administradores deberán dar publicidad en el informe de gestión y, en su defecto, en las cuentas anuales.[430] El informe debe contener los siguientes elementos. En primer lugar, el contenido completo del debate realizado en la sesión del consejo, de forma que el mismo incluye la declaración del administrador relativa al interés opuesto y las razones que para el interesado justifican tal interés. En segundo lugar, el Consejo de Administración debe describir la naturaleza de la decisión o de la operación, justificar la decisión tomada e indicar las consecuencias patrimoniales que la decisión tiene para la sociedad.[431]

54. Antes de la reforma de 1995, debía rendirse cuentas de las operaciones interesadas ante la primera junta general que se celebrara con posterioridad al acuerdo de autorización de la operación en conflicto.[432] La Ley de 1991 reforzó la información que debían dar a la asamblea, en la medida que exigía un informe especial sobre las circunstancias en la cuales las operaciones o decisiones relativas a administradores interesados han sido efectuadas, las condiciones relativas a su conclusión y sobre las consecuencias que resultan de ello para la sociedad.[433] Sin embargo, el régimen vigente ha sustituido estas actuaciones por la información relativa al informe de gestión y al informe del auditor.

Informe de auditor

55. La Ley de 1991 introduce por vez primera la exigencia de un informe del auditor de la sociedad o, en su defecto, por un auditor de empresas o un experto contable externo, que se pronunciará sobre el carácter fiel y suficiente de la información facilitada por el consejo a la asamblea.[434] Las modificaciones introducidas por la Ley de 1995 reducen la exigencia del informe a las sociedades con auditor, al suprimir la referencia al auditor nombrado para el caso de sociedades no obligadas

---

[428] V. DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 291 y la bibliografía citada en la nota 2.

[429] V. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 716. En tal caso, la junta general nombrará a un mandatario *ad hoc* para las eventuales decisiones en ejecución del acuerdo autorizante.

[430] Art. 523.1.II CdS bel. Las "pequeñas sociedades" no están obligadas a elaborar el informe de gestión; arts. 94.1 y 15.1 CdS bel.; cfr. con los arts. 202.3 y 181 LSA. GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 138, señalan que no es necesario elaborar un informe especial a propósito de los conflictos de interés, siendo suficiente incorporarlo al informe de gestión.

[431] El Consejo de Administración debe indicar los motivos financieros y de oportunidad que han conducido al Consejo de Administración a pronunciarse en un determinado. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 260.

[432] Art. 60 de las leyes de 1873 y de 1991.

[433] Art. 60.1.IV *Lois coord*. bel. V. HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 210.

[434] V. art. 60.1.VI *Lois coord*.; HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 210.

a auditoría.[435] El informe del auditor comprenderá «una descripción separada de las consecuencias patrimoniales que resultan para la sociedad de las decisiones del Consejo de Administración, que comporten un interés opuesto».[436]

d) Sanción

Introducción

56. En su origen la norma reguladora del conflicto no dejaba de suscitar dudas por el hecho de no incluir una sanción concreta para el caso de su incumplimiento.[437] De un lado, el intérprete de la norma negó la nulidad tanto del negocio como del propio acuerdo del consejo. De otro, en ausencia de una sanción específica, la acción de responsabilidad por daño era el mecanismo jurídico a través del cual se perseguía el eventual ilícito[438]. Sin embargo, tanto la acción de responsabilidad como la de nulidad se introducen como sanciones especiales relativas al conflicto a través de la Ley de 1991 con algunas particularidades que serán modificadas en el Ley de 1995.

Responsabilidad

57. En relación a la responsabilidad de los administradores por deslealtad, se distinguen dos supuestos. En primer lugar, si no se ha llevado a término el procedimiento legalmente previsto, el administrador interesado, junto a los demás

---

[435] V. art. 141.2 CdS bel., que excluye a las pequeñas sociedades de la exigencia del control por auditor; v. art. 15.1 CdS bel. para la definición de pequeña sociedad; cfr. con el art. 181 LSA.

[436] Art. 523.1.III CdS bel.

[437] El principal reproche que se formula al respecto de la norma de 1873 se refiere a la omisión de la sanción aplicable en su incumplimiento. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 250 ; SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 370; DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 307; GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 128.

[438] Sobre la jurisprudencia de la última década que la norma estuvo en vigor, v. VAN OMMESLAGHE / DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales”, RCJ (1993) nº 123, quienes reseñan diversas decisiones sobre sociedades anónimas que aplican la doctrina clásica según la cual la ausencia de una normas especial en el art. 60 impide la sanción relativa a la nulidad del negocio y sólo faculta a la aplicación de las reglas sobre la responsabilidad civil del administrador. Esta misma doctrina se aplicó para la sociedad de responsabilidad limitada, v. idem, (1994) nº 161. De su parte, Van OMMESLAGHE *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé* (1960) 383, 384, considera insuficiente la acción de responsabilidad, particularmente para el caso en que los administradores gocen del apoyo de una mayoría que controlan de forma más o menos directa. El autor señala que bajo el régimen del art. 60, la sociedad ha de probar que el administrador no ha respetado las formalidades previstas y la producción del daño, prueba de lo cual resulta muy difícil de aportar (id., p. 394). En opinión de HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 209, «[l]a inobservancia del art. 60 no entrañaba en ningún caso la nulidad de la decisión del consejo, sino sólo la responsabilidad solidaria de los administradores, salvo aquellos que no tomaron parte en la infracción, que no tuvieran falta alguna que les fuera imputable y que hubieran denunciado la infracción a la asamblea general más próxima a partir de que hubieran tenido conocimiento de la misma». Para TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 716, nota 464: con anterioridad a la Ley de 1991, «la responsabilidad de los administradores estaba fundada sobre las reglas del derecho común en caso de violación de los estatutos». Más recientemente, SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 370, señala que la acción de responsabilidad de los administradores tradicionalmente prevista para sancionar la conducta infractora del administrador interesado se enfrentan con dificultades relativas a la prueba, especialmente en cuanto a la existencia de una relación causal entre la falta cometida y el perjuicio social.

administradores, se someten al régimen general de responsabilidad.[439] En segundo lugar, los administradores son personal y solidariamente responsables de los perjuicios sufridos por la sociedad o por los terceros a causa de decisiones tomadas o de operaciones ejecutadas de conformidad con el procedimiento legal previsto, siempre que la decisión o la operación ha procurado a algún administrador una ventaja financiera abusiva en detrimento de la sociedad.[440] La exigencia de responsabilidad hecha en la previsión legal va dirigida a los casos de operaciones que han cumplido el procedimiento de control, de lo que se infiere que la aprobación de la operación no exime ni descarga de responsabilidad ni al administrador interesado que cumplió con su deber de informar, ni a los demás administradores que aprobaron la operación.[441]

58. Aún cuando la acción de responsabilidad aparece así libre de presupuestos que la condicione, la norma establece una limitación en su ámbito de aplicación pues no sólo exige la obtención de una simple ventaja, sino de una ventaja abusiva, lo cual restringe notablemente su aplicación.[442] Desde la reforma de 1995, no solo la junta general, sino también los socios minoritarios que posean votos equivalentes al uno por cien de los presentes en la sesión pueden ejercer la acción de responsabilidad

---

[439] El régimen general de responsabilidad de los administradores se prevé en el art. 528 CdS, siendo solidariamente responsables de los daños que se hayan producido a la sociedad o a terceros respecto de infracciones legales o estatutarias. El administrador podrá eximirse de responsabilidad si no tomó parte en la infracción y no les es imputable falta alguna; si conocieron la infracción deberán informar a la primera asamblea general o al primer Consejo de Administración (v. art. 528.3, según la versión procedente de la reforma de 2 de agosto de 2002. V. también GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 139. La exigencia de indemnización se impone tanto si el administrador ha cumplido como si no ha cumplido las exigencias de *disclosure* de la operación V. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 719 y la doctrina y trabajos parlamentarios allí citados.

[440] La sanción de responsabilidad aparece en el art. 60.3 de la Ley de 1991 y en el art. 60.2 de la Ley de 1995, cuya redacción se mantiene en el vigente artículo 529 CdS bel. V. art. 264 CdS bel. para las sociedades de responsabilidad limitada.

[441] La responsabilidad del administrador no varía tanto si estaba ausente de la reunión como si vota en contra de la misma. V. KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 264. Uno de los problemas de interpretación que plantea esta disposición resulta de la siguiente cuestión. Qué sanción se aplica al administrador interesado que no cumple con su deber de informar y, eventualmente, de abstenerse, pues la norma no recoge este supuesto sino aquel otro en el que el interesado ha cumplido con su obligación y se ha producido un acuerdo que autoriza la operación. En este caso, se postula la aplicación de la regla general de responsabilidad prevista en el art. 527 CdS bel. según el cual los administradores responden conforme al derecho común de la ejecución del mandato que han recibido. A los efectos anteriores, la doctrina critica el agravio comparativo de los administradores cumplidores respecto de los administradores con intereses ocultos. V. sobre ello, DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 308. La responsabilidad tiene carácter solidario, afectando tanto a los interesados que obtienen una ventaja abusiva, como a aquellos no interesados. V. DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 308.

[442] Según KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 263, se trata de una aplicación de la teoría del abuso de derecho, la aplicación de la cual exige demostrar un desequilibrio manifiesto entre la ventaja obtenida por el administrador y la desventaja sufrida por la sociedad.

Se entiende por ventaja abusiva cuando en comparación con una operación con un tercero independiente, éste no habría obtenido una ventaja tan importante. La ventaja anormal obtenida por el administrador presume un abuso, si bien sólo deben censurarse aquellos desequilibrios flagrantes. Así, GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 139.

actuando por cuenta de la sociedad.[443] La acción de daños y perjuicios prescribe a los cinco años.[444]

Anulabilidad

59. La sanción de nulidad aplicada al ilícito conflictual aparece por primera vez en la Ley de 1991, subordinando sus efectos al cumplimiento de dos condiciones.[445] Primera, que no se haya cumplido el procedimiento de control; segunda, que uno o varios administradores interesados hayan obtenido «una ventaja abusiva en detrimento de la sociedad».[446] Sin embargo, el régimen vigente fruto de la reforma de 1995 deroga la exigencia relativa a la obtención de la ventaja abusiva –que queda sólo como presupuesto de la responsabilidad– estableciendo como único requisito que se cumpla la violación del procedimiento legalmente previsto.[447] La sanción de nulidad no alcanza a los a los terceros de buena fe.[448] Sólo la sociedad puede demandar la nulidad de las operaciones señaladas.[449] La acción de nulidad prescribe a los cinco años.[450]

---

[443] Art. 562 CdS bel.; art. 66bis.2, *Lois coord*.

[444] Art. 198 CdS bel.; art. 194 *Lois coord*.

[445] Art. 60.2 *Lois coord*. Con todo, SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 384, señala que la acción de nulidad específica no excluye la aplicación del Derecho común (v. ibi, la doctrina apuntada).

[446] Los dos elementos tienen carácter acumulativo. V. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 717. El abuso puede interpretarse en su sentido material en su aspecto intencional. Sobre el uso ambiguo del término abusivo, v. id., 717 y 719.

[447] Art. 60.3 Lois coord.; art. 523.2 CdS bel.; art. 259.2 CdS bel., para la sociedad de responsabilidad limitada. El mencionado art. 523.2 CdS establece que «La sociedad puede ejercitar la acción de nulidad de las decisiones tomadas o de las operaciones ejecutadas en violación de las regla previstas en el presente artículo, si la otra parte de la decisión u operación tenía o debía tener conocimiento de esta violación». SIMONT, “Conflits d’intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis”, RPdS (1996) 384 (se trata de una nulidad “automática”). Esta agravación del régimen de la nulidad, según la cual no es preciso exigir la obtención de ventaja abusiva para su exigencia, ha sido vista por algunos autores como una «inadvertencia del legislador»; así, GOLLIER / MALHERBE, *Les sociétés commerciales* (2002) 140.

La disposición no aclara si la “violación de las reglas previstas” se refieren al deber de información del administrador o si también incluyen la aprobación del consejo y los informes de consejo y el eventual informe del auditor. La norma tampoco precisa si el negocio puede ser confirmado por acuerdo de la junta general que extinga la acción de nulidad. DE WOLF, «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale», *Le droit des sociétés* (1999) 309, afirma que la nulidad puede ser confirmada.

[448] El contenido de lo que se entiende por buena fe del tercero ha sido aclarado por la Ley de 1995, tal como la doctrina venía anunciando, en el sentido de conocer o deber conocer la violación. V. TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne" RDCBel (1993) 719; más recientemente, KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 265. Para poder oponerle la nulidad de la operación, la sociedad deberá probar la mala fe del tercero; v . HAEGEN / GOLLIER, "Les Sociétés Commerciales. Loi du 18 juillet 1991", JT (1992) 210.

[449] KEUTGEN / ANDRÉ-DUMONT, *Droit des Sociétés* (1995) 264.

[450] Art. 198 CdS bel.; 194 *Lois coord*.

3.
Italia

a) Introducción

Nota histórica

60. El Derecho de sociedades italiano viene haciendo previsión del conflicto de intereses entre la sociedad y sus administradores desde el Código civil de 1865, que preveía una incompatibilidad absoluta para ejercer el cargo de administrador para los banqueros, constructores y concesionarios de la sociedad.[451] Posteriormente, el Código de comercio de 1882, precedente inmediato del vigente régimen, estableció en su artículo 150 que el administrador que tuviera intereses contrarios a la sociedad en una operación determinada debía comunicarlo a los administradores y a los síndicos para su aprobación, quedando obligado a abstenerse de votar en la decisión sobre la operación interesada. Los deberes de comunicación y abstención se consideraron aplicables, tanto al consejero como al administrador único, y respecto de todo conflicto de intereses, aunque este fuera potencial y conforme al interés social. Los administradores que tomaran parte en una operación interesada que no hubiera sido aprobada por los síndicos quedaban sujetos a la sanción de la responsabilidad solidaria. De su parte, y, ante el silencio del Código, la jurisprudencia reconoció a partir de los años treinta, la anulabilidad del negocio concluido por el administrador interesado, infringiendo el procedimiento legal.[452]

Evolución

61. El Código civil de 1942 retomó el esquema seguido por el Código de 1882 al establecer en el artículo 2391 que los administradores de sociedades anónimas quedan sujetos al deber de informar de aquellos conflictos de intereses que tengan con la sociedad y al deber de abstención en los acuerdos de autorización de las

---

[451] Sobre el art. 138 del Código de comercio de 1865, v. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 83-6.

Sobre el Derecho italiano, v. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, 1979; ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Comm.* (1970) 104-166; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1985; id., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, 1992; id., «La responsabilità degli amministratori», *Tratt. delle società per azioni*, IV (1991) 323-461; BUONOCORE, (dir.), *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, 2003; id, «La società a responsabilità limitata», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 136-81; COTTINO, *Diritto commerciale*, *Le società*. I.2, 1999; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, 2000; FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società*, 1995; FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.*, 1994; FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) ; GALGANO, «La società per azioni», *Tratt. Dir. Comm*, VII, 1984; id, *Diritto civile e comérciale*, III.2, 1994; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1956; NAPOLEONI, *I Reati Societari. II*, 1992; PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, 2003; SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 47-57; SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, 1999; SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) 1314-84.

[452] Sobre el art. 150 del Código de Comercio de 1882 y la evolución de la doctrina y jurisprudencia que lo aplica e interpreta , v. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 86-95; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 94-119. En particular, v. en este último autor (id., pp. 107-112), una síntesis de las tesis de Vivante, Asquini, Pugliatti y Frè, que orientan el debate sobre la validez del negocio concluido en conflicto de intereses e infringiendo las reglas legales.

operaciones en conflicto que apruebe órgano de administración.[453] Es decir, aun cuando se establece un procedimiento orgánico, la norma no exige la autorización previa de todo supuesto conflictual. Además este régimen procedimental societario debe armonizarse con las disposiciones que disciplinan el conflicto de intereses en sede de representación.[454]

62. Los deberes alcanzan a los administradores de las sociedades anónimas y se extienden a los administradores de las sociedades limitadas y las sociedades cooperativas.[455]

63. Con independencia de las sanciones civiles relativas a la responsabilidad del administrador y a la eventual ineficacia del negocio, el Código sanciona

---

[453] Según el art. 2391 CC it., «El administrador, que en una determinada operación tenga, por cuenta propia o de terceros, intereses en conflicto con los de la sociedad, deberá de ponerlo en conocimiento de los otros administradores y del colegio sindical y abstenerse de participar en el acuerdo referente a la operación. En caso de inobservancia, el administrador responderá de las pérdidas que tenga la sociedad al ejecutarse la operación. El acuerdo del consejo del que pueda derivarse daño para la sociedad podrá se impugnado por los administradores ausentes y disidentes o por los síndicos, dentro de los tres meses de su fecha, cuando sin el voto de los administradores que debieron abstenerse, no hubiese alcanzado la mayoría requerida. En todo caso, quedarán a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe en base a los actos realizados en ejecución del acuerdo».

Entre las disposiciones legales que suceden al Código civil 1942, v. *Ley n. 366 de 3 de octubre 2001, delega al Governo per la riforma del diritto societario*, *G.U. n. 234 de 8 de octubre 2001;* Schema di decreto legislativo contenente le disposizioni di riforma delle società di capitali e delle società cooperative, approvato dal Consiglio dei ministri del 29/30 settembre e inviato all'esame delle commissioni parlamentari. Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuacione della legge 3 ottobre 2001 [G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, s.o n.8/L]. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6 – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. V. *Codice civile*. Edizione aggiornata a febbrario 2003. Milán: Giuffrè, 2003.

[454] V. *infra*, núms. 93-95.

[455] V. la remisión del art. 2487.II CC it. a los arts. 2390 y 2391. V. SANTINI, G., en SCIALOJA, A. / BRANCA, G., *Comentario del codice civile*, sub art. 2487, Bolonia – Roma: Zanichelli, 1971, pp. 212-6. Para la aplicación a la sociedad cooperativa, v. la remisión más genérica del art. 2516 CC. Sobre la aplicación del contenido del art. 2391 CC a la sociedad de personas y al administrador de hecho, v. las referencias indicadas por ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 142, nota 1.

Sin embargo, el contenido del art. 2487 CC it. ha sido derogado por el *DL riforma società di capitali* (2003) y ha introducido una nueva disposición, el art. 2475-ter, con el título *conflitto di interessi*. Esta disposición, cuya entrada en vigor se produce a fecha de 1 de enero de 2004, establece que «[I] Los contratos concluidos por los administradores con poder de representación, por cuenta propia o de tercero, con la sociedad, pueden anularse a demanda de la sociedad, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero. [II] La decisión adoptada por el Consejo de administración con el voto determinante de un administrador en conflicto de intereses con la sociedad, puede ser impugnado durante tres meses por los administradores y, si existen, de los sujetos previstos en el art. 2477. En casa caso quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros en base a los actos cumplidos en ejecución de la decisión». V. DE ANGELIS, L., "Amministrazione e controllo nelle società a respnsabilitá limitata", Riv. Soc. (2003) 469-89 [481-2]; SALANITRO, N., "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 47-57 [54]. Este último autor señala que la disposición ha venido a crear una «*disarmonia nel sistema*» difícilmente justificable, con la intención del legislador delegante de constituir un cuerpo autónomo de reglas aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada. V. también, BUONOCORE, «La società a responsabilità limitata», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 167.

penalmente la conducta del administrador interesado a través del delito de infidelidad patrimonial.[456]

[456] El vigente art. 2634 CC it. de infidelidad patrimonial, tipifica el aprovechamiento de bienes sociales en aquellos actos de disposición que causen intencionadamente daños a la sociedad. V. Musco, E., *I nuovi reati societari*, Milán: Giufffè, 2002.

Antes de la reforma operada por el Decreto Legislativo de 11 de abril de 2002, n. 61, se regulaban dos ilícitos relacionados con el deber de lealtad. De un lado, el ya derogado art. 2631 CC (*Conflitto d'interessi*) establecía una sanción para los supuestos en que el administrador no se abstuviera de votar en el acuerdo que examina la operación interesada. Según el art. 2361 CC it. «[e]l administrador que, en una determinada operación por cuenta propia o de tercero, tenga un interés en conflicto con el de la sociedad, no se abstenga de participar en la deliberación del consejo o del comité ejecutivo relativa a la operación misma, está castigado con la multa de 400.000 L. a 4.000.000 L. Si de la deliberación o de la operación se deriva un perjuicio a la sociedad, se aplica, además de la multa, la reclusión hasta tres años». Sobra esta disposición, v. NAPOLEONI, *I Reati Societari. II* (1992) 26-84. V. también la tipificación de la percepción irregular de remuneraciones, ex art. 2630.II.1º CC it. en id., *I Reati Societari*, II (1992) 126-58.

De otro lado, el art. 2624.I CC it. tipificaba la obtención por parte de los administradores de préstamos y garantías de la sociedad. El ilícito tenía la finalidad de prevenir las situaciones de conflictos de intereses más graves entre la sociedad y el administrador. En tales casos, el legislador establecía una presunción *iuris et de iure* de peligro, de forma que se incrimina la conducta por la propia naturaleza de la operación. V. NAPOLEONI, *I Reati Societari. II* (1992) 88, 89.

Este último supuesto venía planteando una ulterior cuestión en relación a los efectos civiles derivados del delito. Pues, con mayor frecuencia que en el ámbito penal, la conducta tipificada en el art. 2624 CC viene siendo referida en el ámbito de lo civil por los efectos de esa naturaleza derivados de la prohibición penal de la conducta. A saber, los contratos de préstamo y los negocios de garantías a favor del administrador pueden calificarse de nulos por contrarios a una norma imperativa, sin la intervención de la jurisdicción penal. En sede civil se ha establecido una amplia jurisprudencia examinando las mencionadas conductas a la luz del art. 1418.I CC, según el cual «[e]l contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga otra cosa». De hecho, el ilícito penal prácticamente no ha tenido aplicación, pues sólo se conocen dos casos hasta el año 2000, mientras que existen un amplio número de sentencias civiles que plantean la sanción de nulidad. V. sobre ello, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 456-9; NAPOLEONI, *I Reati Societari. II* (1992) 109-10. Sin embargo, la aplicación en sede civil de la nulidad del acto derivado de la conducta sancionada penalmente precisa un conocimiento de la configuración del delito; a saber, entendido que la conducta prohibida no se basa sólo en la causación del daño, se debate si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto, que en este último caso, no exigiría probar el carácter perjudicial del préstamo o de la garantía. Habrá situaciones en las cuales el préstamo se concederá con una alta tasa de interés, con sólidas garantías y se restituirá según los términos pactados, si bien en otros casos la operación puede crear un peligro para el patrimonio e incluso una pérdida a la sociedad. Al analizar esta cuestión, de un lado, se argumenta que el delito sólo se produce cuando la concesión del préstamo o de la garantía tienda a la satisfacción exclusiva de los intereses personales del administrador. De otro, se señala que resulta suficiente presumir un conflicto de intereses entre ambas partes. Para los primeros, el delito contiene el peligro concreto de daño para el patrimonio social; para los segundos, el ilícito integra sólo un peligro presunto. Sobre este debate, v. NAPOLEONI, *I Reati Societari. II* (1992) 102-6, que recoge la posición de la Casación civil que afronta esta cuestión al determinar la validez del negocio concluido en violación del art. 2624 CC, frente a la suya propia, que postula la configuración de un delito de peligro presunto. Resulta también de interés saber si resulta relevante la autorización o ratificación de la operación por parte de los órganos de la sociedad. Al respecto, NAPOLEONI, *I Reati Societari. II* (1992) 115, señala que la ratificación posterior no tiene razón de ser y que la doctrina excluye eficacia incriminante la autorización previa del negocio por parte de la junta general. Se argumenta el carácter público del interés tutelado por la norma, que no permite su disponibilidad a la asamblea. De su parte, la jurisprudencia civil ha considerado nula la autorización de la junta general que autoriza la concesión de una garantía a favor del administrador de la sociedad.

Deber de Lealtad

64. En su conjunto, el régimen especial del administrador en conflicto no suele ser objeto de subsunción en el ámbito de principios superiores a través del deber de lealtad, siendo que la doctrina no suele referirse a ese deber para ubicar esta regulación procedimental, si bien es más común hacer referencia al deber de no actuar en conflicto de intereses.[457]

Reforma reciente

65. Después de un amplio debate sobre la reforma de la sociedad anónima y, en particular, sobre el conflicto de intereses, la Ley 366/2001 concedió un mandato al Gobierno para la elaboración de un Decreto Legislativo que, entre otros muchos aspectos, discipline el deber de fidelidad de los administradores, teniendo especialmente en cuenta la situación de conflicto de intereses.[458] A estos efectos, el Gobierno italiano remitió un proyecto de Decreto legislativo que modificaba la vigente disposición relativa al conflicto y la responsabilidad de los administradores, cuyo tramite legislativo ha dado lugar a *DL di riforma delle società di capitali* (2003).[459]

---

[457] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 253, se refiere al deber de lealtad del administrador frente a la sociedad que le impone perseguir exclusivamente el interés social o de actuar en conflicto de intereses sin dañar a la sociedad; el administrador será responsable por violación de este deber general respecto de las operaciones que dañen a la sociedad. En cuando al deber de lealtad traducido en el marco del conflicto de intereses, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 224, señala, sin referirse a la lealtad, que aunque la ley no establece una obligación funcional de perseguir el interés social, establece «un límite externo y negativo a su acción, disponiendo una *obligación de no actuar en conflicto de intereses* (arts. 2391 y 2361 CC)». En un sentido semejante, FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 44. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 165-6, también afirma el deber del administrador de no actuar en conflicto de intereses interpretando que su contenido deriva del art. 2391.I CC cuya disciplina consiste en el deber de informar, el de abstención de la votación en el Consejo de Administración y el de concluir las operaciones de forma que no determine que sus intereses prevalezcan a los de la sociedad.; en particular, este autor sostiene que cuando los administradores se encuentran en una posición de conflicto de intereses están sujetos a un *particular deber de fidelidad*.

Por el contrario, la doctrina penalista italiana hace uso del concepto deber de lealtad y encaja la situación conflictual como supuesto de hecho del mismo. V. NUVOLONE, P., *L'infedeltà partimoniale nel diritto penale*, Milán, 1941, pp. 11, 35; id., «voz: *Infedeltà patrimoniale*», Enc. Dir., XXI, Milán, 1971, p. 440 [441]. Para este autor, el deber de lealtad constituye una especificación de deber general de actuar del principal, imponiendo al gestor que, en caso de conflicto, prevalezcan los intereses del principal. Apud, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 184.

[458] V. la *Ley n. 366 de 3 de octubre 2001 (L.366/2001), delega al Governo per la riforma del diritto societario*, *G.U. n. 234 de 8 de octubre 2001. En su artículo 4.8.g), referido a la disciplina de la administración y control de la sociedad anónima se indica que la reforma va dirigida a:* «disciplinare i doveri di fedeltà dei componenti dell'organo amministrativo, in particolare con riferimento alle situazioni di conflitto di interesse e precisare che essi sono tenuti ad agire in modo informato». Sobre el debate legislativo y doctrinal, iniciado por Ascarelli en 1955, relativo a la reforma del régimen sobre el conflicto de intereses v. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 134-8. Sobre los informes recientes, v. en particular, v. Associazione Disiano Preite per lo studio del diritto dell'impresa, *Rapporto sulla società aperta: cento tesi por la riforma del governo societario in Italia*. Bolonia: Il Mulino, 1997; GUERRA MARTIN, G., "El "informe sobre la sociedad abierta" de la Asociación Disiano Preite: un nuevo paso en el debate sobre el gobierno societario", RdS 9 (1997) 531-64.

[459] V. Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuacione della legge 3 ottobre 2001 [G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, s.o n.8/L]. De esta disposición, resultan de interés la nueva redacción de los arts. 2390 (prohibición de competencia), 2391 (intereses de los administradores) y 2475-ter (conflicto de

66. La reforma, aunque sigue los principios previstos en el Código de 1942 (deber de *disclosure*, responsabilidad por daño, impugnación del acuerdo y protección a terceros de buena fe) supone una modificación significativa del supuesto y un reforzamiento del rigor en los aspectos procedimentales y materiales.[460]

67. En primer lugar, la disposición antes encabezada por la denominación "conflicto de intereses", ha sido sustituida por la expresión "intereses de los administradores", al hilo de la nueva determinación del supuesto. La norma derogada basaba el supuesto en el administrador que en una determinada operación tiene "intereses en conflicto con los de la sociedad". Frente a ello, la nueva redacción sienta el supuesto a través de la dualidad de intereses, en tanto que se centra en "todo interés" que el administrador tenga con una operación de la sociedad (art. 2391.I CC it.). Con ello se modifica y amplía el concepto sobre el cual se asienta el régimen: el anterior se basaba en el conflicto u oposición de intereses; el actual, se construye sobre el simple interés del administrador.[461] Además, entre los conflictos regulados explicita por vez primera y, más allá de las operaciones societarias, el supuesto de uso de información y oportunidades de negocio por parte del administrador (art. 2391.V CC it.).[462]

68. En segundo lugar, la reforma clarifica el procedimiento de autorización al requerirse la determinación del interés y exigir una resolución motivada por parte del órgano colegiado (art. 2391.I y II CC it.).[463] Respecto del acuerdo del Consejo, la nueva norma no establece un deber expreso de abstención, si bien el voto determinante del interesado constituye uno de los requisitos de impugnación del acuerdo (art. 2391.II CC it.).[464]

69. En tercer lugar, resulta de gran relevancia la incorporación de la prohibición actuar por cuenta de la sociedad dirigida al interesado que reúna la condición de administrador delegado, puesto que éste debe «abstenerse de ejecutar la operación, invistiendo esta función al órgano colegial» (art. 2391.II CC it.).[465]

b) Ambito de aplicación

Administrador interesado

70. El supuesto legalmente contemplado en el vigente artículo 2391 CC se refiere a todo interés que un administrador tenga en una determinada operación con la sociedad, sea por cuenta propia o de tercero. El contenido e interpretación del

---

intereses en la sociedad limitada) y la derogación de la norma contenida en el 2487 (aplicación del régimen del conflicto de la anónima a la limitada por remisión a los art. 2390 y 2391). La entrada en vigor de las normas señaladas está fijado para el 1 de enero de 2004. En general, v. BUONOCORE, (dir.), *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, 2003.

[460] V. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub 3, al señalar que «el mayor rigor de esta disciplina quiere subrayar no solo que todo administrador, siendo un gestor de un patrimonio ajeno, no puede aprovecharse de su posición para conseguir directa o indirectamente ventajas, sino, sobre todo, el valor de la transparencia en la gestión de la sociedad». Insistiendo en la idea de la «máxima exigencia de transparencia», v. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 50.

[461] V. *infra*, núm. 71.

[462] V. *infra,* núm. 101.

[463] V. *infra,* núms. 73 y 74.

[464] V. *infra,* núms. 84 y 87.

[465] V. *infra,* núm. 96.

supuesto plantea distintas cuestiones, relacionadas ya con el alcance de los sujetos obligados, ya con respecto al interés afectado. En cuanto al primer punto, el ámbito de aplicación por razón del sujeto incluye a todo administrador, abarcando al administrador delegado y al administrador único.[466] La norma también se aplica tanto a los casos de actuación por cuenta propia como de actuación por cuenta ajena, tal como lo indica expresamente el artículo 2391.[467] Sin embargo, las obligaciones derivadas de la norma no se extienden a las operaciones intragrupo, sólo por el hecho de ser administrador de dos sociedades que realizan operaciones entre sí, pues en tal caso se exigirían otros elementos determinantes del interés del administrador.[468]

71. En cuanto a la caracterización del conflicto, doctrina y jurisprudencia han venido considerando, con carácter mayoritario, que el interés del administrado en la operación deber tener carácter económico patrimonial.[469] En todo caso, la doctrina diverge respecto de si el supuesto se configura con un interés potencial, actual o lesivo.[470] Al respecto, la reforma operada por *DL di riforma società di capitali* (2003)

---

[466] El art. 2391 CC no puede ser de aplicación al administrador único en todo su contenido y, en particular, en lo relativo al deber de abstención en el Consejo de Administración. Es por ello que remitimos esta cuestión al estudio individualizado de las particulares obligaciones y sanciones derivadas del mismo. En todo caso, la doctrina somete a todos los administradores a una misma obligación general. A saber que todos los administradores, incluyendo al administrador único y al administrador delegado están obligados a no actuar en conflicto de intereses. V. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 225, para quien la obligación deriva de la aplicación analógica del art. 2391.I-II CC. Idem, id., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 81. Sobre el administrador único, v. *infra*, núms. 77, 84, 85 y 95.

[467] V. sobre ello, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 154-8.

[468] V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 157-8; id. p. 198, dónde considera que como corolario de la noción de conflicto de interés potencial, las operaciones intragrupo normalmente corresponderán al ámbito de aplicación del art. 2391 CC it. Más ampliamente, BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 95-106; SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 201-16.

[469] V. las referencias sobre este debate en ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 149, y su posición sobre una noción más amplia.

[470] i. A favor del conflicto potencial, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 412; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 193-8. Este último autor cita una amplia doctrina que sigue este criterio entre la que destacamos, a MINERVINI, «Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella desciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio», *Scritti giuridici.* Società, I (1956) 313 [321]; DONISI, *Il contratto con se estesso* (1982) 213; PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1928) 37 [120]; PREITE, "Il conflitto di interessi del socio", *Riv. Soc*. (1988) 361 [440]. ENRIQUES, ibid, aporta distintas razones según las cuales es suficiente que se verifique una situación de conflicto potencial, de las cuales destacamos algunas de ellas: el argumento histórico ex art. 150 del Código de 1882; los trabajos preparatorios del art. 2391 CC it.; la exigencia de una interpretación rigurosa del supuesto que permita un control preventivo de los supuestos conflictuales, sobre la base de que la gestión del administrador no puede ser directamente controlada por el principal, es decir, por los socios, que disponen de unos limitados derechos de información y unas competencias delimitadas por su distribución legalmente prevista; en fin, que la solución postulada está en consonancia con los principales modelos extranjeros.

ii. A favor del conflicto actual se sitúa BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 226, para quien la existencia del conflicto «debe ser verificado en concreto y no deriva de una abstracta y típica contraposición formal de posiciones, cuya relevancia sea independiente de las condiciones efectivas de una determinada operación. El conflicto sólo surge si el contenido y la modalidad de la operación son tales que determinan la concreta divergencia de intereses

ha suprimido la referencia a los intereses en conflicto y ahora la norma basa en supuesto en el deber de declarar «todo interés» que el administrador tenga en una operación, sin necesidad de se éste un interés opuesto, ni tenga carácter patrimonial, ni sea lesivo para la sociedad (art. 2391.I CC it.). Esto es, ante una situación de dualidad de intereses se establece un deber de transparencia respecto de todo interés que el administrador tenga con una operación societaria, «aunque la operación sea en interés de la sociedad».[471]

Ambito objetivo

72. El interés del administrador debe producirse respecto de una «operación determinada» de la sociedad. En primer lugar, la expresión «operación» se interpreta en su sentido más amplio, de forma que no se excluye ninguna categoría de acto jurídico, entre los comportamientos sujetos al régimen del artículo 2391 CC.[472] La expresión tampoco se entiende restrictivamente en cuanto al contenido de los acuerdos del consejo, en el sentido de que no sólo caben en ella los acuerdos relativos a la gestión económica sino que también se incluyen los relativos a la propia organización social. Ello significa que supuestos tales como los acuerdos de remuneración del administrador, de transferencia de participaciones, de aprobación del proyecto de fusión no pueden ser excluidos del supuesto por referirse a la categoría de actos de organización societaria.[473] Finalmente, tampoco cabe excluir del ámbito de aplicación del artículo 2391 CC it. los casos de operaciones efectuadas en condiciones normales, operaciones en mercado regulado y operaciones bajo control de autoridad pública.[474]

---

previamente referida».V. id., pp. 227-31. Idem, id., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 82-7. También, FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 46-7, estos autores se pronuncian a favor del conflicto concreto que «debe corresponder a una efectiva divergencia» entre el fin practico derivado de la actuación del administrador y el interés social abstracto a perseguir.

iii. Consideran que el conflicto debe tener carácter lesivo, SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 141-6, señala que se produce un conflicto de intereses cuando el administrador interesado hace prevalecer en una operación su propio interés frente al de la sociedad obteniendo ventajas para sí, derivadas de las condiciones y contenido de la operación, que causan un daño a la sociedad; de esta forma, el daño a la sociedad administrada caracteriza la noción de conflicto de intereses previsto en el art. 2391.I CC. Frente a esta idea, BONELLI, «La responsabilità degli amministratori», *Tratt. delle società per azioni*, IV (1991) 376, nota 142, señala que el conflicto de intereses puede existir independientemente de la presencia de un daño, de forma que la lesion constituye un requisito autónomo que puede faltar ante una operación en conflicto de intereses. Sin embargo, «la responsabilidad del administrador puede afirmarse solo en presencia de un daño» causado por un acto ejecutado en conflicto de intereses.

[471] Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub. 3. V. PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 71, al señalar que el interés no ha de ser antagónico o conflictual con el de la sociedad.

[472] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 199-200: ni la jurisprudencia ni la doctrina siguen una interpretación restrictiva en este ámbito. Según el autor, por operación puede entenderse a todo hecho jurídicamente relevante que se refleja en la esfera patrimonial de la sociedad, independientemente de su calificación jurídica.

[473] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 201-2. En términos más generales se refiere MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 406, para quien el legislador ha sujeto de forma principal la actividad de gestión de la empresa social, pero que sería una interpretación demasiado literal la que excluyera de su aplicación a la actividad inherente a la organización social.

[474] El art. 2391 CC no hace mención alguna a tales operaciones y circunstancias, hecho por el cual se discute si quedan o no incluidas en su ámbito de aplicación. El silencio del art. 2391 contrasta con la letra del art. 2343 bis.IV CC it., referido a las adquisiciones por la sociedad a promotores, fundadores, socios y administradores durante los dos años subsiguientes a la

c) Procedimiento

Deber de *disclosure*

73. En caso de cumplirse las condiciones que determinan el supuesto en los términos señalados, el administrador interesado queda sujeto al cumplimiento al deber de comunicación. El supuesto conflictual regulado está basado sobre el deber de informar, recogido expresamente en el artículo 2391 CC it., al señalar que el administrador interesado «debe dar noticia a los demás administradores y al colegio sindical» de todo interés que tenga en una operación de la sociedad. Su ámbito de aplicación abarca no sólo los actos que requieren una acuerdo del Consejo de Administración, sino que se extiende a todos los aquellos comportamientos interesados del administrador en el sentido antes visto.[475] Los receptores legales de la comunicación son los demás administradores y los miembros del colegio sindical.[476] En cuanto a la forma y el momento de la comunicación, el ordenamiento nada dice al respecto.[477] Hasta la reforma reciente, el contenido informativo de la comunicación se limitaba a una declaración genérica sobre la existencia del conflicto.[478] Sin embargo, el *DL di riforma delle società di capitali* (2003) exige al interesado que determine «la naturaleza, los términos, el origen y el alcance» del interés (art. 2391.I CC it.).

Autorización

74. Una vez que el administrador ha informado de su interés, el órgano de administración al considerar la oportunidad de debatir y, en su caso, aprobar la operación queda sujeto a determinadas condiciones. La ley no habla expresamente de autorización previa de la operación en conflicto por parte del

---

inscripción de la sociedad en el registro. El mencionado párrafo cuarto indica que las disposición no resulta aplicable a las adquisiciones que hayan sido efectuadas en condiciones normales del ámbito de las operaciones corrientes de la sociedad ni a las que tienen lugar en bolsa o bajo el control de autoridad judicial o administrativa. La doctrina entiende que el art. 2391 CC se aplica a las mencionadas operaciones. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 207-10

[475] FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 493, señala que la comunicación deber darse aunque la operación no vaya a ser objeto de deliberación en el Consejo de Administración. Para ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 214, la letra de la ley no exige la necesidad de un acuerdo del órgano de administración y, además, de la *ratio* de la disposición se desprende, según el argumento *a minori ad maius*, que el riesgo de abuso es más elevado cuando falta un examen previo del órgano, hecho por el cual no cabe entender la subordinación al acuerdo del órgano de administración.

[476] MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 407, se pronuncia por la comunicación «a todos los componentes del colegio sindical y a todos los (otros) administradores», señalando que cuando el legislador ha querido que sólo se hiciera al presidente del colegio sindical lo ha previsto expresamente. Cfr. con la opinión de FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 495, para quien es suficiente que la comunicación se haga al presidente del Consejo de Administración y del colegio sindical. V. también ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 220-1.

[477] Para unos, el deber debe cumplirse tempestivamente; así, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 223;

[478] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 224-5: no es necesario que se de toda la información disponible sobre la situación de conflicto, sin embargo, por razón de su obligación genérica de diligencia deberá facilitar las eventuales informaciones sobre la situación confictual. Cfr. con SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 149-51, para quien el administrador interesado debe facilitar al consejo todos los hechos relevantes de la operación.

Consejo de Administración, ni tampoco de la junta general.[479] Sin embargo, la nueva norma señala que si se cumple el supuesto –administrador interesado que comunica su interés – el Consejo de Administración debe «motivar adecuadamente las razones y la conveniencia de la operación para la sociedad» (art. 2391.II CC it.).[480] Con la nueva redacción parece lógico que la ejecución de la operación queda condicionada a que el órgano de administración tome una decisión previa. Además, la nueva regulación establece que los administradores responden por los daños causados a la sociedad, no sólo por acción, sino también por omisión (art. 2391.IV CC it.). A estos efectos, una vez conocida la situación de conflicto, si los administradores pretenden exonerarse de responsabilidad, deberían tomar una resolución al respecto.

Abstención

75. En orden al acuerdo de autorización de la operación interesada se plantea también la cuestión de la abstención del administrador en conflicto. Hasta la reciente reforma la obligación de abstención venía recogida en artículo 2391 CC it. al señalar que el administrador interesado en una determinada operación «debe abstenerse de participar en la deliberación relativa a la operación». A este respecto, la mayoría de los autores postulaban que la abstención sólo aludía a la votación y no a todo el procedimiento de formación de la voluntad colegial.[481] Además, el administrador en conflicto debía tenerse en cuenta para el cálculo del quórum de constitución, si bien no resultaba necesario contabilizarse para la toma del acuerdo social.[482] Finalmente, el Presidente del Consejo de Administración podía excluir de la votación al administrador interesado.[483]

76. Sin embargo, el nuevo precepto suprime la referencia expresa al deber de abstención, lo que apoya la interpretación dirigida a entender que el administrador interesado queda legitimado a emitir su voto.[484] Con todo, tal vez el resultado práctico derivado de la nueva norma no varía sustancialmente respecto de la anterior, al establecerse que el voto determinante del interesado es una de las

---

[479] El acuerdo tampoco es necesario en relación a la validez y eficacia el acto externo. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 404.

[480] V. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub. 3. Aunque la norma sólo hace referencia al Consejo para referirse a la motivación de la autorización, la misma hace también referencia al Comité Ejecutivo como órgano autorizante (art. 2391.III CC it.).

[481] MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 407, entiende que la obligación de abstenerse sólo se refiere al voto y no a su intervención en la reunión. Idem, FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 495. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 87-9, también defiende esa posición señalando que el administrador interesado puede participar en la reunión y en la discusión que precede el voto. En términos semejantes, FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 48. La postulación de la tesis más rigurosa, según la cual el administrador no debe acudir a la reunión, no puede participar en la discusión y no puede votar, ha sido mantenida por SCHIAPPETTA, "La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto di interessi", *Giur. Comm*. (1991) 265. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 233, nota 67, para la reciente doctrina que entiende que el administrador interesado no debe participar en las reuniones.

[482] Aunque el art. 2391 no haga previsión del cómputo, se aplica analógicamente el contenido del art. 2373.IV, referido al quorum de la asamblea en el caso de socios en conflicto de intereses. V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 390, 392; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 242.

[483] MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 410.

[484] V. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 51.

condiciones necesarias para la impugnación del acuerdo (art. 2391.II CC it.).[485]

Intervención de la junta

77. Aunque la ley no haga referencia a ello, la doctrina viene señalando que en caso de administrador único o de que todo el conjunto de consejeros se encuentren en conflicto, será la asamblea el órgano que se pronunciará sobre la operación. En tal caso los administradores interesados deberán comunicar su interés a los socios.[486] El administrador único y el administrador delegado también deberán cumplir con el deber de informar al colegio sindical.[487] A su vez, la Junta General deberá tomar el acuerdo con la abstención de los socios administradores interesados.[488]

d) Sanción

78. Las sanciones previstas en la disposición estudiada remiten al estudio de tres aspectos: la responsabilidad del administrador, la invalidez del acuerdo y la inoponibilidad a terceros del conflicto de intereses.[489]

Responsabilidad

79. Según se desprende de la redacción del nuevo artículo 2391.IV CC it. los administradores responden de los daños causados a la sociedad por «acción u omisión».[490]

---

[485] V. *infra*, núms. 84 y 87.

[486] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 254: la información debe ser dada a todos los socios a través de la convocatoria de la asamblea y en el transcurso de la misma el administrador interesado o, por su cuenta, el presidente del Consejo de Administración deberán ofrecer las aclaraciones necesarias para que los socios dispongan de información suficiente para ejercitar el derecho de voto.

La interpretación que predica la intervención de la junta encuentra apoyo en que la expresión *deliberazione* se usa en su significado común de decisión, resolución o determinación que una o más personas toman después de un atento examen. Consiguientemente, la expresión no toma el sentido técnico jurídico propio del derecho societario de procedimiento de formación de la voluntad o de decisión tomada según el método colegial, hecho por el cual la expresión incluye las decisiones individuales del administrador único o delegado y no sólo los acuerdos colegiales. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 226, que se refiere a la definición dada por BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, IV, Turín, 1966, p. 146. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 195, utiliza la expresión «*deliberazione danosa*» refiriéndose al administrador único. SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 159-61, considera que la actividad del administrador interesado que concluye directamente una operación como administrador único o administrador delegado comporta una *deliberazione* en el sentido del art. 2391.I CC, lo cual le obliga a que su propio interés no prevalezca respecto del de la sociedad

[487] Afirman el deber de comunicación a los síndicos: ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 219; SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 162, 164. Niega el deber de comunicación a los síndicos MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 194, alegando que la comunicación tiene como finalidad reclamar la atención de los síndicos respecto de una deliberación que el administrador interesado tiene el deber de abstenerse, cuando en el supuesto de administrador único no hay lugar a deliberación alguna.

[488] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 256: al administrador en conflicto que reúne la condición de socio le será aplicable la disciplina del conflicto de intereses del socio y el de la responsabilidad del administrador.

[489] Sobre las demás consecuencias civiles derivadas de la inobservancia del contenido del art. 2391 distintas a las señaladas y, en particular, sobre la revocación por justa causa y la relevancia del incumplimiento a los fines del procedimiento por grave irregularidad, v. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 315-9.

[490] V. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 52-3.

80. La disposición sustituida (art. 2391.II CC it.) señalaba que en caso de inobservancia de las obligaciones de comunicación y abstención por un administrador, éste responde por las pérdidas sociales derivadas de la operación.[491]

81. En relación a los presupuestos para el ejercicio de la acción, la culpa relativa al comportamiento del administrador interesado se desprende de la inobservancia del deber impuesto por el artículo 2391, hecho por el cual no es necesario su prueba y es suficiente acreditar el interés personal y el daño sufrido por la sociedad.[492]

82. También deberá probarse el daño a la sociedad fruto del cumplimiento de la operación.[493] Para unos sólo debe apreciarse el daño emergente, mientras que para otros, deberá incluirse también el lucro cesante provocado a la sociedad.[494] En todo caso, el concepto indemnizatorio resulta distinto según que se pruebe la existencia de dolo o de simple culpa, pues en el segundo caso, el resarcimiento queda limitado al daño previsible al momento en que surgen los deberes de comunicación y abstención, mientras que si se acredita la conducta dolosa puede exigirse todo daño causado a la sociedad.[495]

---

[491] El demandante deberá acreditar el incumplimiento de las obligaciones relativas al conflicto, es decir, la inobservancia de la obligación de comunicación y/o de abstención de un administrador con un interés potencial en un operación. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 283-4.

[492] Para unos se trata de un supuesto de culpa específica. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 284, para quien el régimen legal previsto no deroga los principios generales sobre la responsabilidad del administrador, es decir que el artículo 2391 introduce presunciones absolutas o relativas que no sean de aplicación por las reglas generales, pues en este caso la ley indica un supuesto de culpa específica. Con todo, visto desde la perspectiva de los principios de la responsabilidad contractual, el examen del supuesto deriva en una presunción *iuris tantum* de culpa. Para otros, la disposición establece una presunción de culpa absoluta. FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 569, señalan que la infracción de los deberes de comunicación y de abstención comportan una doble presunción absoluta: de culpa y del nexo causal. Sin referirse a presunción alguna, ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*. (1979) 217, señala que la responsabilidad prevista en el art. 2391.III CC se trata de una especificación de la disciplina general de la responsabilidad prevista en el art. 2392 CC. En fin, para BONELLI, «La responsabilità degli amministratori», *Tratt. delle società per azioni*, IV (1991) 376, el ejercicio de la acción de responsabilidad por actos lesivos derivados de situaciones de conflicto sólo exige verificar si el administrador tenía un interés en la operación y si han causado daño a la sociedad. Idem, id., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* (1992) 82.

[493] En particular, sobre la consideración del daño en las operaciones intra grupo, v. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 289-301.

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

[495] Argumento ex art. 1225 CC it. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 303-4. Con mayor cautela, MINERVINI, *Gli amministratori di società per*

83. En cuanto a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, la doctrina establece una presunción *iuris tantum* respecto de la prueba del nexo causal en virtud de la cual salvo prueba en contrario, la pérdida derivada de la ejecución del acto interesado se reconduce causalmente al incumplimiento del deber de comunicación y abstención.[496] Más problemático resulta el supuesto según el cual el administrador ha cumplido con el deber de *disclosure* si bien posteriormente incumple el deber de abstención, pero su voto no resulta determinante de la aprobación del acuerdo.[497]

84. Finalmente corresponde señalar las causas de exención de responsabilidad derivadas de un acuerdo autorizante de la junta de socios. Un acuerdo válido de la asamblea previo a la conducta interesada exime de responsabilidad al administrador que lleva a término la operación en conflicto de intereses. El supuesto se plantea en una diversidad de casos: ante la existencia de administrador único, en caso de que todos los administradores del Consejo sean interesados, también en los supuestos que por su propia iniciativa o por mandato estatutario los administradores solicitan la autorización del conflicto a la junta general. En tales casos, el acuerdo autorizante de la junta respecto de una determinada operación interesada tiene como efecto la liberación de la responsabilidad del administrador interesado por los daños derivados de la ejecución de la operación siempre que se cumplan determinadas condiciones relacionadas con la validez del acuerdo y que éste se tomara sin la intervención determinante de los votos del administrador interesado.[498] La ratificación posterior al incumplimiento tendrá el efecto de eximir de responsabilidad al administrador interesado salvo que se haya obtenido el voto contrario de una minoría de socios que representen al menos la quinta parte del capital social.[499]

Impugnación del acuerdo

85. El artículo 2391.III CC it. prevé la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración y del Comité Ejecutivo relativos a operaciones interesadas.[500] La norma no alcanza a los actos del administrador único para los que la doctrina y

---

azioni (1956) 408-9, que señala que parece, «*ma non è sicurissimo*», que el administrador también responde si el éxito dañoso de la operación era imprevisible al momento de tomar el acuerdo.

[496] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 302, señala que la observancia del deber de comunicación y de abstención son los instrumentos jurídicos que el ordenamiento ha reputado apropiados para evitar que la sociedad sufra una daño consecuencia del conflicto, hecho por el cual resulta la presunción relativa al nexo de causalidad, de forma que el demandado deberá aportar la prueba de los eventuales elementos de hecho idóneos para excluir el nexo causal entre incumplimiento y daño.

[497] V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 302-3 para los términos del debate, en caso de voto marginal del interesado.

[498] V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 306-7 y la bibliografía allí citada.

[499] Ex art. 2393.IV CC it.

[500] La disposición derogada reducía su ámbito de aplicación a los acuerdos del Consejo de Administración, hecho por el cual se planteaba su aplicación al comité ejecutivo a través de la vía analógica. Cfr. con GALGANO, «La società per azioni», *Tratt. Dir. Comm*, VII, (1984) 254-5, quien señala que si el Consejo de Administración no se pronuncia tempestivamente para revocar el acuerdo del comité ejecutivo, éste puede ser impugnado bajo la norma del art. 2391 CC. Idem, id., *Diritto civile e comérciale*, III.2 (1994) 235. En contra, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 337, quien sugiere que el acuerdo no es impugnable y, en cambio, los administradores y síndicos deben convocar tempestivamente el consejo para reexaminar el asunto y, en su caso, acordar su revocación.

jurisprudencia mayoritaria considera aplicable la disciplina relativa a los conflictos de intereses en la representación (arts. 1394 y 1395 CC it.).[501]

86. La redacción dada por el *DL di riforma società di capitali* (2003) establece dos vías alternativas para la impugnación de acuerdo. El primer expediente de impugnación se deriva de la inobservancia de las exigencias legales incorporadas en los dos primeros párrafos del artículo 2391. A saber, que el acuerdo se haya tomado sin el cumplimiento del deber de *disclosure* del interesado o que le falte la *motivación adecuada*. [502]

87. La segunda vía de impugnación condiciona su ejercicio al cumplimiento de los tres órdenes de presupuestos que ya venían reflejados en la norma derogada. Primero, que el acuerdo se adopte con «el voto determinante del administrador interesado», reafirmándose la llamada prueba de la resistencia.[503] Segundo, que el acuerdo pudiera causar daño a la sociedad. Este presupuesto plantea la cuestión de que el daño a la sociedad en caso de la ejecución del acuerdo fuera racionalmente previsible para los administradores en el momento de tomar el acuerdo, lo que requiere no sólo la atención sobre un conflicto actual de intereses, sino un análisis sobre las circunstancias y condiciones idóneas referidas a un conflicto potencial de intereses.[504] La potencialidad del daño referida a las condiciones concretas de la situación conflictual puede acreditarse probando que los administradores que autorizaron la operación actuando con la diligencia ordinaria hubiera podido

---

[501] MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 193-5: ninguno de los tres apartados del art. 2391 resultan de aplicación al administrador único; en cambio la asamblea podrá ejercer la acción de nulidad ex art. 1394 CC. En un sentido semejante, COTTINO, *Diritto commerciale*, *Le società*. I.2 (1999) 426, señala que el art. 2391 se refiere sólo a las *deliberazioni* del Consejo de Administración y no a los actos ejecutados por el administrador único que esté en conflicto ni, en general, a los actos realizados por los administradores delegados, actuando en el ejercicio del poder de representación. Sin embargo, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 338-9, entiende aplicable el art. 2391 CC a la conducta interesada del administrador único en los casos de emisión de obligaciones (art. 2420-ter.III CC) y de aumento de capital (art. 2443.III CC). Sobre este tema, v. más ampliamente, *infra,* aspecto externo del conflicto.

[502] La doctrina anterior a la reforma de 2003 entendía que el acuerdo no era impugnable por falta del deber de comunicación, ni por el dolo omisivo (reticencia) ni por error. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 384-5. Con posterioridad a la reforma, se afirma que la ausencia de disclosure es causa de invalidez del acuerdo; v. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 51. Sin embargo, duda sobre si a la falta de motivación se sigue la invalidez del acuerdo; id., p. 52.

[503] V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 409; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 351. La doctrina normalmente hace referencia al principio condensado en la expresión *utile per inutile no vitiatur*, si bien ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Com.* (1970) 137-7, cree que el argumento que fundamenta la marginalidad del voto del administrador en conflicto encuentra su fuente en el principio de conservación de los actos jurídicos

[504] En este sentido, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 412; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 343-4. Después de la reforma operada por el *DL di riforma società di capitali* (2003) se afirma con certeza que «la invalidez del acuerdo no está subordinado a una situación de conflicto, sino sólo al peligro de perjuicio social»; v. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 51. Cfr. con PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 71, quien sigue reclamando que la decisión pueda acarrear daño a la sociedad.

obtener condiciones más ventajosas para la sociedad.[505] El tercero y último presupuesto se refiere a la exigencia de que la impugnación se practique dentro de los noventa días siguientes al acuerdo.[506]

88. Finalmente, la doctrina ha planteado si el conocimiento o el deber de conocer el conflicto por parte del administrador resulta exigible como presupuesto, aun cuando no esté previsto en la disposición comentada.[507]

89. Antes de la reforma, la legitimación activa quedaba limitada a los administradores ausentes y disidentes y a los síndicos actuando como órgano.[508] El *DL di riforma società di capitali* (2003) ha ampliado la legitimación a los administradores y al colegio sindical. Sin embargo, «la impugnación no puede ser propuesta por quien ha consentido el acuerdo con su propio voto cuando el interesado ha cumplido su obligación de información».[509]

e) Aspecto externo del conflicto

Inoponiblidad

90. En cuanto al aspecto externo de la disciplina del conflicto de intereses de los administradores se plantea la validez y eficacia del acto externo de la sociedad. El punto de partida se encuentra en la frase contenida en el artículo 2391.III al final, dónde se señala que en caso de impugnación del acuerdo «[e]n todo caso, quedaran a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe en base a los actos realizados en ejecución del acuerdo». La disposición, que sigue la redacción anterior a la reforma, plantea cierta controversia respecto de su sentido y alcance.

91. Para unos, la recepción de la Primera directiva sobre derecho de sociedades supone que en el Derecho italiano rige, como regla general, la irrelevancia externa de los vicios de los actos internos. Con ello se pone de manifiesto que el vicio

---

[505] Las operaciones que tengan como objeto la cesión de bienes pueden confrontar sus precios con otros corrientes en el mercado, con las condiciones de operaciones similares, a través de estimaciones de peritos independientes, de ofertas en mejores condiciones. V. sobre ello, SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata* (1999) 123-31; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 347, añade que en relación a las operaciones intra grupo, eventuales ventajas compensatorias pueden excluir la subsistencia del daño potencial.

[506] Se trata de un término de caducidad y no de prescripción; v. ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Com.* (1970) 106.

[507] En sentido de que resulta irrelevante la conciencia o inconciencia de la existencia de la situación de conflicto, v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 412; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 352-3. En sentido positivo se manifiesta ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Com.* (1970) 137, para quien el sistema del art. 2391 CC presupone la subsistencia de un comportamiento sicológico doloso o cuanto menos culposo del administrador en conflicto.

[508] V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 413-7; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 356-74. Sobre la negación de la legitimación a los socios, v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 417-20; FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 498; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 36.

[509] V. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub. 3, al señalar que los que consiente no tienen legitimación «cuando no han estado debidamente informados del conflicto». V. PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 71.

relativo al acuerdo sobre la operación interesada raramente llevará a la ineficacia o invalidez del acto externo. Excepcionalmente, el acto externo deviene ineficaz por razón de la tempestiva impugnación del acuerdo viciado y su sucesiva nulidad: en particular, cuando los estatutos prevean la relevancia externa de la disociación de poderes y el tercero hubiera actuado intencionadamente para dañar a la sociedad y también cuando la ley exija la presencia de una previa deliberación orgánica relativa a los límites de la representación del administrador.[510] Para otros, la regla general de la irrelevancia externa o de la inoponibilidad de los actos que resulten de la ejecución de acuerdos viciados encuentra una excepción en los supuestos en que los terceros adquirieron sus derechos de mala fe.[511]

92. En lo que hace referencia al contenido de la buena fe, en esta sede se debate sobre si ésta sólo viene referida a la ignorancia del vicio o si, además, se requiere que el tercero haya obrado sin culpa grave.[512] La prueba de la buena fe incumbe al mismo tercero en cuanto a que la buena fe resulta adquisitiva de su derecho.[513]

Disciplina de la representación

93. Una segunda cuestión relativa al aspecto externo del conflicto se relaciona con la aplicación de la disciplina de la representación a los negocios de ejecución. En esta sede interesa saber si las reglas de la representación se aplican a los actos y negocios ejecutados por los administradores con poder de representación que actúan en conflicto de intereses.

94. Las disposiciones en cuestión se refieren a los artículos 1394 y 1395 previstos en el Libro Cuarto del Código Civil, cuya eventual aplicación determinarían la

---

[510] V. art. 2384.II CC it. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 395-409. En particular, señala el autor, que la aplicación del art. 2391.III, al final, puede encontrar aplicación cuando la propia ley haga previsión de que el acuerdo de consejo sea condición para la subsistencia del poder de representación; sin embargo, «una regla por la cual las operaciones en conflicto de intereses deben ser objeto de acuerdo autorizante por parte del Consejo de Administración a los fines de la eficacia y/o validez del acto frente a la sociedad» no está prevista en el ordenamiento italiano (id., p. 404).

[511] GALGANO, *Diritto civile e comérciale*, III.2 (1994) 231, señala que la relevancia externa de la nulidad del acuerdo del consejo frente al tercero de mala fe constituye una aplicación del principio que regula la oponibilidad a los terceros del defecto de previa deliberación del consejo. El autor, Id., p. 242, añade que la invalidez del acto ejecutado por el representante no es oponible al tercero de buena fe; la sociedad debe probar la mala fe del tercero contratante, es decir, «el efectivo conocimiento (o la culpa grave que ha determinado la ignorancia)» de la omisión del acuerdo del consejo o de la existencia de un acuerdo inválido. V. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 115; id. pp. 40-1, que señala que el hecho de que la anulabilidad del acuerdo no determine la invalidez del acto frente a terceros de buena fe, no deja de tener interés, en particular para aquellos casos en que el tercero no lo fuera y conociera la invalidez del acuerdo del Consejo de Administración.

[512] Ni la falta del acuerdo ni su nulidad, en caso de haberse producido, son susceptibles de influir en la buena fe del tercero en la medida que resulta compatible la falta de diligencia con la buena fe; es decir, al tercero no se le exige la comprobación o investigación de la existencia y modo en que se ha producido el acuerdo. La relevancia de la culpa grave se presenta sólo en el plano de la prueba. V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 138-40. FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 558, defienden la oponiblidad al tercero siempre que e conflicto fuera conocido o conocible por el tercero, aplicando la previsión general establecida en el art. 1394 CC. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 416, postula la tesis que exige ignorancia y culpa grave.

[513] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 416.

ineficacia del acto.[514] El primero de ellos, relativo al conflicto de intereses en general, prevé que el «contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado a demanda del representado, si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero».[515] La segunda disposición, relativa a un conflicto en particular, la autocontratación, establece que «[e]s anulable el contrato que el representante concluye consigo mismo, para él o en representación de otra parte, a menos que el representado lo hubiera autorizado específicamente o bien el contenido del contrato fuera determinado de tal modo que excluyera la posibilidad de conflicto. La impugnación sólo puede ser propuesta por el representado».[516]

95. Una tesis extendida considera que las disposiciones señaladas son aplicables al administrador interesado con poder de representación, sea este consejero delegado o administrador único, a excepción de los casos en que administrador en conflicto actuara sobre la base de un acuerdo previo del consejo que fuera aplicación del artículo 2391 CC.[517] Es decir, que al menos por la parte cubierta por el acuerdo, la presencia del artículo 2391 CC excluiría la aplicación de las reglas generales sobre representación previstas en el artículo 1394 CC.[518] Argumento

---

[514] Entre otras ventajas, la aplicación del art. 1394 CC frente al art. 2391 CC traería las siguientes consecuencias: la acción de nulidad puede ser ejercitada en el término de prescripción de cinco años, frente al de caducidad de tres meses y la legitimación correspondería a la sociedad y no exclusivamente a determinados administradores. V. más ampliamente, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 174, ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Com.* (1970) 106-11; VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, pp. 279-85; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 440-5.

[515] El art. 1394 CC it. se encuentra ordenado sistemáticamente en el capítulo de la representación y del título de los contratos en general. V. VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, pp. 265-90.

[516] Sobre la autocontratación, v. GALLUCCIO, *Contributo alla dottrina del contratto con se stesso*, Nápoles, 1946; MINERVINI, *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte* (1959) 281-326; PUGLIATTI, «Programa introdittivo di un corso sulla rapprestanza in Diritto privato», *Studi sulla rappresentaza* (1965) 515; MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale,* XXI.1 (1973) 279-290; DONISI, C., *Il contratto con se steso*, 1982; VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1395, pp. 290-302; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372-4.

[517] Para FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 45, el art. 1394 CC debe atribuírsele el alcance de norma general, aplicable al administrador de sociedades cuando el art. 2391 CC no lo sea, por la ausencia del acuerdo social. De su parte, la previsión del art. 2391 contiene una norma especial que, de un lado, limita los efectos de la primera favoreciendo a la sociedad la conclusión de sus operaciones y, de otra, está destinada a regular la relación interna entre la sociedad y el administrador.

[518] Así, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 118-9. FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 44, señalan que en caso de administrador único y administrador delegado sólo resulta aplicable el art. 1394 CC. Idem, COTTINO, *Diritto commerciale*, *Le società*. I.2 (1999) 426.

ANGELICI, "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", *Riv. Dir. Com.* (1970) 125-30, señala que en la hipótesis de negocios de ejecución realizados por el administrador único, «las dos normas [arts. 2391 CC y 1394 CC] deben necesariamente considerarse en relación de exclusión recíproca»; en el caso de que el acuerdo del consejo o de la asamblea preceda a la estipulación del negocio tampoco es posible sostener la aplicación cumulativa de los arts. 2391 CC y 1394 CC, de tal forma que no es posible hablar de un conflicto de intereses en el sentido del art. 1394 CC, hecho por el cual la mencionada disposición «será absolutamente inaplicable, no tanto por una incompatibilidad lógica entre validez del acuerdo e invalidez del negocio ejecutivo, cuanto por el defecto fundamental de su presupuesto de hecho»

distinto es el referido a la aplicación cumulativa tanto de la sanción prevista en el artículo 2391 CC como la nulidad señalada en los artículos 1394 y 1395 CC respecto de los actos del consejero delegado que actúa previa autorización del consejo.[519] Una ulterior construcción señala que la disciplina de la representación resulta aplicable al administrador representante que actúa en conflicto de intereses también en el caso de que actúe sobre la base de un acuerdo previo, viciado de nulidad por incumplimiento del artículo 2391 CC.[520]

Prohibición de actuar en conflicto

96. Esta doctrina tendrá que conjugarse con la incorporación por el *DL di riforma società di capitali* (2003) de la prohibición actuar por cuenta de la sociedad dirigida al administrador interesado que reúna la condición de administrador delegado, puesto que éste debe «abstenerse de ejecutar la operación, invistiendo esta función al órgano colegial» (art. 2391.II CC it.).[521] La norma queda sujeta a interpretación, en la medida que no establece cuales son los efectos concretos que se derivan de su incumplimiento, si bien se postula que la aplicación de la disciplina general de la representación en conflicto de intereses queda a salvo de la reforma y resultaría de aplicación.[522]

f) Supuestos especiales

97. Al venir configurado el conflicto en el artículo 2391 CC it. sobre la base de las operaciones que lleva a término la sociedad, el supuesto no incluye los comportamientos interesados realizados por los administradores al margen de la actividad societaria, tales como la actuación en competencia con la sociedad o el uso de información y oportunidades.

Competencia

98. A los efectos de regular los supuestos de competencia, el Código civil de 1942 introduce por primera vez la prohibición de competencia del administrador con la sociedad, salvo autorización de la asamblea.[523] Su infracción se sanciona con la posibilidad de revocar en el cargo al administrador y su responsabilidad por los

(id., pp. 165-6). FERRARA / CORSI, *Gli Imprenditori e le Società* (1995) 569, sólo se refieren al supuesto de administrador único, en cuyo caso se le aplica sólo el art. 1394 CC.

[519] En cuanto a la aplicación cumulativa de la doble disciplina a la sociedad, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 173-4, señala que no existen razones para privar a la sociedad de la mayor tutela de la disciplina de la representación (v. nota *supra,*) y que lo que pretende el legislador es extender y no restringir la tutela al representado. Sin embargo, la aplicación cumulativa no se produce en el administrador único, pues respecto de éste sólo se invoca, a efectos externos, la aplicabilidad del art. 1394 CC; v. *supra*, la cita del mismo autor en pp. 193-5.

[520] ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 426 y ss.

[521] V. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub. 3; PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 71.

[522] V. Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub 3, al señalar lo siguiente: «Queda obviamente salvaguardada (*salva*), tal como la doctrina prevalente y la jurisprudencia consolidada, la aplicación de la disciplina general del artículo 1394 respecto al tema del conflicto de intereses del representante en la hipótesis en la cual la actividad del administrador no ha sido precedida de un acuerdo colegial, como puede suceder en caso de administrador único o de administrador delegado con poder de representación».

[523] El supuesto no deja de ser un caso especial de conflicto de intereses y así lo pone de manifiesto la doctrina; v. FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 493. Sobre el supuesto de competencia, v. por todos, SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) 1314-84.

daños causados.[524]

99. En la determinación del supuesto resulta de interés concretar los límites a la actividad del administrador. En este sentido la norma vigente, contenida en el artículo 2390 CC it., establece que los administradores «no pueden asumir la cualidad de socio ilimitadamente responsable de sociedades concurrentes, ni ejercitar una actividad concurrente por cuenta propia o de tercero…».[525] La doctrina venía indicando que la actividad por cuenta de terceros incluía el supuesto de conflicto funcional, por desarrollar el interesado funciones de administrador en otra sociedad que ejercita una actividad concurrente.[526] Este punto ha sido aclarado por el *DL di riforma delle società di capitali* (2003) y extendido el ámbito de aplicación de la norma a los casos en que el administrador de la sociedad también sea «administrador o director general en sociedad concurrente».[527] El deber se aplica a todos los administradores sin distinción y se extiende a los liquidadores de la sociedad.[528]

100. Por actividad concurrente se ha entendido un conjunto de actos relacionados entre ellos y llevados a término de forma continuada, de forma tal que el concepto excluye la competencia ocasional, a los efectos de la justificación de la revocación por justa causa, si bien un hecho aislado pero cualificado puede justificar el cese del administrador.[529] No se trata de la regulación de un conflicto actual, sino meramente potencial, es decir, una contraposición formal y abstracta de posiciones, que no requiere una verificación de la coexistencia en la misma persona de la posición incompatible.[530]

Uso de información y oportunidades

101. La regulación explícita del supuesto relativo al uso de información y oportunidades de negocio por parte del administrador ha sido obra del impulso renovador de la *DL di riforma società di capitali* (2003) al introducir el párrafo quinto del artículo 2391 CC it. Al respecto se establece que el administrador responde «de los daños

---

[524] V. SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) núm. 28; en particular sobre la aplicación de la acción inhibitoria, v. id., núm. 29.

[525] Aunque la norma positiva sólo se refiere a la autorización a través de acuerdo de la junta general, existen opiniones que avalan la autorización estatutaria. Así, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 240. V. SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) núms. 22-23.

[526] La prohibición no se base en la actividad prevista en sus respectivos objetos sociales, sino en la efectiva actividad desarrollada. En este sentido, v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 197-9. COTTINO, *Diritto commerciale*, *Le società*. I.2 (1999) 422, participa de la idea de que la administración de una empresa concurrente forma parte del supuesto y reclama una relación concurrencial concreta, relativa al los aspectos cualificados de la actividad de la empresa, y actual o, siendo potencial, al menos debe tener una proyección evolutiva temporalmente conectada a la actividad presente. Según BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 239, este es el problema más delicado de interpretación del art. 2390 CC, del cual no se ha encontrado solución segura. V. SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) núm. 20.

[527] V. art. 2390 CC it., que entrará en vigor el 1 de enero de 2004.

[528] V. al respecto SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) núms. 8 y 9.

[529] Así, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 199. V. ampliamente, SPOLIDORO, "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) núms. 13 a 18.

[530] V. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985) 238; FRANZONI / GALGANO, «La responsabilità degli Amministratori e dei Sindaci», *Tratt. Dir. Comm.* (1994) 50-1.

que cause a la sociedad de la utilización con ventaja propia o de tercero de los datos, noticias u oportunidades de negocio obtenidos en el ejercicio de su cargo».[531]

[531] V. también Relazione al decreto legislativo 17 gennario 2003, n. 6, sub. 3. SALANITRO, "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 53, señala que la disposición parece introducir una disciplina civil al supuesto de uso de información, en la medida que el D.L. de 11 de abril 2002 suprimió, entre otros, el delito de uso y divulgación de información social reservada (art. 2622 CC it.). Ello con independencia de la aplicación de la disciplinad el *insider trading* (art. 180 TUF). V. PESCATORE, «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003) 71.

4.
Alemania

a) El deber de lealtad

Introducción

102. El Derecho alemán de sociedades no hace reconocimiento expreso del deber de lealtad del administrador, de forma que la afirmación del deber de lealtad del administrador constituye una tarea doctrinal.[532] Debido a ello, el fundamento y la determinación del deber, así como los medios de protección de la sociedad en caso de conflicto, no han alcanzado el mismo nivel que otros ordenamientos con tradición en la materia.[533] En ausencia de un reconocimiento legal, el fundamento del deber de lealtad del administrador deriva del deber de buena fe (art. 242 BGB) y de la posición fiduciaria del administrador.[534] La Ley de sociedades anónimas sólo hace una referencia genérica al deber de diligencia del administrador al señalar que «los miembros de la Dirección deberán proceder con el cuidado de un gerente ordenado y fiel» (art. 93.1 AktG).

103. El deber de lealtad está basado en dos ideas rectoras: la exigencia de la subordinación de los intereses del administrador a los de la sociedad y la prohibición de aprovecharse de la sociedad.[535] La primera de las reglas se conjuga

---

[532] Afirman la existencia del deber, ia, HOPT, "Le gouvernement des entrepises et la responsabilité des dirigéants de la société par actions", RPdS (1997) 325, quien señala que la obligación de lealtad es una evidencia en el Derecho alemán de hace ya tiempo. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núms. 57 ss.

En general, v. KÜBLER, *Derecho de sociedades*, 2001; HOPT, "Le gouvernement des entrepises et la responsabilité des dirigéants de la société par actions", RPdS (1997) 315-335 ; MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) arts. 88, 89 y 93; id. (1996) art. 112; WIEDEMANN, *Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft*, 1989. V. también, BAUMS, "Personal liabilities of company directors in German law", ICCRL (1996) 318-24; ECKERT, "Shareholders and management: a comparative view on some corporate problems in the United States and Germany", Iowa LR (1960) 12-83.

[533] V. HOPT, "Le gouvernement des entrepises et la responsabilité des dirigéants de la société par actions", RPdS (1997) 325, 327. Sin embargo, la doctrina comparatista alemana ha dirigido su atención a los modelos anglosajones. V. MESTMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*. Karlsruhe, 1958, p. 152 ss., 209 ss.; ECKERT, "Shareholders and management: a comparative view on some corporate problems in the United States and Germany", Iowa LR (1960) 12-83; HOPT / TEUBNER, (eds), *Corporate governance and directors' liabilities. Legal, economic and sociological analyses on corporate social responsability*, 1985; WIEDEMANN, *Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft*, 1989, *passim*; BAUMS, "Personal liabilities of company directors in German law", ICCRL (1996) 318-24; HOPT / WYMEERSCH, (eds), *Comparative corporate governance. Essays and materials*, Berlin: Walter de Gruyter, 1997.

[534] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 57, señala que «el órgano de administración está sujeto al deber de lealtad que deriva del 242 BGB» a partir de su función representativa y de su posición especial de confianza. Sin embargo, la obligación de servir a la sociedad con lealtad «significa más que simplemente una obligación contractual». V. ibi la doctrina sobre la materia. A este respecto, KÜBLER, *Derecho de sociedades* (2001) 318, se pronuncia expresamente a favor de buscar el fundamento de la lealtad en la posición fiduciaria del cargo de administrador, de forma que el deber de actuar de buena fe en el tráfico presenta un alcance menor.

[535] V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 57, al precisar que la obligación de lealtad «prohíbe al administrador aprovecharse de la sociedad para sus propios intereses y sacar ventajas de su posición en la sociedad. También implica que deba dar prioridad a los intereses sociales por encima de los propios». Además, el administrador estaría sujeto a una

con la obligación de dar prioridad a los intereses sociales, lo que en caso de conflicto exige actuar en favor de la sociedad y por encima de los propios intereses.[536] Mediando un conflicto de intereses, la sociedad puede autorizar la conducta del administrador interesado a través de un acuerdo del Consejo de Vigilancia.[537] Sin embargo, si éste autoriza un comportamiento que pudiera ser perjudicial para la sociedad, la autorización es nula y el administrador no puede invocarla.[538] Con todo, la exigencia de subordinar los intereses personales a los sociales, no impide que el administrador procure mejorar las condiciones de su contrato, siempre que se sujete al deber de *disclosure* sobre las negociaciones de las condiciones contractuales.[539]

104. En cumplimiento del deber de *disclosure* como elemento esencial del deber de lealtad, los administradores deben informar a la sociedad de todo conflicto de intereses, sea éste actual o potencial.[540] De otro lado, el interesado está obligado a facilitar los controles adecuados para comprobar que cumplen con sus obligaciones. A estos efectos, los administradores deben facilitar toda la documentación necesaria.[541]

105. El administrador que ha obtenido beneficios no autorizados desde su posición de conflicto queda sujeto a la acción de enriquecimiento.[542]

106. El deber de lealtad no se extingue con el cese en el cargo, sino que sigue desprendiendo efectos con posterioridad.[543] En particular, el administrador cesado no puede aprovechar las oportunidades de negocio, ni utilizar las informaciones que dispone para realizar negocios privados, ni renegociar en su propio interés contratos de los que la sociedad haya sido parte.[544] Sin embargo, el deber de lealtad del administrador cesado no comporta un deber de no competencia, en la medida que el sujeto ya no tiene la obligación de promover el interés social ni de

---

obligación positiva de «debe poner a disposición de la sociedad su capacidad profesional, intelectual y experiencia sin ningún tipo de reservas» (id., núm. 58). V. también id., núm. 60.

[536] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 69, formula esta idea sobre la base de que del comportamiento del administrador la sociedad pueda resultar perjudicada.

[537] En todo caso, señala MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 6, «el deber de diligencia de un ordenado y fiel empresario es indisponible».

[538] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 69.

[539] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 70. Del deber de lealtad tampoco se deriva ninguna obligación financiera del administrador hacia la sociedad en caso de crisis financiera, ni está obligado a renunciar a los derechos que le corresponden contractual o legalmente. V. id. núm. 71.

[540] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 72.

[541] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 72.

V., además, el art. 90.1.4º AktG, que indica que «La Dirección deberá informar... al presidente del Consejo de Vigilancia por otras causas importantes; deberá considerarse también como causa importante una situación negocial concreta de una empresa vinculada que haya llegado al conocimiento de la Dirección y que pueda tener influencia considerable sobre la situación de la sociedad». Los informes que correspondan a este caso deben formularse «con la premura suficiente para que el Consejo de Vigilancia tenga oportunidad de fijar sus criterios antes de realizar las operaciones».

[542] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 73, afirma que en caso de aprovechamiento se aplica la acción de enriquecimiento prevista en el art. 88.2.II AktG y también en los arts. 93 y 687.II BGB.

[543] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núms. 57 y 74.

[544] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 74.

evitar que recaigan en la sociedad las desventajas económicas derivadas de su concurrencia en el mercado.[545]

Determinación del deber

107. El contenido del deber de lealtad ha sido formulado a través de su aplicación a diversos grupos de casos. Primero, para los supuestos de conflicto funcional, el administrador no debe asumir funciones fuera de la sociedad que puedan colisionar con sus obligaciones y con los intereses de la sociedad.[546] A este respecto, el administrador no puede gestionar los intereses del accionista mayoritario, si bien puede ser administrador de sociedades dentro de un mismo grupo.[547]

108. Segundo, en caso de conflicto posicional, no debe utilizar los poderes derivados del cargo para su propio beneficio, cuyo caso más conocido tiene lugar en los supuestos de OPA hostil.[548]

109. Tercero, quedan prohibidos aquellos comportamientos interesados que puedan perjudicar los intereses de la sociedad. Entre estos casos destacan la prohibición de obtener comisiones de terceros, o la concesión de beneficios a familiares, a terceros o a empresas participadas a través de medios indirectos.[549]

110. Cuarto, el administrador no puede aprovecharse de los bienes sociales al margen de las funciones relacionadas con el cargo.[550]

111. En quinto lugar, el administrador está sujeto a la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad.[551] El ámbito de las *corporate*

---

[545] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 74.

[546] V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 59, para quien el administrador está sujeto a una obligación irrenunciable de dedicar su capacidad profesional a la empresa y la autorización del consejo basada en el art. 88 AktG para realizar actividades competidoras deberán otorgarse para actividades distintas a las de la sociedad.

[547] V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 59, al señalar que en la administración de sociedades dentro de un mismo grupo «es mayor el beneficio del trabajo conjunto que el peligro de colisión de intereses entre órganos». V. *infra,* núm. 118.

[548] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 61, indica que los administradores deben actuar con imparcialidad y, en caso de OPA, «deben mantenerse siempre a favor de los intereses de la sociedad y de los accionistas».

[549] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 62, señala a «las ventas de activos por debajo de su precio o la adquisición de activos de poco valor...», como supuesto particular de aplicación de la prohibición.

[550] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 63, señala las dificultades de establecer la línea divisoria entre lo legal y lo ilegal, partiendo de la regla general según la cual «el administrador no puede utilizar los medios de la empresa fuera de las tareas requeridas por el ejercicio del cargo (coche, avión, etc.)». Sin embargo, cuando el uso de bienes permite ahorrar tiempo o facilitar una tarea propia del cargo, el aprovechamiento está justificado. Otro ejemplo concreto de uso de bienes se plantea en los casos de gastos de representación, viajes y dietas. Su justificación deberá tenerse en cuenta las funciones del cargo y su correspondencia con «los gastos razonables en comparación con empresas de la misma características y que sean proporcionados a la situación financiera de la sociedad» (id., núm. 65). Sin embargo, esta prohibición resulta independiente de las prestaciones y benéficos sociales que le correspondan como trabajador de la sociedad (id. núm. 66).

[551] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 67 y art. 88, núms. 3 y 8. Al respecto, el administrador debe respetar las oportunidades de negocio, no debe aprovecharlas para sí ni ofrecérselas a un tercero (personas cercanas, empresas con participación significativa, etc.). El desarrollo de la doctrina sobre las *coporate opportunities* es reciente y se ha basado en determinados supuestos judiciales. V. WEISSER, *Corporate opportunities*, Colonia, 1991.

opportunities abarca aquellos negocios que la sociedad ha mostrado su interés y se extiende a aquellas oportunidades en las cuales la sociedad ha entrado en negociaciones e incluso aquellas otras de las que sólo ha recibido una oferta.[552] El órgano de administración puede autorizar al administrador sólo cuando la sociedad rechaza la oportunidad y además no sea previsible que del aprovechamiento deriven daños a la sociedad.[553]

112. Por su parte, la regulación legal de conflicto de intereses de los administradores de sociedades alcanza sólo a la sociedad anónima dónde se regulan la contratación del administrador con la sociedad, la obtención de créditos y la prohibición de competencia (arts. 112, 89 y 88 AktG). En la medida que nuestro ordenamiento no recoge el sistema dualista, nuestra atención se centra en los conflictos de intereses que tienen lugar en el órgano de Dirección.[554]

b) Prohibición de competencia

Introducción

113. El artículo 88.1 AktG prohíbe a los miembros de la Dirección ejercitar actividades mercantiles y hacer operaciones por cuenta propia o ajena en el sector de actividad comercial de la sociedad, sin autorización del Consejo de Vigilancia. Sin autorización, tampoco podrán ser miembros de la Dirección, gerentes o socios personalmente responsables de otra sociedad mercantil.[555]

114. La norma está orientada a una doble finalidad. De un lado, se basa en la prohibición del administrador de perjudicar a la sociedad a través de negocios competitivos. De otro, el administrador está sujeto a un deber de plena dedicación según el cual debe dedicar toda su capacidad de trabajo a la sociedad.[556]

Ambito de aplicación

115. La aplicación de la norma abarca a todos los miembros de la Dirección y se extiende a los apoderados. No se exige a los administradores suplentes (art. 105.2 AktG), a los liquidadores (art. 268.3 AktG) ni a los administradores cesados, aunque éstos siguen obligados a determinados contenidos del deber de lealtad.[557]

---

[552] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 67.

[553] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 93, núm. 67. La autorización se concede sobre la base del art. 88.1 AktG. V. *infra,* núm. 120-121.

[554] Sobre el conflicto de intereses relativo a los miembros del Consejo de Vigilancia, v. los arts. 114 y 115 de la AktG.

El Consejo de Vigilancia es el órgano autorizante de los actos de competencia y de los créditos que afectan a los miembros de la Dirección y además es el órgano que autoriza los contratos entre los miembros del propio Consejo y la sociedad. Al respecto, la doctrina admite un deber de abstención de los miembros interesados del Consejo de Vigilancia, aunque la ley no diga expresamente. V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 465-7; MATTHIEßEN, *Stimmrecht und Interessenkollision im Aufschtsrat*, Colonia: Carl Heymanns (1983) 11.

[555] La prohibición legal puede ser completada a través de cláusulas contractuales. Ejemplo común de las mismas se contiene en la prohibición de competencia posterior al cese del administrador. Cabe fijar cláusulas penales, que si son desproporcionadas el juez podrá moderarlas (343 BGB). V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núms. 19 y 26-29; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 88, núm. 1.

[556] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 2. No existen reglas claras para describir la obligación de plena dedicación, si bien en términos generales «el administrador debe trabajar en exclusiva y evitar toda actividad que pueda menoscabar su dedicación».

[557] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 4. V. *supra*, núm. 106.

116. Al referirse al objeto de la prohibición, el artículo 88.1 AktG contempla diversos elementos. En primer lugar, la norma hace referencia al ejercicio de actividades mercantiles. Este ámbito objetivo se amplía por analogía a actividades equivalentes no mencionadas por la ley.[558] Al estar basada la prohibición en el deber de plena dedicación de forma que la sociedad debe tener a su disposición la entera actividad profesional del directivo, la prohibición relativa a las actividades mercantiles no se limita a las actividades concurrentes, abarcando todo el género de actividades, sean o no competidoras con las de la sociedad.[559] La causación de daño a la sociedad también es irrelevante y también lo es que la sociedad, previamente informada de la actividad, hubiera podido o querido desarrollarla por si misma.[560]

117. En segundo lugar, el artículo 88.1 prohíbe «hacer operaciones por cuenta propia o ajena en el sector comercial de la sociedad». El supuesto viene referido al ejercicio de negocios aislados, en cuyo caso la prohibición sólo alcanza a los actos incluidos en el objeto social.[561] La interpretación del concepto de sector comercial en relación al objeto social resulta idónea por su definición estatutaria en la medida que sea la actividad que realiza la sociedad.[562]

118. En tercer lugar, la norma prohíbe a los miembros de la Dirección «ser miembros de la Dirección o gerentes... de otra sociedad mercantil».[563]

119. Finalmente, la disposición recoge la prohibición dirigida al miembro de la Dirección de «socios personalmente responsables de otra sociedad mercantil».

Autorización

120. La realización de las actividades prohibidas está sujeta a la autorización del Consejo de Vigilancia.[564] El contenido de la prohibición es disponible en la medida que el Consejo puede levantarla o limitarla.[565] Sin embargo, el núcleo de la prohibición de competencia tiene carácter imperativo, en la medida que no cabe una autorización en blanco, ni el contrato de dirección puede derogar la prohibición de competencia.[566] El administrador interesado debe solicitar autorización antes de

---

[558] En esta dirección, MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 3, señala que el art. 88 AktG al regular sólo una aspecto del deber de lealtad del administrador «es necesaria su aplicación por analogía a las actividades empresariales o liberales que no se incluyen en el concepto de actividad mercantil, así como la posición de un socio de control en una sociedad civil con fines empresariales o en una posición orgánica comparable en una sociedad extranjera». Sobre la prohibición de hacer uso de las oportunidades de negocio, v. *supra,* núm. 111.

[559] Que las actividades entren en competencia con la sociedad, resulta irrelevante para la prohibición. V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 8.

[560] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 8.

[561] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 8.

[562] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 9, subraya que «resulta adecuado o conveniente interpretar el concepto de el sector comercial de la sociedad en el sentido de “actividad que realmente realiza la sociedad”, siempre y cuando de esta interpretación no resulte un ámbito que resulte demasiado estricto».

[563] Sobre el alcance de esta prohibición a la dirección de sociedades del mismo grupo, v. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 9.

[564] V. GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 88, núms. 5-6.

[565] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 6.

[566] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 6. Otros autores (Baumbah / Huek / Hefermel) entienden que los estatutos pueden restringir la prohibición (ampliando el ámbito de actuación de los administradores). Sin embargo, según Mertens esto no es posible en la medida que los Estatutos sólo pueden dar directrices al Consejo de Vigilancia. El Consejo de Vigilancia

realizar la actividad concurrente, de forma que las conductas prohibidas por el artículo 88 no pueden ser convalidadas, como hechos consumados, por acuerdo del Consejo de Vigilancia.[567] La dispensa de actividades concurrentes puede justificarse por el beneficio que puede generar a la sociedad, siempre que no perjudique el buen funcionamiento del órgano de administración ni a la empresa social.[568]

121. «La autorización del Consejo de Vigilancia sólo se puede otorgar para determinadas actividades o sociedades mercantiles, o para determinadas clases de operaciones» (art. 88.1. AktG). El órgano autorizante puede ser el Consejo o una de sus comisiones.[569] El consentimiento ha de partir de un acuerdo, si bien puede ser expreso o deducirse implícitamente de la decisión adoptada.[570] Sin embargo, no es válida la autorización tácita, como resultaría del hecho de que el interesado realice una conducta sin oposición por parte del órgano de administración.[571] El consentimiento puede tener carácter revocable o irrevocable.[572]

Sanción

122. La ley establece una sanción con acciones de carácter alternativo para la sociedad, al decir que si «un miembro de la Dirección infringe esta prohibición, la sociedad podrá exigir la correspondiente indemnización por daños. En su lugar, podrá pedir al administrador interesado que haga figurar las operaciones realizadas por cuenta propia como operaciones realizadas por cuenta de la sociedad (novación subjetiva), y entregue la remuneración obtenida por las operaciones por cuenta ajena, o ceda su derecho a ser retribuido» (derecho de restitución, de la remuneración o del derecho sobre la misma).[573] Corresponde al Consejo de Vigilancia la elección entre las acciones de indemnización y de enriquecimiento, que deberá comunicar al administrador interesado.[574] Adoptada la decisión, la elección tiene carácter irrevocable.[575] La prueba del daño o del enriquecimiento corresponde a la sociedad.[576] Los plazos de prescripción son de tres meses desde su conocimiento o en todo caso de cinco años.[577]

---

tampoco puede disponer respecto de las acciones de la sociedad de reclamar los daños causados por infracciones a la prohibición de concurrencia. V. id., núm 12.

[567] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 12.

[568] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 2.

[569] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 11.

[570] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 11.

[571] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 11.

[572] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 13, señala que si la autorización forme parte del contenido del contrato del directivo, no es un consentimiento que pueda revocarse unilateralmente. En caso de duda habrá que atender que el consentimiento es irrevocable en los siguientes casos: 1) adquisición de un negocio, 2) ejercicio de una actividad comercial, 3) asunción de un cargo en un órgano societario o participación en una sociedad. Debe entenderse revocable sólo en tipos concretos de actividades o de negocios.

[573] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 14, señala que es preciso distinguir la acción que dispone la sociedad frente al administrador del derecho entrada o de representación correspondiente a los arts. 61, 113 HGB. V. GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 88, núm. 7.

[574] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 16.

[575] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 16.

[576] MERTENS, Kölner Komm. 1996, art. 88, núm. 18.

[577] Según el art. 88.3 AktG, «[l]as acciones de la sociedad prescribirán a los tres meses a partir de la fecha en que los restantes miembros de la Dirección y del Consejo de Vigilancia hayan tenido conocimiento del hecho que obliga a la indemnización por daños. Sin tener en cuenta este conocimiento, prescribirán a los cinco años de producirse». Sobre los dos plazos de prescripción,

123. No cabe ejercitar la acción de enriquecimiento en aquellos casos en los que la sociedad no hubiera podido ejercitar la actividad por si misma, por ser el negocio ilegal o contrario a las buenas costumbres.[578]

124. La sanción se limita al derecho de elección entre indemnización y enriquecimiento, de forma que de la violación de la prohibición de competencia no se deriva la nulidad del negocio realizado.[579] Las acciones se dirigen contra el administrador interesado, de forma que no se admiten acciones de indemnización por daños frente a terceros contratantes.[580] Si el administrador interesado, actuando por cuenta propia, ha contratado con un tercero y la sociedad exige la novación subjetiva del negocio en su favor, la relación jurídica sigue existiendo frente al tercero y el administrador adquirirá la posición jurídica de un comisionista (art. 666 BGB).[581]

c) Concesión de créditos a los miembros de la Dirección

Introducción

125. El vigente régimen de concesión de créditos a los miembros de la Dirección no establece una prohibición general, sino que condiciona su admisión a la previa autorización del Consejo de Vigilancia (art. 89 AktG).[582] La finalidad de la norma descansa sobre el objeto de evitar que abusos que puedan producir un daño a la sociedad.[583] Se trata de establecer un control objetivo de las reglas de concesión de crédito a través de la intervención del Consejo.[584] La disposición tiene carácter imperativo, de forma que los estatutos sólo pueden reforzar la prohibición, ya sea con requisitos adicionales o con una prohibición absoluta.[585]

Ambito de aplicación

126. La regulación legal responde a un esquema muy detallado en lo que afecta al ámbito subjetivo de aplicación. El régimen de concesión de créditos se aplica además de los miembros de la Dirección, a los apoderados, y se extiende a los créditos al cónyuge o al hijo menor de edad y a terceros que actúen por cuenta de alguno de los anteriores.[586] Por el carácter prohibitivo de la norma, la regulación de los medios para eludir la prohibición deberá interpretarse restrictivamente, de forma

---

v. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 22-5; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 88, núms. 8-9.

[578] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 15.

[579] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 15, justifica el criterio del legislador al decir que la ley no desaprueba el negocio en sí sino la conducta desleal del directivo.

[580] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 22.

[581] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 21.

[582] Si la sociedad es una institución de crédito, se aplicarán las disposiciones de la Ley relativa al sistema crediticio (Gesetz uber das Kreditwesen) (art. 89.6 AktG). V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 88, núm. 22; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 89, núm. 15.. Sobre la concesión de créditos a los miembros del Consejo de Vigilancia, v. art. 115 AktG.

[583] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 2.

[584] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 2.

[585] El Consejo de Vigilancia puede derogar el contenido prohibitivo de las cláusulas estatutarias, si considera que la concesión del préstamo resulta de interés para la sociedad. V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 3.

[586] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 4, señala que también se aplica a los liquidadores y a los miembros del consejo de vigilancia que en virtud del art. 105.II actúen transitoriamente como suplentes de miembros de la Dirección. Sobre el régimen relativo a los apoderados, v. id., núms. 5-7. WIEDEMANN, *Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft* (1989) 20, advierte que la lista no es exhaustiva.

que no entran en su ámbito de aplicación los créditos concedidos a hijos mayores de edad, ni aun cuando convivan con el interesado, ni tampoco otras relaciones familiares. Sin embargo, tales personas caben dentro del concepto de terceros que actúan por cuenta del sujeto pasivo de la prohibición (persona interpuesta).[587] A los fines de evitar el fraude de ley, la disposición también sujeta al mismo régimen el supuesto de concesión de crédito a las sociedades en las cuales el miembro de la Dirección o el apoderado es a su vez representante, miembro del Consejo de Vigilancia o socio personalista.[588]

127. El ámbito objetivo se centra, de un lado, en el concepto de crédito. Aun cuando se postula una interpretación económica amplia de lo que debe entenderse como tal, debe rechazarse lo que no se considera crédito en el tráfico.[589] Al esquema del crédito responden los aplazamientos inusuales de pagos, las concesiones de garantías, ya sean fianzas o constituciones de prenda.[590] De otro lado, la propia norma excluye del ámbito de aplicación a «aquellos créditos que no rebasen el salario mensual» (art. 89.1, frase 5 AktG).[591]

Autorización

128. En virtud el artículo 89.1 AktG «[l]a sociedad solamente puede conceder créditos a los miembros de la Dirección sobre la base del acuerdo del Consejo de Vigilancia». Además, por aplicación del artículo 112 AktG, el Consejo de Vigilancia es el órgano social que representa a la sociedad en la firma del negocio jurídico. Respecto de los créditos concedidos a otros sujetos –apoderados, familiares, etc.–, la autorización procede del Consejo de Vigilancia pero la representación de la sociedad en el contrato recaerá en el miembro de la Dirección.[592]

129. La ley sujeta el acuerdo de concesión del crédito a determinadas condiciones. «El acuerdo se adoptará únicamente, en relación a determinadas operaciones o clases

---

[587] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 8.

[588] Con todo, el art. 89.4, al final AktG establece que «[l]a anterior disposición no es aplicable si la persona jurídica o la sociedad mercantil personalista están vinculadas con la sociedad, o cuando el crédito se concede para el pago de mercancías que la sociedad suministra a la persona jurídica o a la sociedad mercantil personalista». V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 9; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 89, núm. 12.

[589] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 11, precisa que una mensualidad de alquiler pagada con retraso no responde a la idea de un crédito; tampoco es concesión de crédito el no ejercitar de acciones contra la persona que debe contar con la autorización, mientras tanto no exista un litigio; no es concesión de crédito un anticipo para gastos, ni el pago que se hace para los suministros.

[590] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 11.

[591] Además el art. 89.1 AktG establece que «[l]a concesión de un crédito se equipara a la autorización para la retirada de dinero que rebase las retribuciones que correspondan al miembro de la Dirección, y, en especial, la autorización para la retirada de anticipos sobre retribuciones». MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 12, critica la norma por establecer un límite demasiado bajo que conduce a problemas administrativos innecesarios. El salario bruto se entiende antes de deducción de impuestos y deducciones sociales. Si no existe un salario fijo la disposición es inaplicable. De otro lado, la sociedad puede tener interés en conceder un nivel de crédito adecuado a los miembros de la Dirección y a otros directivos a los efectos de crear una mayor vinculación con la sociedad y evitar que obtengan crédito de terceros y que su situación patrimonial se vuelva poco transparente para la sociedad. La sociedad también puede estar interesada en evitar la insolvencia de uno de sus directivo por razones de prestigio de la empresa. V. id., núm. 21.

[592] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 14, señala que la autorización presupone un acuerdo previo del Consejo o de una comisión sobre la concesión del crédito. V. GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 89, núms. 4-8 y 9-11.

de operaciones de crédito, y con una antelación no superior a tres meses. En el acuerdo se deberá disponer sobre los intereses y la devolución del crédito» (art. 89.1 AktG).[593] Sin embargo, la norma no delimita la forma determinar los intereses ni como deben cuantificarse las cuotas de devolución del crédito.[594] Finalmente, un ulterior requisito de carácter informativo procede del artículo 285.9.c HGB, según el cual los créditos concedidos por los miembros de la dirección en virtud de los dispuesto en el artículo 89 AktG deben reflejarse en las cuentas anuales de la sociedad junto con la indicación de los intereses, las condiciones especiales del crédito y, en su caso, las cantidades devueltas durante el ejercicio.[595]

Sanción

130. La concesión de créditos infringiendo las exigencia legales, comporta la exigencia de «devolver[lo] inmediatamente, sin tener en cuenta los convenios que se opongan, a menos que el Consejo de Vigilancia de su ratificación posterior».[596] La primera cuestión que plantea la norma reside en la validez del crédito que incumple los requisitos relativos a la autorización previa. Al respecto, es preciso diferenciar entre dos situaciones. De un lado, si el Consejo de Vigilancia no ha actuado como representante en la concesión del crédito, el crédito otorgado a un miembro de la Dirección es nulo por lo que dispone el artículo 112 AktG.[597] Sin embargo, en el resto de los casos, se postula que el crédito es válido, aun en los casos que falte la preceptiva autorización de Consejo de Vigilancia.[598] Consiguientemente, frente al interesado, la sociedad puede exigirle los intereses derivados del crédito y conserva las garantías establecidas. Por la misma razón, la sociedad no dispone de acciones frente a terceros, que hubieran recibido el importe del crédito o que hubieran prestado garantía.[599]

131. La segunda cuestión se refiere al derecho de restitución que tiene la sociedad frente al interesado, cuya naturaleza es de carácter imperativo.[600] Si el Consejo de Vigilancia ratifica una vez se ha producido el crédito no autorizado, el derecho de restitución decae.

132. El régimen de la sanción se completa con la exigencia de la responsabilidad de los administradores que deriva del artículo 93.3.8º AktG. El precepto dispone que «los

---

[593] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núms. 15 y 16. La determinación de la operación puede hacerse a través de concretar el importe o una cifra máxima del crédito, etc.

[594] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 17, sostiene que bastaría que el acuerdo remitiera a lo dispuesto en el contrato que origina la deuda. Respecto a la determinación de los intereses señala que la norma ni siquiera se excluye la posibilidad de un crédito sin intereses. La finalidad de la norma consiste en que el acuerdo del Consejo de vigilancia regule las modalidades de devolución, así como el tipo de interés. En caso de que el acuerdo no se refiere a estos extremos, el acuerdo sería inválido y la sociedad tendría derecho a la inmediata restitución del crédito.

[595] V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 18; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 89, núm. 14..

[596] V. GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 89, núm. 13.

[597] V. *infra*, núms.33 ss.

[598] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 19.

[599] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 19. En todo caso, en la relación con los terceros son de aplicación las reglas sobre abuso de poder de representación, si esos terceros conocían o era evidente para ellos que incurrían en un caso de prohibición.

[600] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 20. El derecho de restitución es una manifestación legal del derecho de restitución contractual frente a aquel contra el que no puede darse una acción por enriquecimiento y para aquellos que responden por las garantías relativas por el crédito.

miembros de la Dirección están obligados especialmente a la indemnización por daños, si, en contra de la Ley... se otorgan créditos». De su parte, la responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia por conceder un crédito contra lo establecido en el artículo 89 se ampara en lo dispuesto en artículo 116, que remite al deber de diligencia y responsabilidad de los miembros de la Dirección.[601] La responsabilidad de los administradores no solo abarca el incumplimiento de los requisitos relativos a la autorización del crédito, sino de cualquier incumplimiento de sus obligaciones.[602]

d) Contratación

Introducción

133. En materia de representación, la regla general se encuentra regulada en el artículo 78 AktG, según la cual el Organo de Dirección ostenta la representación de la sociedad. Sin embargo, en los casos de contratación del miembro de la dirección con la sociedad la ley establece una excepción al privar de poder de representación al Organo de Dirección y reconocerlo en favor del Organo de Vigilancia. Al respecto, la norma prevista en el artículo 112 AktG establece que el Consejo de Vigilancia representará a la sociedad frente a los miembros de la Dirección.[603] La finalidad de la norma reside en la protección del interés social puesto en peligro en los casos de contratación interesada por parte del administrador.[604]

134. Ante el silencio del artículo 112 AktG, la jurisprudencia ha reconocido que el administrador tiene un deber de informar a la sociedad de la intención de contratar con la sociedad a través de una comunicación al Consejo de Vigilancia. El contenido del deber afecta no sólo a la naturaleza del contrato, sino a su contenido y circunstancias. Independientemente del procedimiento legalmente previsto, la jurisprudencia ha reconocido un deber general de comunicación a los demás miembros de la Dirección por parte de aquellos administradores en conflicto de intereses respecto de una operación que vaya a ser objeto de deliberación por el mencionado órgano.

135. La norma contenida en el artículo 112 tiene carácter imperativo, por lo cual los poderes de representación del Consejo de Vigilancia no pueden ser limitados por la junta general, aún cuando ésta puede establecer ciertas reglas relativas al ejercicio del poder de representación, como por ejemplo quien será la persona que realice las declaraciones de voluntad del órgano de vigilancia.[605]

136. La disposición sólo se encuentra en la ley de sociedades anónimas, por lo que no es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada. Para esta sociedad, en los casos de contratación del administrador con la sociedad la disciplina aplicable es la de la autocontratación prevista en el artículo 181 BGB, según el cual un representante no puede autocontratar, salvo autorización del representado, a

[601] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 21.

[602] MERTENS, *Kölner Komm*. II.1 (1989) art. 89, núm. 21.

[603] La norma encuentra su origen en el art. 247 del Código de comercio de 1897, reproducida en el art. 97 de la Ley de 1937. Esta disposición preveía que ante la situación contratación de un miembro de la Dirección con la sociedad, ésta podía ser representada por el Consejo de Vigilancia o por el de Dirección. Mientras, la Ley de 1965 en su art. 112 atribuye la competencia de la representación de la sociedad en tales supuestos exclusivamente al Consejo de vigilancia. V. KÜBLER, *Derecho de sociedades* (2001) 314.

[604] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 2.

[605] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 4.

menos que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación.[606]

Ambito de aplicación

137. El ámbito de aplicación objetivo se entiende en un sentido amplio, al extenderse a todos los negocios que los administradores realizan con la sociedad. El poder de representación otorgado al Consejo de Vigilancia se extiende a los contratos que tengan por objeto relaciones laborales y de servicios e incluso aquellos actos que se refieran a las necesidades personales del administrador.[607] Sin embargo, cuando el administrador adquiera bienes y servicios de la sociedad, el Consejo de Vigilancia puede conceder un poder de representación a empleados de la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección. En tales casos, el Consejo de Vigilancia tomará las medidas de control necesarias para evitar el riesgo a la utilización abusiva del poder a consecuencia de la dependencia jerárquica del apoderado respecto del miembro del órgano de la dirección.[608] El artículo 112 también se aplica cuando un tercero actúa en representación del miembro del Organo de Dirección o cuanto la sociedad contrata con un tercero que mantiene identidad económica con el miembro de la Dirección.[609]

138. El ámbito de aplicación subjetivo abarca un círculo de personas más amplio que el de los componentes de Organo de Dirección. Aunque no venga reconocido expresamente, la finalidad de la norma permite extender su aplicación a los candidatos a miembros al Organo de Dirección con los cuales la sociedad esté en negociación y también los miembros del órgano de dirección que han cesado y a sus familiares, siempre y cuando se trate de asuntos que estén relacionados con la actividad ejercida por esa persona en concreto.[610] La representación también recae en el Organo de Vigilancia cuando el miembro del órgano de la Dirección ha sido

---

[606] Por remisión expresa del art. 35.4 GmbHG, el art. 181 BGB resulta aplicable a la sociedad limitada con socio único que sea el único *Geschäftsführer*. Sobre la autocontratación, v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773-6; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 493-9; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 942-956.

A falta de una sanción expresa, la doctrina afirma que la infracción del art. 181 BGB comporta, por aplicación analógica, la sanción de ineficacia prevista para los supuestos de extralimitación de facultades. Según el art. 177.I BGB, «[s]i alguien concluye un contrato en el nombre de otro sin autorización, la validez del contrato depende, en lo que se refiere al representado, de su ratificación». V. al respecto, FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 944; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 496-7.

[607] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 15.

[608] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 15.

[609] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 14. La disposición se aplica cuando el miembro del Organo de Dirección es accionista de una sociedad contratante. V. GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 112, núm. 5.

[610] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 8. La norma se aplica respecto de aquellas personas que van a ser administradores, ya sea porque ya han firmado el contrato laboral ya porque están inmersas en un proceso de negociación habiendo recibido promesas de abono de costes de viaje u otros gastos. V. id. núm 9 y GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 112, núm. 3. Respecto de los administradores cesados, la regla del 112 se aplica si el negocio tiene origen en la actividad desarrollada por ese directivo cesado. Cuando un miembro del Organo de Dirección entra a formar parte del Consejo de Vigilancia, éste retiene la competencia de la representación para cuestiones surgidas cuando aquél estaba ejerciendo sus funciones en el Organo de Dirección. V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 10. La extensión a los familiares del miembro del Organo de la Dirección interesado resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (BHG) en casos concretos y se refiere siempre a una relación entre el miembro del Organo de Vigilancia y la sociedad, aún cuando el administrador ya haya fallecido (p.e., en caso de pensiones). V. id., núm. 11 y GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 112, núm. 4.

nombrado de forma irregular.[611]

139. Frente a terceros, el órgano de vigilancia es titular de un poder de representación sólo para llevar a término aquellos negocios auxiliares necesarios para realizar las funciones de representación frente a los miembros del órgano de dirección.[612]

Ejercicio del poder y delegación

140. El poder de representación recae en el órgano de vigilancia en su conjunto y no sobre miembros individuales ni aún en su Presidente. Sin embargo, aunque no esté reconocido expresamente, el Presidente puede llevar a término los negocios auxiliares necesarios para el ejercicio de las funciones derivadas del artículo 112 AktG.[613] El ejercicio del poder de representación por parte del órgano de vigilancia requiere un previo acuerdo del órgano que plasme la voluntad social.[614]

141. El órgano de vigilancia no puede delegar ese poder de representación que le otorga la ley a terceros ajenos al órgano.[615] Sin embargo, el poder de representación puede delegarse a favor de una comisión del propio órgano, cumpliendo con los mismos requisitos y límites que los demás casos de delegación de funciones del Organo de Vigilancia.[616] La delegación a favor de determinados miembros del Consejo de Vigilancia es posible en la fase de ejecución del poder de representación.[617] Mientras, en la fase de formación de la voluntad sólo puede participar el órgano en su conjunto o una comisión.[618] Los estatutos pueden regular quien debe emitir la declaración de voluntad el órgano de vigilancia.[619]

Sanción

142. La disposición no indica la sanción derivada de su incumplimiento. Al respecto se señala que los negocios llevados a término por los miembros del Consejo de Dirección sin tener en cuenta el poder de representación que ostenta el órgano de vigilancia son nulos y no pueden ser ratificados con posterioridad.[620] Finalmente, el administrador que por su conducta desleal cause daños a la sociedad, queda sujeto a las acciones de responsabilidad según las reglas generales.

---

[611] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 12.

[612] Por ejemplo, cuando el organo requiere asesoramiento en cuestiones jurídicas o fiscales u otros conocimientos técnicos necesarios para contratar con el miembro de la Dirección., sin tener que pedir al Organo de Dirección que celebre tales contratos. V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núms. 16-19.

[613] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 21.

[614] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 22. V. también id., núms. 23 a 25.

[615] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 3.

[616] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 26.

[617] El miembro del Organo de Vigilancia prueba que ostenta el poder de representación a través de la exhibición del correspondiente acuerdo de Organo de Vigilancia. V. MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 32.

[618] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 27-30.

[619] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 31.

[620] MERTENS, *Kölner Komm*. II.2 (1996) sub. 112, núm. 5; GEßLER, *Aktiengesetz Komm.* (2002) sub. 112, núm. 5.

III. ORDENAMIENTOS ANGLOSAJONES

1.
Los deberes fiduciarios

a) "Fiduciary relationship" y "agency relationship"

Relación fiduciaria

143. Los ordenamientos regidos por el *common law* prescriben el deber de lealtad del administrador en el marco de los llamados deberes fiduciarios, cuyos principios y reglas encuentran su fundamento y contenido general en la denominada *fiduciary relationship*.[621] Se entiende que una persona se encuentra vinculada por una *fiduciary relationship* y por los deberes derivados de la relación fiduciaria cuando una persona se compromete a realizar determinada conducta en beneficio de otro, con exclusión de los intereses propios.[622] Su ámbito de aplicación subjetivo

---

[621] Sobre los deberes fiduciarios, v. AAVV, *Commercial Aspects of Trusts*, 1992; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*., 1994; ABA, *Corporate Director's Guidebook,* 2001; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I, 1994; ALI, *Restatement of Agency*, 1958; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 738-95; ARROYO, "*Trust* y ley civil", RJC (1983) 95-108; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law*, 2000; BRUDNEY / CLARK, "A new look", Harv. LR (1981) 998-1062; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials*, 1988 y 1995; CLARK, *Corporate Law*, 1986; CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Análisis*, 1982; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1045-70; DAVIES, *Introduction to Company Law*, 2002; DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, 1988; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law*, 1991; EISENBERG, "An overview of the Principles of Corporate Governance", Bus. Law. (1993) 1271-1286; Id., "The structure of Corporation Law", Colum. LR, (1989) 1461-1525; Id, "Self-interested transactions in Corporate Law", J. Corp. L (1988) 997-1009; ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, 1961; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law*, 1991; FINN, *Fiduciary Obligations*, 1977; id., «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 7-42; FRANKEL, "Fiduciary Law", Cal. LR (1983) 795-836; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, 1981; GIRON, *Introducción al Derecho mercantil inglés*, 1950; GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 1997; HAMILTON, *Corporations*, 1998; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations*, 1983; JAMES, *English law*, 1989; KEENAN, *English law*, 2001; MARSH, "Are directors trustees?", Bus. Law. (1966) 35-76; PARKINSON, *Corporate power and responsibility* (1994); PENNINGTON, *Directors' personal Liability*, 1989; REYNOLDS, *Bownstead on Agency*, 1985; SCOTT / FRATCHER, *The law of trusts* (1987) sub. 163A ss.; SEALY, "Fiduciary relationships", Cam. LJ (1962) 69-81; Id., "Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963) 119-40; Id., "The director as trustee", Cam. LJ (1967) 83-107; SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries,* 1981; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy*, 1998.

[622] A pesar de la larga tradición de la figura, no se ha generalizado un concepto ampliamente aceptado de lo que se entiende por relación fiduciaria. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 201, se refiere al fiduciario en un sentido amplio, entendiendo como tal a «aquel que se compromete a actuar en representación de otro». En relación a los fines e intereses que debe defender el fiduciario, FINN, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 9, señala que «una persona será un fiduciario en su relación con otra cuando y en la medida que la otra parte está legitimada a esperar que actuará en su interés o (como sucede en una *partnership*) en su interés común, con exclusión de sus propios intereses... La idea central consiste en servir a los intereses de otro». Otros autores como SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 93, define la relación fiduciaria sobre la base de la transmisión de poderes de un sujeto a otro; para este autor los poderes relativos a la relación consisten en la capacidad de un persona para actuar en interés de otro. En ciertos casos, la doctrina no da una definición de relaciones fiduciarias y se centra en clasificar su tipología y establecer las reglas que

comúnmente aceptado reside en los *trustees*, *agents* y administradores de sociedades.[623]

El *trust*

144. La doctrina de los deberes fiduciarios de los administradores procede de las reglas del *trust*.[624] En su origen, el término fiduciario –cuyo término latino *fides*, significa fe y confianza– fue usado en el *common* law para describir los deberes impuestos al

---

las ordenan. V. en esta dirección SEALY, "Fiduciary relationships", Cam. LJ (1962) 69-81 y particularmente pp. 73-4. Para este autor, uno de los tipos de de relación fiduciaria puede definirse como aquella situación en la cual una persona confía un encargo a otro; el fiduciario se encuentra en esta situación cuando se compromete a actuar por cuenta de otro o en beneficio de otro [v. id., p. 76]. V. más ampliamente, id., "Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963) 122-24.

Además, el cuerpo doctrinal anglosajón suele ser prágmatíco y casuítico, tendente a evitar las definiciones. V., *ia*, las notas de PENNINGTON, *Directors' personal Liability* (1989) 2-3. De su lado, la propia doctrina reconoce la incertidumbre e imprecisión existente en relación a la definición de fiduciario y sus deberes. V. CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 472. También la casuística judicial constata la falta de definición. V. *ia*, LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., (Can. 1989) donde el tribunal señaló que «existen pocos conceptos legales tan frecuentemente invocados y menos conceptualmente ciertos que el de la relación fiduciaria»; *apud*, COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1045.

Sobre el sistema del *Common law* visto desde la perspectiva jurídica española, v. DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (1988) cap. VIII, págs. 189 ss.

[623] Así, COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1046. En esta dirección, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 199, precisan que el «reconocimiento y solución de los conflictos de intereses se ha dirigido al contexto de otras relaciones jurídicas, tales como la del agente y principal (Restatement, Second, Agency, sub. 387-398), la del *trustee* y el beneficiario (Restatement, Second, Trusts, sub. 170-206), además de las relaciones entre socios personalistas (*partners* y *joint venturers*)». En el Derecho de sociedades, la relación fiduciaria se adscribe al administrador, a los empleados que actúan como *agents*, al socio de control y al socio personalista. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 223; BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 998. En un círculo más amplio, se incorporan dentro de este concepto a una variedad de relaciones con características comunes: los asesores de inversiones, albaceas, tutores, síndicos, etc. V. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 201; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 757; FRANKEL, "Fiduciary Law", Cal. LR (1983) 795 y *passim*. V. en particular la reflexión de FINN, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 7 y ss., sobre la extensión de la relación a la asesoría y contratos en general, a los bancos, grandes firmas de profesionales, etc.

En un sentido más genérico y amplio, la doctrina menos reciente daba cabida, dentro de las relaciones fiduciarias, a las relaciones de confianza en general, a través de la llamada doctrina del *undue influence*. Esta doctrina se aplicaría a relaciones de diversa naturaleza, entre las cuales señalamos las del médico y paciente, sacerdote y feligrés, etc., cuando una persona interesada ejerce una influencia relevante sobre otra abusando de la confianza creada y sin desvelar su interés en el negocio. V. sobre ello, SEALY, "Fiduciary relationships", Cam. LJ (1962) 78-9 y nota 55; FINN, *Fiduciary obligations* (1977) 79, 82 ss. V. también referencias sobre esta posición, en SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 93. En fin, como señala KAPLAN, "Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporations", reproducido parcialmente en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 472, además de las relaciones típicamente fiduciarias, el concepto se extiende a «un amplio grupo de otras personas aún no identificadas».

[624] Sobre la noción del *trust* y sobre sus reglas fundamentales, v. ampliamente SCOTT / FRATCHER, *The law of trusts* (1987) sub. 2-16 y *passim*. Además, ARROYO, "*Trust* y ley civil", RJC (1983) 99, 106; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil* (1981) 23-4; JAMES, *English law* (1989) 498-512; KEENAN, *English law* (2001) 5, 10 y 552; SEALY, "Fiduciary relationships", Cam. LJ (1962) 71; Id., "Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963) 120; Id., "The director as trustee", Cam. LJ (1967) 84.

trustee.[625] Hoy no puede asimilarse el término fiduciario al de *trustee* en tanto que éste es sólo una de las categorías de fiduciarios. La relación fiduciaria de *trust* configura la relación primaria sobre la cual se han ido expandiendo las obligaciones fiduciarias a través de la analogía, tal como ha sucedido en el Derecho de sociedades.[626] Si embargo, en la medida que el Derecho de sociedades adquiere un papel más importante y va institucionalizándose, el uso de las reglas del *trust* se va erosionando gradualmente.[627]

La *agency relationship*

145. La *agency relationship* es una de las categorías de relación fiduciaria según la cual las partes acuerdan que una de ellas, el *agent*, se obliga a actuar en representación y sujeto al control de la otra, el principal.[628] La actuación del agente puede hacerse en nombre del principal o sin hacer referencia a la actuación representativa.[629] La relación presenta tres características esenciales. La primera se refiere a que el agente dispone de poder para modificar las relaciones jurídicas entre el principal y terceras personas.[630] La segunda, pone de manifiesto que un

---

[625] BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 1001. El conjunto de países que siguen los principios del *common law* gozan, en el ámbito del derecho de sociedades, de una amplia tradición jurisprudencial basada en reglas derivadas de los deberes fiduciarios cuyas raíces se remontan a los inicios de la moderna sociedad. Entre los casos de mayor antigüedad, se suele citar la sentencia inglesa *Keech v. Sanford* 25 Eng. Rep. 223 (1726). V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 598.

[626] Según KAPLAN, “Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporations”, reproducido parcialmente en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 472, «[e]l concepto de ‘fiduciario’ puede servir como una ficción legal útil para estimular desarrrollar nuevas o expansivas obligaciones analógicas que parten del concepto original de *trustee*».

[627] SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 658. Sin embargo, según HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 626, a pesar de que la analogía puede ser útil, los principios que se derivan de las relaciones fiduciarias «no puede aplicarse siempre de forma estricta al administrador... pues no o siempre queda sujeto a las estrictas reglas que se aplican a fiduciarios como *trustees* o agentes».

[628] La definición procede del ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 1. *Idem*, REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 1. El mismo autor (id. sub. 1-003) señala que la expresión *agency* se refiere a aquella situación según la cual una persona, el agente, puede afectar directamente las relaciones jurídicas de otra, el principal, en relación a otras personas, llamadas terceros, a través de actos realizados por el agente actuando por cuenta del principal, de forma que una vez ejecutados se entienden, en determinados aspectos, como actos del principal. Para una breve definición de la relación de agencia, con remisión al *Restatement* y sus comentarios, v. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 2. Para HAMILTON, *Corporations* (1998) 1098, «*agency* es básicamente una relación consensual en la cual una persona acuerda actuar en beneficio de otro».

Sobre algunas particularidades relativas al concepto de *agency* entre la doctrina británica americana, v. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 43-4.

Señala GIRON, *Introducción al Derecho mercantil inglés* (1950) 65-6, que la expresión inglesa *agency* no tiene equivalente en el Derecho continental, si bien en este ámbito presentan similitudes las instituciones el mandato y el arrendamiento de servicios.

[629] V. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 4, relativo a las siguientes situaciones: *disclosed principal*, *partially disclosed principal* y *undisclosed principal*. Esta última figura hacer referencia a aquellas situaciones en las cuales el tercero no tiene conocimiento de que el agente está actuando por cuenta del principal. V. también, REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 1-007 y 1-035.

[630] REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 1-004; ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 12. Sobre los particulares poderes para la realización de determinados actos y

agente está obligado por los deberes fiduciarios con respecto a las materias incluidas en el ámbito de su mandato.[631] La tercera característica descansa en la idea del derecho del principal a ejercer un control sobre la conducta del agente respecto los asuntos encomendados.[632]

Diferencias

146. Esta última nota relativa a la dirección del comportamiento del agente por parte del principal es el elemento distintivo de la *agency* respecto de otras relaciones fiduciarias.[633] Entre otros, por este motivo quedan excluidos de la relación de agencia los albaceas (*executors*), síndicos (*receivers*) o tutores (*guardians*), que a pesar de que todos ellos quedan obligados a actuar en beneficio de otro, no están sujetos a las instrucciones del principal, a través de la cuales éste ejerce un control de su actividad.[634] En este marco, tiene especial importancia para nosotros distinguir la administración de sociedades de las relaciones de agencia en sentido estricto, especialmente por su ámbito propio de competencias.[635] Por otro lado, la agencia y el *trust* son también figuras con analogías y diferencias. Conceptualmente el *trustee* es poseedor de propiedades de otro, mientras que el agente se caracteriza por la actuación por cuenta de otro. Sin embargo, un *trustee*, poseedor de bienes ajenos en *trust*, puede estar o no sujeto al control del beneficiario; es por ello que, en el primero de los casos, el *trustee* es un agente del beneficiario.[636]

---

negocios jurídicos (contratar, comprar o vender, prestar y tomar prestado, recepción de pagos, dirigir negocios, etc.) v. id., sub. 50-76.

[631] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 13 y *comment (a)*. Se entiende que el agente es un fiduciario por el hecho de obligarse a actuar en beneficio de otro; esta condición trae como consecuencia que el agente queda obligado a los deberes fiduciarios para con el principal. Sobre ello, v. infra. REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 1-013, señala que en la medida que el agente dispone de especiales poderes para modificar la posición jurídica de otro, el ordenamiento le impone especiales deberes de naturaleza fiduciaria.

[632] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14. El agente queda sujeto al deber de no actuar en contra de las instrucciones del principal y éste tiene poder para revocar los poderes concedidos, aun cuando ello signifique la resolución del contrato; v. id., *comment (a)*.

[633] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14, *comment (b)*. CLARK, *Corporate Law* (1986) 152: «[p]uesto que los accionistas no disponen de un control sobre las acciones del administrador, queda ausente una característica básica de la relación de agencia».

[634] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14, *comment (c)*.

[635] El modelo legal que estructura el poder de decisión distingue entre el órgano de administración cuyos administradores dirigen los negocios de la sociedad; los ejecutivos que actúan como agentes del órgano de administración y ejecutan los acuerdos tomados por ese órgano; y los accionistas que eligen a los miembros del órgano de administración y deciden sobre los cambios más relevantes de la sociedad. De este modelo resulta destacable la posición de los ejecutivos, quienes son agentes no de los accionistas sino del órgano de administración, mientras que los administradores no son agentes de los accionistas, sino una institución independientes. En este sentido, los administradores tienen un ámbito competencial propio que los accionistas no pueden invadir, mientras que el principal puede normalmente dar instrucciones al agente. Cfr. ALI, *Restatement of Agency*, 2d., vol. I (1958) sub. 385(1). Además de este argumento, en los Estados Unidos existe una segunda diferencia entre agencia y relación de administración, que consiste en que los administradores normalmente sólo pueden ser cesados de sus cargos por justa causa, mientras que el principal puede sustituir al agente en cualquier momento. Esta particular diferencia entre el derecho americano y el inglés ya fue puesto de manifiesto por GOWER, “Some contrast”, Harv. LR (1956) 1369 [1389]. EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 2-3.

[636] El ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14 B, dispone que quien, [como *trustee*] tenga un título de propiedad que acuerda poseerlo en beneficio de otro queda sujeto a las reglas de la agencia, siempre y cuando se sujete a actuar bajo el control de otro. Por contra, el *trustee* que no es agente no dispone de poderes para obligar al beneficiario a través de un contrato (v. *Restatement of Trust*, sub. 274-279). Los agentes y los *trustees* tienen la característica común de

b) El administrador como fiduciario. Los deberes fiduciarios

Controversia

147. A la hora de considerar la naturaleza jurídica de la relación de administración de sociedades y las obligaciones a las que el administrador está sujeto, se plantea cierta controversia respecto de sus semejanzas y diferencias con las relaciones antes señaladas. Quienes participan del análisis económico contractual entienden que los administradores son agentes de los socios y su relación no presenta diferencias significativas con la agencia.[637] Para otros, la administración resulta una categoría singular de *agency* en el bien entendido que el administrador es un agente de la sociedad y no del socio.[638] Frente a ello se señala, fundamentalmente entre la doctrina americana, que la relación de *administración* no puede identificarse con la de agencia, puesto que aquel no está sujeto ni al control directo ni a la obligación de responder a la voluntad de los socios.[639] Además, el administrador individualmente considerado, puede ser un agente, en la medida que sea nombrado para realizar tareas ejecutivas o de representación de la sociedad.[640] En todo caso, el administrador también se diferencia del *trustee*, entre

---

que ambos son fiduciarios y por lo tanto quedan igualmente sujetos a los deberes fiduciarios. V. REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 1-026; ALI, *Restatement of Trusts* (1959) sub. 8;.

[637] V. Cap. 1º, núm. 28.

[638] V. entre la doctrina inglesa, GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 599 y DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 159 y 115, quienes defiende que que los administradores son *agents* de la sociedad.

[639] El ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14 C, establece de forma clara: «Ni el órgano de administración ni un administrador es agente de la sociedad o de sus socios». La explicación reside en que la junta general no tiene poder alguno para controlar el ejercicio de los poderes propios de los administradores. La junta puede, no obstante, nombrar o cesar a los administradores, aun cuando no tiene poderes para dirigir su actuación. Además las acciones derivadas de su incumplimiento son acciones sociales, no individuales; id., *comment (a)*. La ausencia de un control directo, presente en otras relaciones gestoras, ha servido de base para defender la inaplicación de la teoría de la agencia, de las normas relativas a la relación de agencia. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 199, al señalar que en tanto que« los administradores tiene el control último sobre la sociedad (únicamente sujetos a la aprobación por los socios en determinadas circunstancias), no se encuentran el la tradicional relación de agente y principal (Restatement, Second, Agency sub. 13.)». V. CLARK, «Agency costs versus fiduciary duties», *Principals and Agents: The Structure of Business* (1991) 56-9, quien pone de manifiesto que los administradores no son agentes de los accionistas y que el concepto jurídico de agencia implica «una relación en la que el principal retiene el poder de controlar y dirigir la actividad del agente», lo que no sucede en el ámbito de la administración de sociedades. V. también, id, “Contracts, elites, and traditions in the making of corporate law”, Colum. LR (1989) 1703-1747; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 562-563 («Aunque los administradores son elegidos y cesados por los socios, los administradores no son agentes de los socios»); BRUDNEY, "Corporate governance, agency cost, and the rhetoric of contract" Colum. LR (1985) 1403; CLARK, "Contracts, elites, and traditions in the making of corporate law", en *Contractual Freedom in Corporate Law* (número monográfico), Col. LR (1989) 89-7, 1703-1747; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 498. Según el ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8-01, 8-7, la teoría de la agencia «ha sido generalmente rechazada».

[640] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14 C, *comment (b)*. Seguimos aquí el argumento de EISENBERG, “The structure of Corporation Law”, Colum. LR (1989) 1471 nota 46, según el cual debido a su relativa autonomía, determinados directivos no pueden considerarse agentes en el sentido jurídico clásico. Sin embargo, quienes encabezan la dirección son agentes en el sentido económico, pues están bajo la obligación moral y jurídica de dirigir la sociedad en interés de los accionistas. Tales obligaciones se imponen porque los accionistas son los propietarios de la sociedad; porque la propiedad es un elemento crítico [esencial] en la legitimidad societaria; y porque los intereses de los accionistas en que la sociedad maximice los beneficios,

otras razones, por el hecho de que no tiene derecho alguno sobre los bienes de la sociedad.[641]

Deberes aplicables

148. Con independencia de la naturaleza de la relación, tanto a los agentes como a los administradores se le aplican los deberes propios de las relaciones fiduciarias.[642] La consideración del administrador como fiduciario y el fundamento de la aplicación de tales deberes deriva de la cesión de poderes para gestionar los bienes sociales.[643] Los deberes fiduciarios generalmente se justifican por la naturaleza de la relación fiduciaria, caracterizada por la delegación de poderes en favor de otro que permite al fiduciario modificar la esfera ajena.[644] El hecho de que una persona disponga de poderes que pueden afectar los intereses ajenos comporta en sí mismo la posibilidad de abuso de este poder, actuando en conflicto de intereses con los del beneficiario.[645] Este problema consustancial a las relaciones fiduciarias encuentra respuesta en el ordenamiento a través de la protección que los deberes fiduciarios ofrecen a los intereses del principal.[646]

Evolución

149. La extensión de los deberes originarios del *trust* a los administradores ha convertido al deber fiduciario en un concepto central del Derecho de sociedades.[647] Ello es así, aún cuando la relación fiduciaria entre administración y sociedad no haya sido precisada de forma expresa, de manera que suele utilizarse como

---

bajo la presión del órgano de administración, es ampliamente coincidente con los de los intereses sociales.

[641] ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 14 C, *comment (a)*; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 199. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 563; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 498.

[642] SEALY, "The director as trustee", Cam. LJ (1967) 86; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 598.

[643] CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 303, señala que los «deberes fiduciarios de los administradores surgen debido a que determinada propiedad ha sido cedida para su cuidado». En un sentido semejante, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 612, entienden que los administradores al disponer de poderes y responsabilidades en la gestión de propiedad ajena se encuentran en una relación fiduciaria con la sociedad.

[644] Existen diversas teorías que explican los deberes fiduciarios. SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 51-92, analiza las doctrinas tradicionales como la teoría contractual y la *reliance theory*. El autor postula su aproximación sobre la naturaleza de la relación fiduciaria a través de la idea de la trasferencia de poderes [v. particularmente, id., pp. 96-110]. Según su formulación, «[u]na relación fiduciaria existe cuando una persona adquiere un poder de cualquier tipo con la condición de que debe utilizar ese poder en el mejor interés de otro...» [id., p. 96]. Las dos ideas centrales que distinguen la relación fiduciaria son para FRANKEL, “Fiduciary Law”, Cal. LR (1983) 808-9, la sustitución del titular del bien o negocio por el fiduciario y la delegación del poder en favor de este último.

[645] V. *infra, no conflic rule*.

[646] Según FRANKEL, “Fiduciary Law”, Cal. LR (1983) 797, 807, 810, «La delegación de poder que legitima al fiduciario a beneficiar al *untrustor* también posibilita su lesión, puesto que la finalidad por la cual está legitimado a usar su poder delegado es más estrecho que la finalidad por la cual el fiduciario puede usar este poder».

[647] En opinion de SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 658, «El deber fiduciario es tal vez el concepto más importante del Derecho de sociedades Anglo-Americano». En un sentido complementario, BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 497, entienden que los aspectos relacionados con la *corporate governance* son uno de los temas más importantes del derecho de sociedades de hoy.

recurso para un examen más profundo de la cuestión litigiosa.[648] Con todo, la expresión deberes fiduciarios atribuida a los administradores va perdiendo su uso.[649] La razón fundamental reside en que, como fuente normativa, el *common law* va pasando a un segundo plano a la par de la intervención de los Estados legislando sobre los deberes de los administradores. A saber, aunque los deberes de los administradores han sido tradicionalmente regulados por el *common law*, en las últimas décadas el legislador ha regulado ciertos aspectos de los deberes.[650] En particular, la intervención legislativa en relación al deber de lealtad se ha dirigido a establecer reglas procedimentales dirigidas a conflictos singulares, orientadas fundamentalmente a disciplinar las operaciones contractuales entre la sociedad y administrador.[651]

c) Contenido del deber de lealtad

Deber de lealtad

150. Los deberes fiduciarios, contemplados en su conjunto, comprenden los deberes de cuidado y de lealtad.[652] En un sentido más preciso, aunque la doctrina reciente no

---

[648] La jurisprudencia suele tomar la idea del administrador como fiduciario como un punto de partida. En la sentencia SEC v. Chernery Corp. (1943), recogida por diversos comentaristas, el Juez Frankfurte señala: «Decir que una persona es un fiduciario sólo inicia el análisis; da una dirección para una mayor investigación. ¿Para quien es fiduciario. Qué obligaciones tiene como fiduciario?», expresión recogida, *ia*, en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 472; en HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 626-627; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 90.

[649] V. no obstante, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 563, 565, passim; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship; its economic character and legal consequences", NY Univ. LR (1991) 1045, quienes defienden el uso del término fiduciario y relación fiduciaria.

[650] HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 613.

[651] V. *infra,* los epígrafes sobre la legislación en los Estados Unidos y el Reino Unido.

[652] En el ámbito del Derecho de sociedades, se reconoce sin controversia que los administradores deben cumplir sus funciones atendiendo o actuando según los deberes básicos de cuidado y lealtad.

La doctrina asume sin discusión que los deberes básicos de los administradores son los de lealtad y cuidado; v. ia., ABA, “Corporate Director’s Guidebook”, Bus. Law. (2001) 1582-3; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.30 (deber de cuidado bajo el epígrafe *general estandards for directos*) y sub. 8.60-63 (sólo referido a las operaciones contractuales regidas por el deber de lealtad); ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) partes IV y V; ALI, *Restatement of Agency*, 2d., vol. I (1958) sub. 13; CLARK, *Corporate Law* (1986) sub. 3.4-7.9; CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 305; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 658. Algunos autores añaden algunos deberes complementarios; pe., HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 612, habla de deberes que por su naturaleza pueden categorizarse en tres grupos: de obediencia, de cuidado y de lealtad. Sobre el deber de lealtad en particular, v. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (6ª ed., unabr.1988) 556-655; CLARK, *Corporate Law* (1986) 141 ss. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 611, 625, passim

En Inglaterra, es común distinguir entre deberes de *care, skill and diligence* y deberes de lealtad. Algunos autores distinguen entre deberes fiduciarios y deberes de *skill an diligence*; así, BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 497. Otros ser refieren al los deberes de lealtad y buena fe y al deber de cuidado; así v. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 598-9. La más moderna doctrina hace referencia al deber de competencia (*duty of competence*) y al deber de lealtad, como puede verse en DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 153, 154. De su parte, la expresión deber de lealtad referida a los deberes fiduciarios del administrador que regulan la situaciones de conflicto de interés ocupa un lugar común en el ámbito doctrinal; v. *ia*, DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 160, 182, 196, 197.

considera relevante la controversia, quienes defienden la terminología fiduciaria señalan que el deber de lealtad es el único deber propiamente fiduciario, de manera que el deber de lealtad coincide plenamente con las obligaciones fiduciarias y está considerado como el núcleo esencial de la relación fiduciaria.[653] De otro lado, cada día es más común atribuir la denominación de deber de lealtad al contenido obligatorio que regula el conflicto de intereses relativo a los administradores y reservar la expresión deber fiduciario para las relaciones fiduciarias en general.[654] En todo caso, los principios generales que componen el contenido general del deber de lealtad, deber fiduciario por excelencia, se encuentra regulado a través del Derecho fiduciario propio del *common law*, y cuya aplicación queda condicionada a las reglas particulares introducidas por los ordenamientos de los Estados que regule el supuesto en concreto.[655]

No conflict rule 151. En efecto, el deber de lealtad ha sido objeto de precisión a través de principios y reglas generales aplicables a las situaciones conflictuales relativas a los fiduciarios.[656] La primera de las reglas consiste en la prohibición de actuar en

---

En el ámbito legislativo, en la medida que las legislaciones estatales van regulando aspectos concretos del deber de lealtad se va generalizando la expresión *directors fair dealing* para referirse a la disciplina que regula el conflicto. En esta dirección v. los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) cap. V, *Duty of Fair Dealing* cuyo título corresponde a la parte que comprende el deber de lealtad. La misma expresión se encuentra en la *Companies Act* 1985, parte X, *Enforcement of Fair Dealing by Directors*. Tal como señala EISENBERG, "An overview of the Principles of Corporate Governance", Bus. Law. (1993) 1284, el deber de *fair dealing* es un caso especial, pero de lejos, el más importante, del más general *duty of loyalty*.

[653] En general, la doctrina incluye entre los deberes fiduciarios tanto a los deberes de cuidado como de lealtad. Sin embargo, los autores que han estudiado el fenómeno fiduciario con mayor extensión entienden que deberes fiduciarios y de lealtad no describen un mismo objeto, con lo cual el deber de cuidado se excluye de tales deberes; en este sentido v. SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 48. En una aproximación semejante v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 1-3; s, "Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporations", reproducido parcialmente en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, Corporations. Cases Statutes and Analysis (1982) 474; v. la argumentación en las págs. 473-474.

Entre nuestra doctrina, suele caracterizarse el negocio fiduciario por el deber de lealtad que comporta. Así GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 18, considera negocios fiduciarios a «todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad hacia alguien. Los ingleses hablan en este caso de *fiduciay relationship* y los alemanes de *Vertrauensgeschäfte*». Sigue esta opinión PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 29.

[654] En este sentido, la *Model Act* ha reservado el uso del término fiduciario para las relaciones del *trust*, partiendo de que la nueva doctrina judicial aplica el deber de lealtad a las relaciones de agencia, laborales y de administración societaria. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-358. V. los términos del debate en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 304-305.

[655] CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (6ª ed., unabr.1988) 556-655.

[656] En el marco de los deberes fiduciarios se establecen diferentes reglas, entre las cuales destacan aquellas referidas a los conflictos de deberes, a las operaciones interesadas, a los sobornos y las comisiones secretas, a la autocontratación y a las oportunidades sociales. V. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 13-16, 23-25, 27-31; SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 35-42, 47-49, 125-146, 155-162, 164, 176-178, 254-262.

Sobre el deber de lealtad en el ámbito del trust, ALI, *Restatement of Trusts*, 2d, vol. I (1959) sub. 170: deber de lealtad. Sobre el deber de lealtad en el ámbito de la *agency*, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 387, dónde se señal que los deberes de lealtad del *agent* a su principal «son los mismos que los del *trustee* a sus beneficiarios». V. su reformulación en ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 387-398; REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 45-56. V. también HAMILTON, *Corporations* (1998) 1099-1100. La reformulación de los deberes a

conflicto de intereses, tradicionalmente conocida como prohibición de actuar en conflicto entre el deber y el interés (*no conflict rule*).[657]

152. En este sentido, el deber de lealtad encuentra un primer principio de aplicación que establece la preferencia de los intereses del principal y la subordinación de los intereses del fiduciario.[658] La regla prohibitiva se aplica particularmente a la contratación entre el fiduciario y el principal, el *trustee* y el beneficiario, el agente y el principal.[659]

---

través de los *restatements*, sin valor jurídico normativo, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 303, se hace «según conceptos constructivos y no según reglas históricas».

[657] Sobre la llamada *conflict of duty and interest rule* v., FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 199-205. Señala este autor que la regla derivada del conflicto de intereses se aplica «no porque la persona sea un *trustee* o un agente, sino porque el [fiduciario] se ha comprometido a actuar para o en representación de otro». El mismo autor [id, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 9] añade que la consecuencia obligacional del fiduciario para procurar un servicio leal se descompone en dos directivas: primera, que el fiduciario no puede aprovechar, para sí o para tercero, su posición, conocimientos y oportunidades derivadas de su encargo; y, segunda, que el fiduciario no puede actuar en conflicto de intereses en el ámbito de la prestación comprometida, salvo que el beneficiario lo consienta libre y plenamente informado o esté autorizado por ley. Para SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 147-51, existen diferentes supuestos en los cuales el mero conflicto adquiere relevancia jurídica, en los casos de previsión de reglas preventivas, como así sucede en relación a la prohibición de contratación entre fiduciario y el principal o beneficiario. V. además, SEALY, “Some Principles of Fiduciary Obligations", Cam. LJ (1963) 124 ss.; id., “Fiduciary relationships”, Cam. LJ (1962) 76. En este sentido, la doctrina española también afirma que el principio fiduciario consiste en el deber del fiduciario de no obtener ganancias o beneficios de la relación fiduciaria. V. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 18.

El *leading case* que inicia la moderna aplicación de esta regla al Derecho de sociedades es *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros* [1854]. La regla de *equity* se suele formular señalando que los administradores, como fiduciarios, no deben ponerse en una posición según la cual su interés personal entre en conflicto con su deber de promover el mejor interés de la sociedad. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 172; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 508-9, 510; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 610; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 403.

[658] V. pe., *Bayer v. Beran* (1944), dónde se señala que «el fiduciario debe subordinar sus intereses individuales y privados al deber de la sociedad siempre que los dos entren en conflicto», apud COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1074 nota 94. En una aproximación semejante, CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 305, para quienes el «deber de lealtad del administrador exige evitar los conflictos de intereses o resolverlos en interés de la sociedad». V. tamibién, HOPT, “Derecho y obligaciones”, RDM (1993) 872-873: «debe considerarse ilícita la promoción de sus intereses particulares y el que, en el caso de que se produjera un conflicto de intereses, el interés ajeno disfrute de una clara prioridad».

[659] SEALY, “Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963) 129. FINN, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 37, señala que en caso de conflicto de intereses en relaciones negociales entre fiduciario y beneficiario, la regla tradicional establece que una personas actuando en una posición fiduciaria no puede comprar de ni vender a su beneficiario propiedad alguna en el ámbito del servicio comprometido a menos que (a) el beneficiario consienta la venta o la compra después de que haya sido plenamente informado o (b) que la relación fiduciaria esté configurada de tal forma que el fiduciario tenga derecho a ello. V. también, FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 222-31 para los casos de compras, ventas y préstamos, SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 155-62, para la justificación de la prohibición del *self-dealing* e Id., pp. 163 ss. para el particular supuesto de autocontratación. En los ámbitos particulares del *trust* y de la *agency*, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 389-392.

153. Este principio se ha venido aplicando tradicionalmente a los administradores señalándose que al asumir las funciones propias del cargo deben actuar en interés de la sociedad y de los socios de tal forma que ese interés debe prevalecer a los intereses del administrador, considerándose de forma abstracta el contenido básico del deber de lealtad del administrador.[660]

Deber de *disclosure*

154. La prohibición de actuar en conflicto impone particulares deberes cuyo cumplimiento por parte del fiduciario se convierten en requisito necesario para una actuación leal en una situación conflictual. El más claro ejemplo en este sentido es la exigencia de un deber de *disclosure* respecto de cualquier actuación interesada. En este sentido las modernas formulaciones del deber de lealtad establecen ese deber de *disclosure* como en requisito esencial para la actuación leal.[661]

Secret profits

155. La segunda regla derivada del deber de lealtad consiste en la prohibición de obtener beneficios ocultos (*secret profits*). En consonancia con la prohibición de situarse en conflicto de intereses, el administrador no puede colocarse en una posición que le permita obtener beneficios o ventajas personales no autorizadas. Según esta prohibición, los administradores no pueden apropiarse de tales beneficios, salvo que previamente hayan informado de ello a los socios y estos hayan dado su aprobación.[662] Si los administradores estuvieran legitimados a

---

[660] V. CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 309.

[661] Según los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.01, «[l]os administradores, altos cargos y socios de control, cuando tengan intereses en alguno de los asuntos que afectan a la sociedad, están bajo un deber de actuar lealmente (*fair dealing*)... Este deber incluye la obligación de revelar la información específica sobre el conflicto...». Muchos tribunales aplican el principio así como se enuncia en sub. 5.01; id, pág. 205. En un ámbito más reducido, por afectar solamente al supuesto de la contratación interesada, v. como ejemplo de lo que aquí se expone en cuanto a uso de una técnica delimitadora, la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994), especialmente el comentario a sub. 8.60, v. infra.

El deber de informar sobre los hechos relevantes en aquellas personas que ocupan una posición fiduciaria ha sido ampliamente reconocido fuera del derecho de sociedades. V. pe., Restatement, Second, *Contracts*, sub. 161, Comment, f; Restatement of *Restitution*, sub. 191, Comment on Clause (b). Apud, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 215. La exigencia informativa se pone de manifiesto en todos los supuestos concretos de conflictos. V. como ejemplo de ello ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 388, en relación a la obtención de beneficios; sub. 389-392, para la contratación entre *agent* y principal, particularmente sub. 390 *comment (a)* y sub. 392 *comment (b)*; sub. 393-394, para los supuestos de competencia, especialmente sub. 394 *comment (b)*; sub. 395-396, en relación al uso de información confidencial, especialmente sub. 395 *comment* y sub. 396 *comment (j)*.

Sobre las ventajas que desde el punto de vista económico aporta el *disclosure*, v. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 789-790.

[662] BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 524: el principio general, desarrollado en el derecho del *trust* y de la agencia, establece que el administrador deber responder ante la sociedad por todo beneficio obtenido como resultado del ejercicio del cargo, salvo que haya informado de ello a los socios y éstos en junta general hayan tomado un acuerdo autorizando el benéfico o los socios unánime e individualmente lo hayan aprobado. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 183-4; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 420. V. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 205-22, para los supuestos de comisiones, descuentos, gratificaciones, remuneraciones de servicios prestados al principal, etc. V. también, CLARK, *Corporate Law* (1986) 141.

realizar tales beneficios sin autorización, el ordenamiento protegería la actuación en interés propio en contradicción con la obligación de actuar en interés de la sociedad.[663]

d) Aplicación del deber

156. La aplicación judicial del deber de lealtad es fruto de la casuística y es en ella dónde se reflejan los estándares concretos derivados del deber. El carácter judicial del deber lleva consigo que los tribunales no hayan formulado una articulación precisa de los elementos propios del deber de lealtad.[664]

Prohibición absoluta

157. La doctrina judicial ha seguido diversas etapas bien diferenciadas. En una primera etapa, los deberes de los administradores no fueron incorporados a un cuerpo legal y los tribunales aplicaron de forma analógica los principios fiduciarios del derecho del *trust*. Esta doctrina comportaba que, por aplicación de la prohibición absoluta que rige en el *trust*, toda operación en conflicto de intereses que los administradores realizaran con la sociedad se sancionaba con la nulidad del negocio y la prohibición de todo beneficio obtenido de la situación conflictual. El rigor de la sanción se aplicaba con independencia del interés que la operación tuviera para la sociedad, lo que consiguientemente facultaba no sólo a reclamar la indemnización por daños, sino al ejercicio de acciones de restitución.[665]

Prohibición relativa

158. Una segunda etapa viene presidida por una corrección de la rigidez con la que se aplicaban las prohibiciones, al tiempo que las legislaciones de los Estados iniciaban la incorporación de reglas procedimentales para regular determinados conflictos.[666] Esta fase de evolución se orienta hacia la admisión de las operaciones conflictuales autorizadas a condición de la comunicación previa de los hechos relevantes. En el contexto del Derecho de sociedades americano la regla de prohibición absoluta fue moderada a través de la regla del *fairness test*, lo que comporta que la valoración del caso tiene en cuenta el resultado de la operación y su interés para la sociedad.[667] Con todo, la incorporación de los mecanismos

---

Parte de la doctrina entiende que las reglas de prohibición del conflicto y de prohibición de beneficios son operacionamente equivalentes; v. PARKINSON, *Corporate power and responsibility* (1994) 205.

[663] En términos económicos, DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 184, señala que si los administradores pudieran hacer beneficios sin autorización, tendría un importante incentivo para dirigir los negocios de la sociedad de forma que maximizara sus intereses personales, más que los beneficios de la sociedad.

[664] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 206-207.

[665] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-385. V. FARRAR, *Company Law* (1991) 403.

Para un estudio sobre el proceso de evolución de la aplicación del deber de lealtad, v. MARSH, "Are Directors Trustees?", Bus. Law. (1966) 35 y ss.

[666] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-385.

[667] V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 166-171; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 637-644; EISENBERG, “Self-interested transactions in Corporate Law”, J. Corp. L 13 (1988) 997, 998-1000; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1055 nota 25, 1066. MARSH, "Are Directors Trustees?", Bus. Law. (1966) 42-59: analiza el desarrollo del *fairness test* en el derecho americano de sociedades.

Como ejemplos de las legislaciones que introducen el fairness test, v. Cal. Corp. Code, art.. 310(a)(3): la operación no es nula si “la persona que afirma la validez” puede probar “que el contrato fue justo y razonable para la sociedad al tiempo que fuera autorizado, aprobado o ratificado”; Del. Code Ann. tit. 8, art. 144 (1985): la operación no es anulable sólo por ser

procedimentales (como la autorización o el *disclosure*) a las leyes de los Estados no suprime *per se* la revisión judicial, sino que disminuye su nivel de exigencia.[668]

Estándares

159. Los estándares de revisión judicial varían según la operación haya sido aprobada o se haya llevado a término sin autorización. En caso de que no exista aprobación de la operación por administradores independientes o socios, el estándar aplicable es más severo y exige que la operación sea de interés para la sociedad (*fair*).[669]

Acción de responsabilidad

160. La tutela del interés del principal se produce a través de distintos medios.[670] De un lado, el beneficiario dispone de una acción de responsabilidad por daños.[671] El concepto de daño incluye las pérdidas actuales y los daños intangibles, si bien la sociedad demandante deberá probarlos.[672] De su parte, el administrador demandado, si el tribunal le faculta a ello, puede excepcionar determinados beneficios que compensan las pérdidas o beneficios acreditados en la demanda (*net loss rule*), siempre y cuando pruebe que tales compensaciones tienen relación directa con la operación que trae causa con la pérdida y que tal conducta no es contraria al orden público (*public policy*).[673] Como sucede en las acciones indemnizatorias, se requiere la prueba de la relación de causalidad entre la conducta infractora y el daño a la sociedad.[674] Siguiendo la regla general, la carga

---

interesada si "el contrato u operación es de interés (*fair*) para la sociedad al tiempo que sea autorizado, aprobado o ratificado".

[668] ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) 208.

[669] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 203.

[670] SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 119 75, 82, 116, 119, 174, 182-183 para una detallada discusión sobre los *fiduciary remedis*. V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 649-52, al referirse a las siguientes acciones: la *injunction*, la declarativa, la acción de daños, la acción real, la de nulidad de los contratos, la de enriquecimiento y la acción de cese del cargo.

[671] En general, v. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) sub. 373, 1096. La exigencia indemnizatoria viene a tutelar tanto los deberes de cuidado, como del de lealtad y del deber de los administradores y socios en las operaciones de control y ofertas públicas de adquisición; tales materias están regidas por lo que disponen las Partes IV, V y VI de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994). La regla general que regula los derechos de la sociedad para reclamar las pérdidas sufridas en relación con las infracciones de los deberes de los administradores y otros sujetos se formula en Id, vol. II, sub. 7.18 (a), págs. 222 ss., que establece que la sociedad dispone de una acción para requerir la indemnización de cualquier daño (pérdidas) que haya sufrido. Con ello se sigue el principio general de responsabilidad por daños (*torts*) según el cual quien infringe un deber es responsable de los daños causados por sus actos; id, pág. 224. La doctrina económica también apoya el ejercicio de la acción social de responsabilidad por causa de conflictos de intereses. V. POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 389.

[672] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 229; la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Nueva York *Diamond v. Oreamuno* (1969) estableció que «una pérdida intangible para la sociedad podría darse provinente de una publicidad y estigmatización adversa».

[673] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.18(c); id., pp. 229-230. Pe., en el ámbito del deber de cuidado, el supuesto de un sociedad que ha estado contribuyendo con pagos ilegales a entidades políticas extranjeras, los administradores no pueden defenderse alegando que en ocasione anteriores los pagos tuvieron contratos y contrapartidas diversas, mientras que ahora no han dado el resultado esperado. En este caso, no puede aceptarse la excepción al no tratarse de ganancias provinentes de la misma operación, pero aunque se hubieran obtenido compensaciones de las donaciones hechas, el tribunal no debería admitir la compensación por ser la operación contraria al orden público. V. diferentes sentencias reseñadas en id, pág. 236.

[674] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.18(b). Con ello se sigue la regla general de la responsabilidad por daño; así ALI, R*estatement of Torts*, 2d (1965) sub. 430.

de la prueba corresponde al demandante.[675] Esta regla presenta una excepción para el caso de que la operación no fuera previamente autorizada, en cuyo caso, será el interesado quien deberá demostrar que la operación se hizo en interés de la sociedad.[676]

Acción de enriquecimiento

161. De otro lado, la sociedad dispone de una acción restitutoria de los beneficios o ganancias obtenidas por el administrador derivadas de la conducta infractora, medio de defensa usual para la apropiación de activos.[677] Con ello se viene a reconocer que, en un supuesto incumplimiento del deber, las ganancias que obtiene el administrador o un asociado suyo pueden superar o ser *distintas* de las pérdidas que ha sufrido la sociedad. En consecuencia, el administrador se ve obligado a resarcir a la sociedad, incluso en el caso en el que la sociedad no haya constatado ninguna pérdida económica relacionada con la conducta infractora.[678]

---

[675] ALI, *Restatement of Torts*, 2d (1965) sub. 328A, 433B. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.18(b)(c).

[676] Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 203, apuntan que, como excepción, «el administrador o alto cargo tiene la carga de probar que la transacción fue de interés para la sociedad (*fair to the corporation*) si la operación no fue autorizada con anterioridad (o bajo algunas circunstancias, ratificada) por administradores desinteresados, o no autorizada con anterioridad o ratificada por socios desinteresados, después de revelar por completo el conflicto de interés». Esta posición clarifica el argumento según el cual si la sociedad prueba el incumplimiento del deber, el administrador deberá justificar que el comportamiento se hizo en interés de la sociedad. V sobre ello, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 628; CLARK, *Corporate Law* (1986) 175.

[677] HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 628. El principio según el cual la sociedad tiene un derecho a reclamar las ganancias realizadas por el infractor está de acuerdo con los principios tradicionales de la restitución (*full restitution*): así, ALI, *Restatement of Agency*; *Restatement of Trusts*; R*estatement of Torts* y *Restatement of Restitution*, sub. 151; v. además, sentencias de aplicación en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 223. V. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 211-3 (*tips and gratuities*); id., pp. 214-22 (*bribes and secret commissions*); BIRKS, «Trusts in the Recovery of Misapplied Assets: Tracing, Trusts, and Restitution», *Commercial Aspects of Trusts (*1992) 149-166; GOODE, «The Recovery of a Director's Improper Gains: Propietary Remedies for Infringement of Non-Propietary Rights», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 135-148.

La cuestión se plantea en los mismos términos que en el ámbito contractual, tal como se desprende de los ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 388: «Salvo que se haya acordado otra cosa, un *agent* que obtiene un beneficio en relación con operaciones realizadas por él por cuenta del principal está sujeto a un deber de ceder este beneficio al principal». Consiguientemente, todo beneficio obtenido por el *agent* relacionado con la gestión se considera que es debido al principal. V. id., *comment (a)* y *(b)*, en relación a las comisiónes no autorizadas. Otro caso particular de aplicación de este principio general reside en el deber de rendir cuentas al principal de los beneficios obtenidos por el uso de información confidencial por parte del *agent* «aunque ello no cause daño al principal»; v. id., *comment (c)*. El siguiente ejemplo ilustra esta regla: una sociedad decide llevar a término un negocio en un lugar que va a aumentar su precio de mercado, a consecuencia de tales operaciones; si un administrador de la sociedad conociendo esta información compra y transmite con posterioridad un terreno vecino al de la sociedad debe rendir cuentas de los beneficios realizados, aun cuando la adquisición de las propiedades no tenga un efecto negativo en relación al negocio de la sociedad. Este mismo planteamiento tiene lugar cuando el administrador usando de información no pública compra o vende participaciones de la sociedad. La regla tiene una formulación especial en el ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 395.

[678] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 224-225 (*no independent monetary loss*). Id., p. 22, añade que «[e]n determinados supuestos, el demandado puede ser requerido a devolver aquellas ganancias que la sociedad por ella misma no habría podido realizar, sobre la base de que el agente es responsable respecto del principal por cualquier ganancia realizada a través de un uso impropio de la propiedad del principal». V. pe., el supuesto que

Acumulación de acciones

162. Respecto de la acumulación de acciones indemnizatorias y restitutorias de beneficios, el límite resarcitorio se encuentra en la doble restitución. Es decir, el demandado debe responder, además de las pérdidas debidas al daño, sólo por aquellas ganancias que sean diferentes o que excedan de las pérdidas de la sociedad; con ello se impide que se responda por aquellas ganancias que ya se han reflejado en las pérdidas fruto del daño causado.[679]

aparece reseñado en el cual en un supuesto de fusión el demandado no observó el deber de revelar toda la información, hecho por el cual se considera violado el deber de lealtad; en virtud de ello, el tribunal impuso al demandado la obligación de devolver aquellos beneficios, superiores a las pérdidas sufridas por los socios, que había realizado a través de la operación.

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

2.
Reino Unido

a) Introducción

Planteamiento

163. La vigente disciplina relativa a los deberes de los administradores y, en particular del deber de lealtad, se encuentra en mayor medida contenida en las reglas del *Common law* cuyo origen se encuentra en la casuística judicial que arranca en la segunda mitad del siglo diecinueve.[680] La reglamentación derivada del *case law*, con un alcance más general, ha sido completada por un conjunto de disposiciones legales incorporadas a la *Companies Act* 1985 y a determinadas normas reglamentarias.[681]

Reforma

164. Este orden normativo puede ser objeto de cambios significativos si el movimiento dirigido a su reforma por el Gobierno británico llega a buen fin. De un lado, la comisión de codificación ha publicado un documento de consulta sobre los deberes de los administradores y los conflictos de intereses.[682] De otro, en 1998 el Ministerio de Economía crea una comisión independiente para el estudio del Derecho de sociedades y su posible reforma, comisión que ha dictaminado su informe final.[683] Al mismo tiempo, el Ministerio presenta al Parlamento un Libro blanco para la reforma del Derecho de sociedades en el que se propone la revisión del régimen relativo a los deberes de los administradores.[684]

Propuesta de codificación

165. El hecho de que el ordenamiento vigente opere sobre el doble nivel de fuentes de Derecho –*common law* y *statutory law*–, el vigente sistema ha sido objeto de críticas, dirigidas a subrayar su complejidad, la superposición de normas y la inseguridad que se deriva de todo ello.[685] En este sentido, tanto la *Law Comisión:*

---

[680] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 151-2. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law*, 2000; CHRISTIE, "The director's fiduciary duty not to compete", MLR (1992) 502-20; CRANSTON, "Limiting directors' liability: ratification, exemption and indemnification", JBL (1992) 197-211; DAVIES, *Introduction to Company Law*, 2002; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law*, 1991; GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 1997; PARKINSON, *Corporate power and responsibility*,1994; PENNINGTON, *Directors' personal liability*, 1989; SEALY, *Cases and materials in company law*, 1996.

[681] V. *Companies Act* 1985, part X: *Enforcement of fair dealing by directors*, arts. 311-47 y la *Companies Act* 1985 *Table* A (SI 1985/805, *Schedule*). Entre la legislación y documentación complementaria, v. *Report of the company Law Committee*, junio 1962, Cm. 1749 [*Informe Jenkins*(1962)]; Law Commission and Scottish Law Commission, *Company Directors: Regulating Conflicts of Interest and Formulating a Statement of Duties*, Cm. 261 y 173, septiembre 1999 [Law Commission (1999)]; Company Law Review Steering Group, *Modern Company Law for a Competitive Economy. Final Report*, junio 2001[CLR *Final report* (2001)]; *Modernising Company Law*, Presented to Parliament by the Secretary of State for Trade and Industry, Cm. 5553, julio 2002 (vol. II: *A new Companies Bill: Draft Clauses; Companies Bill: Schedules 1-4*) [Companies Bill (2002)].

[682] *Law Commission*: *Regulating conflicts* (1999).

[683] CLR: *Final report* (2001); v. en particular el Anexo C: *Statement of Directors Duties*.

[684] *Modernising Company Law*, Cm. 5553, julio 2002; *Companies Bill* (2002).

[685] BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 497, 500, 547, señalan que los deberes de los administradores tal como se manifiestan en el doble sistema vigente comporta ámbitos de aplicación distintos y a veces superpuestos; tampoco existe un modelo que facilite el orden lógico para su exposición, todo lo cual hace difícil la comprensión al abogado y al propio administrador respecto de los deberes a los que este último está sujeto. El propio Libro Blanco publicado por el Gobierno , *Modernising Company Law* (2002) I, 3.2, hace mención de ello

Regulating conflicts (1999), la CLR: *Final report* (2001), como el Libro Blanco, *Modernising Company Law* (2002) han recomendado la codificación de los principales deberes impuestos a los administradores tanto para dar claridad al ordenamiento como para facilitar la comprensión de su contenido a los propios administradores.[686] Además, las dificultades para determinar la sanción aplicable han llevado a que también se recomiende la codificación de las sanciones, si bien sin llegar a elaborar un borrador al respecto.[687]

Common law

166. El *common law* dispone dos reglas generales que regulan la conducta del administrador en conflicto, a las que debe añadirse los principios antes mencionados relativos al la prohibición de actuar en conflicto de intereses (*no conflict rule*) y la prohibición de obtener beneficios ocultos (*secret profits*).[688] De un lado, se establece el deber de actuar de buena fe en interés de la sociedad, de forma que el administrador debe ejercitar sus poderes en interés de la sociedad y no en el suyo propio. El estándar tradicionalmente se considera en un sentido subjetivo, en la medida que es el administrador quien debe considerar el interés de la sociedad.[689] En este sentido, las propuestas de reforma van dirigidas a reforzar el aspecto objetivo de este principio.[690] De otro, rige para los administradores la

---

al señalar que las reglas generales sobre los deberes descansan en el complejo e inaccesible *case law*, particularmente para los propios administradores. El documento señala que en 1999 una encuesta del *Institute of Directors* demostró que muchos de los administradores de sociedades no tenían claro sobre cuales eran sus deberes y respecto de quien estaban obligados.

[686] V. CRL, *Final report* (2001) I, 3.5 (los deberes en la forma presente resultan ampliamente malentendidos, poco claros o imperfectos en determinados aspectos); y 3.7 (recomendación de dar contenido positivo a los deberes aduciendo tres razones: por claridad y accesibilidad de su contenido; por la corrección de defectos ahora existentes; y por la necesidad de concretar su ámbito de al aplicación que refleje las modernas necesidades de los negocios); *Modernising Company Law* (2002) 3.5 (el Gobierno está de acuerdo en los deberes de los administradores deben codificarse en una norma tal como señala el *Final report*, salvo en lo que afecta a los deberes en relación a los acreedores).

La impronta codificadora se ha venido postulando a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. En esta dirección el *Informe Jenkins* (1962) sub. 86-7, señalaba que aunque los deberes no eran susceptibles de ser codificados por no poder abarcar todos sus aspectos, si recomendaba que la ley expusiera de forma general el principio; v. la formulación del deber general propuesta en el informe en id., para. 99(a). A partir de este momento, la pretensión codificadora ha estado presente en buena parte de la documentación prelegislativa sobre los deberes de los administradores. V. Department of Trade, *Company Law Reform* (1993) núm. 26; Department of Trade, *Changes in Company Law* (1978) núm. 44, pp. 51-2; *Companies Bill* (1973) núms. 52-3.

[687] CLR: *Final report* (2001) I, 15.28. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 180, apunta la necesidad de reforma poniendo como ejemplo que «en muchos casos no resulta obvio qué acciones (*remedies*) dispone el *common law* en caso de infracción del deber de lealtad».

[688] V. *supra*, núm. 155.

[689] El caso de referencia es *Re Smith & Fawcett* [1942] y dónde el juez entiende que el administrador debe actuar en lo que él, y no el tribunal, entiende que es el mejor interés para la sociedad. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 159; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 500-1; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 601; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 383-4. V. más ampliamente, RIBAS, Aprox*imación al estudio del deber de fidelidad de los administradores en el Derecho inglés* (1993) 57-63.

[690] V. la formulación del CRL, *Final report* (2001) I, Ann. C, p. 345, Principle 2(a): «A director of a company must in any given case… act in the way decides, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole». Idem, *Companies Bill: Schedule* 2.

regla según la cual deben actuar según la finalidad propia.[691] Los contratos que incumplan el contenido de estos deberes fiduciarios son anulables, si bien sus efectos no se extienden a los terceros de buena fe.[692]

Derecho positivo

167. De su parte, el *statutory law* regula aspectos relacionados con la contratación entre el administrador y la sociedad. De un lado, establece un deber de *disclosure* dirigido a todo contrato en el que el administrador tenga un interés; de otro, establece una regulación para determinado tipo de contratos, que vienen a ser normas especiales respecto de las generales derivadas del *common law*.[693] Si la propuesta de codificación resulta finalmente aprobada por el Parlamento, la ordenación legislativa se encabezaría por los principios generales que regulan la conducta de los administradores aplicables y formularía reglas para los negocios entre la sociedad y el administrador y, de otro, a las operaciones de uso de propiedad, información y oportunidades, así como los beneficios obtenidos de terceras partes.[694] Estas disposiciones se complementan con normas especiales que siguen, en buena parte, las ya existentes.

Flexibilidad

168. Con todo, a pesar de que la regulación resulta, en general, rígida y de mucho detalle, la disciplina es ampliamente disponible y con abundantes excepciones. Con independencia de ello, la exigencia de los deberes ha sido atenuada por dos factores. De un lado, por el hecho de que el *common law* admite la ratificación de las conductas contrarias a los deberes.[695] De otro, se establecen diferentes vías de protección del administrador en relación a las acciones de responsabilidad. Primero, la *Companies Act* admite explícitamente desde 1989 que la sociedad contrate un seguro de responsabilidad de los administradores por daños derivados

---

[691] V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 164-6; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 504-6; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 605; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 391-6. V. más ampliamente, RIBAS, Aprox*imación al estudio del deber de fidelidad de los administradores en el Derecho inglés* (1993) 63-8. La exigencia de actuar según la finalidad propia se recoge en la *Companies Bill: Schedule* 2, *Principle* 1.

Este criterio de regulación del abuso de poder se completa con la idea de extralimitación de poder respecto de las conductas interesadas del administrador. El supuesto modernamente referido es *Ginness v. Saunders* [1990] según el cual una comisión ejecutiva autorizó pagar a un administrador 5 millones de libras para el caso de que prosperara una oferta pública de adquisición lanzada contra otra sociedad; el tribunal decidió que el acuerdo entre la sociedad y el administrador era nulo por no haber sido autorizado por el Consejo de Administración, tal y como lo establecía la reglamentación societaria. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 162-3; PENNINGTON, *Directors' personal liability* (1989) 37-41.

[692] BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 503, 515.

[693] *Companies Act* 1985, arts. 311-47. V. SEALY, "The Disclosure Philosophy and Company Law Reform", Co. Law. (1981) 2, 51.

[694] La comisión especial, CLR: *Final report* (2001) I, Ann. C, p. 344, redactó la norma general que debería incluirse en la Companies Act para dar cobertura legislativa a una norma reglamentaria en la cual se codifican los principios aplicables. Esta disposición general ha sido después reproducida por la *Companies Bill 2002*, art. 19 (*General principles by which directos are bound*). Allí se establece que los principios aplicables se establecen en el reglamento (*Schedule* 2) y que su contenido reemplaza las correspondientes «*equitable and common law rules*».

[695] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 192, 194; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 541-6; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 404, 421; GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 1997) 645-7. V. PARKINSON, *Corporate power and responsibility* (1994) 214-6, 232-6, sobre los problemas que plantea la intervención de la junta general como órgano para dar el consentimiento a los negocios interesados.

del incumplimiento de sus deberes.[696] La función de esta norma consiste en aumentar la disposición de los buenos profesionales a aceptar los cargos de administración y evitar una mayor remuneración que tuviera que cubrir las primas de seguros pagadas por los propios administradores.[697] Además de admitirse las pólizas de seguro de responsabilidad del administrador a cargo de la sociedad, la *Companies Act* también faculta a la sociedad a indemnizar a los administradores los costes de su defensa en los casos de que el demandado haya sido declarado no responsable.[698] Es más, la *Companies Act* permite que el juez reduzca o suprima la indemnización, para aquellos casos en que el administrador actuó de forma «honesta y razonable».[699]

b) Cuestiones generales sobre la contratación

Prohibición absoluta

169. La contratación interesada por parte del administrador ha sido objeto de interés y regulación por parte del *common law*, si bien la disciplina aplicable ha evolucionado de una estricta prohibición a la regla de la autorización, previo *disclosure*. Durante una primera etapa, la prohibición absoluta fue la regla aplicable.[700] Hoy existe un consenso general en criticar el rigor prohibitivo como regla general, en la medida que no puede decirse que la contratación interesada resulte necesariamente perjudicial para la sociedad.[701] Sin embargo, la regla prohibitiva puede resultar aceptable en aquellas situaciones en las cuales el riesgo de un comportamiento oportunista del administrador es alto y la utilidad que el negocio ofrece a la sociedad es bajo.[702]

Prohibición relativa

170. En una segunda etapa que tiene lugar en el siglo diecinueve, se admite la contratación interesada, si bien queda sujeta a la obligación de *disclosure* del contenido conflictual y a la aprobación previa por parte de los socios.[703] El criterio general que exige la aprobación previa del acto interesado por parte de los socios,

---

[696] Art. 310.3(a) CA 1985. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 543-4. El seguro de responsabilidad no resulta admisible respecto de comportamientos intencionados contra la sociedad. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 196; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 625; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 440. La sociedad que contrata el seguro deberá informar a través de las cuentas anuales; v. art. 137.2 CA 1985 y *Schedule* 7, 5A. Con todo, el art. 310 CA 1985 declara nulas aquellas disposiciones estatutarias o contractuales que eximan de responsabilidad a los administradores. Sobre ello, v. CRANSTON, "Limiting directors' liability: ratification, exemption and indemnification", JBL (1992) 197-211.

[697] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 196.

[698] Art. 310.3(b) CA 1985. V. Cap. 6º, núm. 4.

[699] Art. 727 CA 1985. V. FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 440-1.

[700] GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 610: el principio se aplicaba de forma tan estricta que no se cuestionaba el interés que el contrato podía tener para la sociedad. V. *supra,* deberes fiduciarios.

[701] La prohibición puede imponer más costes que beneficios, particularmente en aquellos casos en que el administrador interesado o el tercero que contrata la sociedad y con el cual el administrador tiene un interés es la mejor fuente de provisión del servicio o del bien que la sociedad busca adquirir. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 170.

[702] V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 171, que pone como ejemplo la prohibición de los créditos a los administradores que establece la *Companies Act* (v. *infra*, núms. 179-182.). Señala el autor que la experiencia demuestra que los administradores abusan a menudo de la obtención de crédito por parte de la sociedad, cuando no se encuentran razones para que aquellos no lo obtengan por un cauce normal que no sea el de al sociedad.

[703] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 172; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 510.

si bien reduce el papel del juez, no deja de plantear determinados inconvenientes en términos de predicción, tiempo y costes.[704] Sin embargo, en la medida que los jueces aceptaron la aprobación previa de operaciones singulares por parte de la asamblea, se avanzó un paso al hacerse común para las sociedades incorporar en los estatutos (*articles of association*) cláusulas generales de autorización de determinadas categorías de conflictos, como las referidas a la contratación de los administradores interesados en condiciones normales.[705] En cierta manera, esta situación lleva a la ordenación del conflicto en una dirección opuesta a la inicialmente dispuesta por el *common law* y, tal vez, por ello mismo, el derecho positivo intervino para establecer límites al permisivo régimen sobre la contratación interesada.

Deber legal de *disclosure*

171. De su parte, la *Companies Act* sienta una regla general que obliga al administrador, directa o indirectamente interesado en un contrato a «declarar la naturaleza de sus intereses en una reunión de los administradores de la sociedad».[706] En su ámbito objetivo afecta tanto a los contratos como a las propuestas de contratos, si bien no alcanza a los conflictos relativos al uso de información y oportunidades.[707] La declaración del administrador debe hacerse en el primer consejo que trate el tema y si el interesado no pudiera asistir a la reunión, deberá comunicar su interés en el próximo Consejo de Administración.[708] Si el administrador resulta interesado en un contrato una vez ya celebrado, tiene la obligación de declarar su interés en la primera reunión que realice del consejo después de resultar interesado.[709] En determinados supuestos se faculta al administrador a hacer una declaración general, señalando que es socio de una determinada sociedad o empresa y que se le tenga por interesado respecto de todo contrato que pueda celebrarse con ella. Una declaración semejante puede realizarse respecto de una determinada persona con la que el administrador mantiene una relación especial que le hace interesado (*connected person*).[710] En

[704] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 173, señala que la *equitable rule* puede afectar a un cierto número de operaciones lo cual, especialmente en las grandes sociedades, puede acarrear lentitud en la toma de decisiones, hacer que éstas sean más impredecibles y más costosas.

[705] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 173; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 612..

[706] Art. 317 CA 1985. Esta disposición se introdujo en 1929 con un ámbito de aplicación más reducido. V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 612. Este autor (id., p. 629) cita la sentencia *Neptune (Vehicle Washing Equipment) Ltd v. Fitzgerald* [1996] en la que se establece que el administrador único también tiene el deber de hacer la declaración de su interés, señalando que deberá ejecutarla ante sí mismo y no ante la junta general, como requerían los demandantes.

[707] Entre los contratos que se entienden interesados, figuran los que se refieren a los servicios que presta en la sociedad, más allá de su cargo de consejero: presidente del consejo, consejero delegado, director ejecutivo, etc., siempre que signifiquen una remuneración añadida. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 513; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 627.

[708] Sin embargo, GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 629, señala que la declaración resulta exigible tanto si el contrato se plantea o no ante el consejo; de otra manera, sólo se notificarían unos los contratos de mayor trascendencia.

[709] Art. 317.2 CA 1985.

[710] Art. 317.3 CA 1985. La relación de interés indirecto a través de otra persona se regula el art. 346 CA, quedando dentro de la categoría *connected person* tanto las relaciones familiares (el cónyuge y los hijos), las societarias (participaciones en un 20 por cien en capital o en derechos de voto), las fiduciarias o las económicas de participación en algún negocio (*partner*).

ambos casos, el interesado cumple de forma suficiente con su deber de *disclosure*. Fuera de tales supuestos, el administrador debe ofrecer información sobre la *naturaleza* del contrato, más allá de señalar que es interesado, si bien no existe un estándar mínimo que establezca el nivel de detalle de su declaración.[711]

Disponibilidad

172. La regla está pensada para aquellos supuestos en los que mediante una disposición estatutaria se excluye la aprobación previa del contrato por parte de la junta general, quedando el administrador sujeto normalmente a la autorización del órgano de administración.[712] Esta exigencia va en consonancia con los arts. 85 y 86 de la *Table* A, cuyo contenido normalmente viene suscrito por los Estatutos, y que se refiere a la admisión de la contratación entre la sociedad y sus administradores o un tercero con el cual el administrador está vinculado, exigiendo la obligación de *disclosure* respecto de «la naturaleza y extensión de cualquier interés material» que tenga el administrador interesado.[713] La disposición sólo afecta al deber de comunicación y no exige por sí misma la aprobación por parte del consejo, cuando en defecto de regla estatutaria, la norma de equidad requiere la autorización por parte de la asamblea. Tampoco establece la prohibición de emitir el voto dirigida al administrador interesado en la toma del acuerdo sobre la operación en cuestión, si bien puede ser reclamado por los Estatutos.

Reforma

173. Las propuestas de reforma tampoco establecen un deber de abstención en relación al voto en acuerdos sobre contratación interesada, a diferencia de las modernas propuestas americanas.[714] Sin embargo, pretenden simplificar la actual ordenación postulando como regla general que los negocios interesados sea previamente aprobados por el órgano de administración previo *full disclosure*.[715]

Sanciones

174. Con todo, el vigente régimen legal ofrece una protección limitada, en la medida que el incumplimiento del deber de *disclosure*, la única regla general aplicable a todos los contratos, no consiente acciones judiciales que permitan la revisión del negocio y deja en manos de los demás administradores dar una respuesta diligente al conflicto planteado.[716]

---

[711] A estos efectos, la Comisión de Codificación ha sometido el deber de *disclosure* a un escrupuloso análisis y ha realizado una serie de recomendaciones. V. *Law Commission: Regulating conflicts* (1999) parte 8. La norma vigente sólo exige declarar la naturaleza del interés y no afecta a todo hecho relevante relativo al supuesto; la obligación afecta a todo contrato, aunque sea de poca importancia o de naturaleza inmaterial. V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 627.

[712] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 174.

[713] V. *Companies Act* 1985 *Table* A (SI 1985/805, *Schedule*). Es de señalar que las sociedades por acciones (*companies limited by shares*) no quedan obligadas a registrar *articles* (normas estatutarias que recogen el funcionamiento de la sociedad) en cuyo caso la regulación de la sociedad queda integrada por el contenido de la Table A. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 48.

[714] V. ALI, *Principles of corporate governance* (1992) sub. 5.01.

[715] El CLR, *Final report* (2001) I, Ann. C, p. 346, Principle 5 (*Transactions involving conflicts of interest*) prohíbe autorizar una operación o participar en un negocio sin haberse cumplido con el deber de *disclosure*. Idem, *Companies Bill: Schedule* 2. V. también el comentario id., p. 353. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 175, señala que la incorporación de esta propuesta a la *Companies Act* evitaría la aplicación del principio de equidad relativo a la aprobación por los socios y, consiguientemente, haría innecesaria las disposiciones estatutarias encaminadas a su exclusión.

[716] Ciertamente, el propio art. 317.7 CA establece que la sanción por el incumplimiento de la norma comentada es una multa. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 176, señala que

c) Los contratos regulados

175. La *Companies Act*, regula tres categorías de negocios respecto de los que condiciona su validez a la aprobación previa por la junta general: los pagos por cese en el cargo, los contratos de servicios de larga duración y las transferencias relevantes de activos.

Compensaciones por cese

176. La regulación de las compensaciones practicadas en conexión con el cese en el cargo de administrador se justifica por la disminución del interés en defender los intereses sociales cuando aquellos están a punto de dejar el cargo.[717] En tales casos, la regla general que establece la *Companies Act* consiste en su autorización previa por parte de los socios, una vez que se les ha comunicado la situación conflictual.[718] Estas disposiciones no se aplican cuando se refieren a pagos por los cuales el administrador tiene derecho a ello ya sea por indemnizaciones derivadas de incumplimiento del contrato o por pensiones derivadas de su contrato de servicios.[719] La sociedad dispone de una acción real en caso de compensaciones procedentes de contratos sobre bienes de la sociedad que incumplan estas provisiones.[720]

Contratos de servicios

177. En segundo lugar se exige la aprobación por los socios de los contratos de servicios, si bien la norma sólo afecta al limitado ámbito de los contratos de servicios superiores a los cinco años que no puedan resolverse unilateralmente por parte de la sociedad y sin coste alguno.[721] Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido contratos de más de cinco años sin la aprobación en junta general, en

---

el sistema no está exento de riesgos, pues los administradores no interesados pueden optar por no verificar escrupulosamente la operación de otro administrador con la esperanza de recibir un tratamiento similar en operaciones que posteriormente pueda realizar interesadamente (*mutual backscratching*); es más, si el interesado es el consejero delegado u otro administrador ejecutivo, puede pensar que lo que más le conviene es no decir nada. Las sociedades cotizadas, sometidas a las *Listing Rules*, tienen exigencias más rigurosas en tanto que su cap. 11 con determinadas excepciones, exige *disclosure* a los socios de lo que denomina *related parties transactions*, categoría que incluye las operaciones realizadas entre el administrador (o un asociado suyo) y la sociedad.

El hecho de que el derecho positivo no indique una sanción sobre la validez del contrato ante el incumplimiento del deber *disclosure*, no impide la aplicación de los principios de *equity* que imponen la sanción salvo aprobación por la junta, v. SEALY, *Cases and materials in company law* (1996) 286-8.

[717] Dice DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 177-8, que la inminente partida de un administrador debilita su incentivo de poner el interés de los socios primero. Esta situación ocurre de forma especialmente notoria cuando un tercero adquiere una parte significativa de los activos de la sociedad o de sus acciones, pues en este caso, existe una fuerte tentación del tercero de desviar (y del administrador a aceptar) parte del pago que debe hacer a la sociedad (por los activos) o a los socios (por sus acciones) como pago a los miembros del consejo por facilitar la operación.

[718] Arts. 312 a 316 CA 1985. V. las propuestas de reforma de la Law Commission*: Regulating conflicts* (1999) núms.: 7.6 a 7.72.

[719] Art. 316.3 CA 1985. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 178, entiende que la norma se aplica a pagos gratuitos, excluyendo las provisiones de pensiones. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 529.

[720] Arts. 313.2 CA 1985 (*directors are held on trust for the company*).

[721] Art. 319.1 y 3 CA 1985. Además, según dispone el art. 318 CA todo contrato de servicios está sujeto a determinadas exigencias que faciliten su inspección por los socios. Su incumplimiento está sancionado con una multa. V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 631.

casos en que se había informado a todos los socios y éstos unánimemente habían aprobado el contrato de servicios en un acuerdo informal.[722] Con quince días de antelación a la Junta general que debe resolver sobre el contrato, los socios deben tener a su disposición en la sede social una memoria escrita sobre la propuesta de acuerdo.[723] La *Companies Act* establece la nulidad de aquel contrato que incumpla el contenido de esta sección.[724] Con todo, los socios aprueban el contrato pero no necesariamente el nivel concreto de remuneración u otros beneficios derivados del contrato.[725] A pesar de ello, las propuestas de reforma sólo van dirigidas a reducir el término de cinco a tres años.[726]

Transferencias de activos

178. El tercero de los contratos sujetos a un régimen especial de aprobación previa por parte de la junta general se refiere a las operaciones de transferencias de activos entre la sociedad y un administrador, de forma directa o indirecta.[727] La transmisión de bienes entre la sociedad y los administradores comporta el riesgo de la sobrevaloración de los bienes adquiridos por la sociedad o la infravaloración de los bienes transmitidos por la sociedad lo que viene a significar una expropiación de valor a la sociedad por parte de los administradores interesados.[728] En todo caso, también en este supuesto su ámbito de aplicación queda limitado a las *substantial property transactions*. Esto es, a aquellas operaciones cuyo valor en el momento de su celebración sea superior a 10.000 libras o el 10 por cien del valor de los activos de la compañía, siempre y cuando éstos tengan un valor mínimo de 2.000 libras.[729] En tales supuestos, la Junta General debe autorizar la operación, siendo de particular relevancia, en el contenido del acuerdo, el precio relativo al intercambio.[730] La sanción establecida para los supuestos de infracción de la norma se corresponde con la anulabilidad del negocio, con lo cual la sociedad puede confirmar el negocio o resolverlo, respetando las adquisiciones hechas por terceros de buena fe, así como otras condiciones.[731] En todo caso, la sociedad dispone de una acción de enriquecimiento por los beneficios obtenidos por el interesado y una acción indemnizatoria por daños que la operación causara a la

---

[722] V. Atlas Europe Ltd. v. Wright [1999] en BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 516.

[723] Art. 319.5 CA 1985.

[724] Art. 319.6 CA 1985.

[725] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 178-9: esta situación ha llevado a un elevado incremtento de las remuneraciones de los gestores, sin que ello vaya siempre ligado a la actividad desarrollada, de ahí que pueda hablarse de una situación de fallo de mercado (*market failure*).

[726] V. *Law Commission: Regulating conflicts* (1999) parte 9. La exigencia es de contratos no superiores a un años para las sociedades cotizadas, según el *Combined Code*, Hampel Committee, 1998, que ha sido añadido como anexo a las *Listing Rules*.

[727] Arts. 320 a 322 CA 1985. El conflicto indirecto en este supuesto viene recogido el art. 320.1 CA, cuya definición se deja al art. 346 CA; v. *supra*.

[728] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 179.

[729] Art. 320.2 CA 1985, según la interpretación de BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 518; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 635-6.

El art. 321 CA 1985 recoge determinadas excepciones en las que no se aplica la norma, relativas a transmisiones en grupos de sociedades, en una sociedad en disolución y entre la sociedad y uno de sus socios.

[730] Señalan BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 519, que aunque no es necesario que junta general apruebe todos los detalles de la operación, no cabe duda de que el precio a pagar es un elemento esencial que debe ser objeto del contenido del acuerdo.

[731] Art. 322.1 y 2 CA 1985.

sociedad.[732]

c) Especialidades relativas a los créditos y garantías

Introducción

179. La *Companies Act* dedica una especial atención a regular los préstamos entre la sociedad y sus administradores, reemplazando la prohibición que se había introducido en la ley de 1948.[733] La disciplina vigente establece un régimen que integra prohibiciones generales con excepciones particulares, además de sujetar todas las operaciones relativas a este ámbito a un deber de *disclosure* a través de la contabilidad de la sociedad y del deber general de informar al consejo, al igual que en toda relación contractual interesada.[734]

Prohibición

180. La regla prohibitiva afecta a las sociedades en general, si bien el ámbito de la prohibición se amplía para las denominadas "*relevant companies*".[735] La prohibición general establece que ninguna sociedad puede prestar dinero a ninguno de sus administradores o a un administrador de una sociedad filial, ni tampoco garantizar o avalar préstamos que terceros concedan a tales administradores.[736] La prohibición relativa a las *relevant companies* se extiende, subjetivamente, a los negocios con *connected persons* y, objetivamente, a los denominados quasi préstamos (*quasi-loans*) y a las operaciones de crédito (*credit transactions*).[737] La interdicción relativa al quasi préstamo viene referida a los pagos o reembolsos de gastos que la sociedad pueda hacer a un tercero acreedor de un administrador o *connected person*.[738] La segunda, prohíbe las operaciones de crédito según las cuales se transmiten bienes sujetos a compra a plazos (*hire-purchase*) o a condición, se arriendan bienes con pagos periódicos o se trasfieren bienes o proveen servicios con pagos diferidos.[739]

Excepciones

181. La regla general prohibitiva presenta un conjunto de cuatro excepciones. La primera autoriza los préstamos de importe reducido, entendiéndose por tales

---

[732] Art. 322.3 CA 1985. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 180; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 636.

[733] Arts. 330 a 343 CA 1985.

[734] El deber de informar a través de las cuentas anuales está previsto en los arts. 232 y 233 CA; Schedule 6, partes I y II. Sobre el deber de informar al consejo v. *supra*.

[735] Según el art. 331.6 CA 1985 una *relevant comany* es una *public company* o una sociedad que forma parte de un grupo que contenga una *public company*. La distinción entre *public* y *private companies* viene recogida en el art. 2.3 CA, dónde se define una *public company* ("plc") como aquella sociedad limitada por acciones registrada como tal y que dispone de un capital mínimo de 50.000 £ (art. 118.1 CA). *Private company* es aquella compañía que no es *public company*. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 46. La *Law Commissón: Regulating conflicts* (1999) parte 12, recomienda la supresión de la distinción entre socieades y *relevant companies* y la consiguiente aplicación de las reglas generales a todas las sociedades.

[736] Art. 330.2 CA 1985.

[737] Sobre la definición de *connected person*, v. *supra*. Sobre la prohibición dirigida a las *relevant companies* v. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 521-2; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 638.

[738] Art. 331.3 y 4 CA 1985. V. ejemplos en BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 521, entre los que se señala el pago facturas al administrador o facilitar una tarjeta de crédito para sus gastos. La prohibición del quasi préstamo tiene sus excepciones en el art. 332 CA, que establece que no quedan sujetas a interdicción las operaciones de este tipo cuyo término de reembolso no sea superior a dos meses y el importe total no exceda de 5.000 libras.

[739] Art. 331.7 a 10 CA 1985.

aquellos préstamos cuyo agregado no exceda las 5.000 libras.[740] La segunda excepción dispensa de la prohibición aquellas operaciones en las que el tercero sea una sociedad que forma parte del grupo en la medida que la sociedad matriz pudiera ser considerada como *connected person*.[741] La tercera está prevista para las provisiones de fondos para los gastos que el administrador requiera para ejecutar sus obligaciones. Sin embargo, estas facilidades están sujetas a distintas condicionadas: que el importe, para las *relevant companies*, no sea superior a 20.000 libras; que la Junta general autorice la operación, previo *disclosure*, o, en defecto de acuerdo, que el préstamo se liquide durante los seis meses subsiguientes a la Junta General mencionada.[742] Finalmente, la cuarta excepción se refiere a las sociedades cuyo objeto consista en prestar dinero y realizar las operaciones de crédito y garantías antes mencionadas a terceros, en cuyo caso, están autorizadas a llevarlas a término frente a los administradores siempre que se ejecuten «en el curso ordinario de los negocios de la sociedad» y por un importe razonable según lo que se espera de una persona la misma solvencia financiera (*financial standing*) que el administrador.[743]

Sanciones

182. La *Companies Act* establece sanciones civiles y penales para los supuestos de incumplimiento de la prohibición comprendida en esta sección. En cuanto a las primeras, el negocio es anulable a instancia de la sociedad, salvo que se den una de las tres siguientes situaciones: que la restitución de los bienes no sea posible, que la sociedad haya sido indemnizada por cualquier daño sufrido, o que el negocio se haya ejecutado con un tercero de buena fe.[744] Además, y de forma alternativa o acumulativa, la sociedad dispone de una acción de daños y una acción de enriquecimiento.[745] En relación a las sanciones penales, éstas sólo afectan a las *relevant companies* y a los administradores de las mismas que autorizan o permite las operaciones prohibidas así como a quienes obtienen de tales sociedades los préstamos y otros negocios prohibidos.[746]

d) Oportunidades, comisiones y competencia

Introducción

183. Fuera del ámbito de la práctica de relaciones jurídico negociales entre la sociedad y el administrador caben distintos supuestos en los que se aplica la regla que prohíbe ponerse en situación de conflicto (*no conflict rule*).[747] Estos supuestos conflictuales están normalmente relacionados con el uso de bienes, información y oportunidades, uso de la posición del cargo para obtener beneficios de terceros y las situaciones de competencia.[748]

---

[740] Art. 334 CA 1985.

[741] Art. 336 CA 1985.

[742] Art. 337 CA 1985.

[743] Art. 338 CA 1985. Con todo, se establece un límite de 100.000 libras para las *relevant companies*, salvo que sean entidades de crédito (*banking companies*) (art. 338.4 CA).

[744] Art. 341.1 CA 1985.

[745] Art. 341.2 CA 1985. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 523-4.

[746] Art. 342 CA 1985.

[747] V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 615.

[748] Como hemos visto *supra,* la comisión especial, CLR: *Final report* (2001) I, Ann. C, p. 344 y *Companies Bill 2002*, art. 19, al hacer la distinción entre contratos y otras operaciones sigue la ordenación arriba mencionada, salvo la cuestión relativa a la competencia que no aparece reflejada en las nuevas propuestas.

El supuesto relativo al *insider dealing* ha generado una rigurosa disciplina, particularmente penal, para su prevención. Su aplicación se produce en el ámbito del mercado de valores y se

Oportunidades societarias

184. Las oportunidades sociales se refieren a comportamientos interesados del administrador encaminados a excluir a la sociedad de un determinado negocio.[749] En tales casos la doctrina no se muestra favorable a la prohibición estricta que impida que los administradores explotar determinados negocios.[750] El enfoque tradicional para resolver este conflicto acude a la regla del *common* law que prohíbe los beneficios ocultos (*rule against secret profits*), aplicable por equidad a los administradores como fiduciarios.[751] Para que el interesado pueda aprovechar la oportunidad, la regla exige que el administrador informe a los socios y que éstos le den su consentimiento.

Leading case

185. Esta autorización puede venir reflejada en los Estatutos, si bien la norma supletoria usada a estos efectos, la *Table* A, sólo se refiere al concreto supuesto de que el administrador pueda realizar inversiones en una filial o en una entidad con intereses con la sociedad administrada.[752] Esta reglamentación viene a dar cobertura al supuesto previsto en el *leading case* más recurrente en este ámbito: el caso *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver* [1942].[753] La sentencia *Regal* se refiere a varios administradores que invirtieron en una filial y más tarde vendieron las participaciones obteniendo un beneficio. La *House of Lords* consideró que los administradores tuvieron la oportunidad de invertir en la filial debido al ejercicio de sus funciones como administradores de la sociedad matriz y consiguientemente fueron obligados a entregar a la sociedad las plusvalías obtenidas por la venta de

---

extiende a otros sujetos que no sean administradores de sociedades. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 531-6; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 426-38.

[749] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 183. V. BEAN, Gerard M.D., "Corporate governance and corporate opportunities", Co. Law., 15-9 (1994) 266-272; PRENTICE, D. D., "Director's Fiduciary Duties-The Corporate Opportunity Doctrine", Can. B. Rev 50 (1972) 623.

[750] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 183: la prohibición estricta resultaría ineficiente, pues reduciría el número de administradores no ejecutivos, normalmente con dedicación parcial a la sociedad. V. también PARKINSON, *Corporate power and responsibility* (1994) 230-2, que analiza los criterios y de eficiencia y de equidad aplicables al caso. La moderna doctrina postula un alejamiento al planteamiento tradicional que prohíbe el aprovechamiento de las oportunidades, mediando o no daño para la sociedad, y se decanta hacia una doctrina más compleja como la construida en los Estados Unidos a través de la "corporate opportunity". V. sobre ello, LOWRY, J., / EDMUNDS, R., "The no conflict-no profit rules and the corporate fiduciary: Challenging the orthodoxy of absolutism", JBL (2000) 122-142.

[751] V. también, BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 506-8, quienes consideran que las oportunidades, formando parte de un concepto amplio de *property*, quedan sujetas a las obligaciones que los fiduciarios como *trustees* tienen con respecto de los bienes de la sociedad. Sobre la regla relativa a los *secret profits*, v. *supra*, núms. 154 y 165.

[752] *Companies Act* 1985 *Table* A, art. 85(b) y (c). El administrador que haya informado al Consejo de Administración sobre la naturaleza y extensión de sus intereses, puede interesarse en entidades promovidas por la sociedad, sin que tenga que dar cuenta de los beneficios obtenidos por ello.

[753] Resulta de interés señalar que la primera versión de la Table A fue en 1948, art. 78, poco después de producirse la sentencia *Regal Hastings*. V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 184; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 524-5; SEALY, *Cases and materials in company law* (1996) 292-6; FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 420; PENNINGTON, *Directors' personal liability* (1989) 44-5. Para una crítica de la doctrina y resultados de la sentencia *Regal*, v. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 617.

las acciones de la filial.[754]

Ambito de aplicación

186. La sentencia *Regal* reduce el ámbito de aplicación a los casos de oportunidades derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, si bien la jurisprudencia más reciente lo extiende. Así en *Industrial Development Consultants v. Cooley* [1972], el demandado era un administrador ejecutivo de la sociedad demandante y arquitecto de reconocido prestigio, que fue contratado para obtener determinadas concesiones del sector público. La entidad pública *Eastern Gas Board* ofrece el negocio perseguido al administrador, quien cesa en su cargo de la sociedad y, posteriormente, obtiene el negocio directamente para sí. La compañía demanda a *Cooley* y obtiene una sentencia que condena al administrador al pago de los beneficios derivados del contrato. El fundamento de la sentencia se basa en el deber del administrador de promover los intereses de la sociedad durante el ejercicio de su cargo, cuando aquel había estado promoviendo sus propios intereses.[755]

Sanciones

187. En cuanto a las sanciones, la sociedad dispone de una acción de enriquecimiento por los beneficios realizados por el interesado. En algunos casos los tribunales han concedido una acción real y, alternativamente, si bien no siempre resulta más favorable, la sociedad puede demandar por los daños causados.[756]

Propuestas de reforma

188. Las propuestas de reforma incluyen en un mismo principio una regla de prohibición del uso de propiedades, información y oportunidades, limitada a los casos que tuvo conocimiento en el desarrollo de sus funciones.[757] El procedimiento de autorización presentado consiste en un sistema de autorización alternativo según el cual, por regla general, el uso de tales elementos puede ser acordado por la Junta general. Alternativamente, el órgano de administración de una *private company* está facultado a acordar la autorización, salvo que los estatutos lo prohíban. Si se trata de una *public company*, el órgano de administración quedará facultado a autorizar, siempre y cuando los estatutos lo prevean expresamente y según los términos de

---

[754] Resulta destacable que cuando los administradores hicieron la inversión eran accionistas mayoritarios de la matriz y no obtuvieron el consentimiento de la sociedad; sin embargo, en el momento de la venta, la sociedad madre estaba controlada por otros accionistas.

[755] V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 188; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 509; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 618. Este último autor señala que en relación a las oportunidades societarias, los tribunales ingleses no restringirían el ámbito de los deberes de los administradores a aquellas oportunidades que la sociedad ha identificado como tal y desea ejecutar. Para un desarrollo más amplio sobre las diferentes aproximaciones jurisprudenciales al respecto de la delimitación de las oportunidades sociales, v. FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 422-6, quien distingue el *capacity approach* de otros factores como la posición ocupada por el administrador, la naturaleza de la oportunidad, los conocimientos del administrador, entre otros. V. también, PENNINGTON, *Directors' personal liability* (1989) 47-50, quien distingue entre beneficios obtenidos de operaciones que entran en el ámbito de los negocios de la sociedad, oportunidades que no pueden ser llevadas a término por la sociedad y oportunidades rechazadas por la sociedad. Sobre estas últimas, v. en SEALY, *Cases and materials in company law* (1996) 301-3, la sentencia Peso-Silver Mines Ltd v. Cropper [1966].

[756] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 189-90; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 525-6. V. *supra*, núm. 151, sobre la acumulación de acciones de enriquecimiento e indemnizatorias.

[757] CLR: *Final report* (2001) I, Ann. C, Principle 6 (*Personal use of the company's property, information and opportunity*) p. 346, y comentario id., p. 353. Idem, *Companies Bill: Schedule* 2.

sus disposiciones.[758]

Comisiones

189. Un segundo caso de aplicación de la doctrina de prohibición de los beneficios ocultos se da comúnmente por comisiones o pagos obtenidos por los administradores de parte de terceros que tienen intereses relacionados con la sociedad. Una vez más, el administrador no puede obtener ventajas de terceros sin haber informado a los socios, quienes deben autorizarlas.[759] Las sanciones propias del *common law* son las de la anulabilidad del contrato celebrado con el tercero, así como la acumulación de acciones de daños y de enriquecimiento frente al administrador interesado.[760] Las propuestas de reforma van dirigidas a mantener la aprobación previa del beneficio o ventaja por parte de los socios.[761]

Competencia

190. A pesar de que a los administradores les es de aplicación la regla les prohíbe actuar en conflicto de intereses (*no conflict rule*) no existe una norma general dirigida a prohibir la competencia de los administradores con la sociedad.[762] Esta idea responde tanto al supuesto de actuación por cuenta propia como de actuación por cuenta ajena, y particularmente en los casos de administración de sociedades competidoras.[763] Además, el administrador no incumple sus deberes, salvo la existencia de especiales circunstancias, sólo por el hecho de que al finalizar el cargo realice una actividad competitiva de forma directa o a través de un tercero. Sin embargo, ello no le faculta para usar información confidencial perteneciente a la sociedad en la que ejercía el cargo.[764]

---

[758] CLR: *Final report* (2001) I, Ann. C, Principle 6.(a)(b)(c), y comentarios, id., pp. 353-4. Además, aun cuando el principio no lo diga expresamente, el comentario hace referencia al deber de abstención del interesado al señalar que cuando se refiere a que el consejo «excludes any interested director».

[759] V. la casuística en BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 525, dónde se refieren a supuestos de comisiones obtenidas en relación a ofertas públicas de adquisición y operaciones de reestructuración, así cono supuestos de abuso de información obtenida en el curso del cargo.

[760] V. DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 191; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 655, se refiere a que las acciones de daños y de enriquecimiento tienen carácter alternativo.

[761] CLR: *Final report* (2001) I, Ann. C, Principle 7 (*Benefits from third parties*), p. 347. La disposición propuesta establece primero la regla de la prohibición de explotar la posición de administrador para obtener beneficios personales, respecto de todo beneficio obtenido por causa o como gratificación de sus poderes como administrador. Sin embargo, la sociedad puede autorizar las ventajas obtenidas por acuerdo de junta general (*ordinary resolution*) y quedan excluidas de la aplicación de la norma «aquellos beneficios necesariamente incidentales para el desarrollo de sus funciones como administrador». El comentario a la disposición señala como ejemplo de este último supuesto al «*corporate entertainment*» (id., p. 345). Idem, *Companies Bill: Schedule* 2.

[762] BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 537; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 622; PENNINGTON, *Directors' personal liability* (1989) 51. Para una posición crítica con la tesis tolerante a la competencia, v. CHRISTIE, "The director's fiduciary duty not to compete", MLR (1992) 502-20.

[763] DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 170, nota 71: en caso de que el administrador se encuentre entre dos deberes en conflicto por ser administrador de dos sociedades en competencia, la ley no debe aplicarse tan rigurosamente que prohíba la ocupación de los dos cargos. V. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 623.

[764] BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 537.

3.
Estados Unidos

a) Introducción. La contratación interesada

Planteamiento

191. En los Estados Unidos, el deber de lealtad del administrador de sociedades deriva de la aplicación de la doctrina de los deberes fiduciarios.[765] A la par, los conflictos de intereses entre administradores y sociedades se ordena a través de un doble mecanismo. De un lado, la contratación entre ambas partes (*transactions with the corporation*) ha sido objeto de regulación en la mayoría de los Estados en sus respectivas leyes de sociedades.[766] De otro, los demás conflictos agrupados en el marco de las *corporate oppotunities* sigue siendo objeto de tratamiento a través de la doctrina judicial del *common law*.[767]

192. En relación a la contratación, la intervención legal no ha incorporado un principio que codifique de forma general y abstracta las exigencias del deber de lealtad del administrador.[768] Su contenido tiene en cuenta la presencia del *common law* y viene a completarlo o, en su caso, a sustituir determinados aspectos. De ahí que las prescripciones formuladas en las leyes de sociedades de los Estados miembros suelen regular excepciones a la nulidad de la operación en conflicto así como los efectos jurídicos de los requisitos procedimentales para la aprobación de la operación por la sociedad.[769] Este estado de cosas es fruto de una evolución doctrinal y jurisprudencial cuyo punto de partida se inicia con la intervención del *common law* a través de la prohibición absoluta de los contratos viciados de

---

[765] V. BRUDNEY, “Revisiting the import of shareholder consent for corporate fiduciary loyalty obligations”, J.Corp.L (2000) 209-40; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities" Harv. LR (1981) 998-1062; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials*, 1995; CLARK, *Corporate Law*, 1986; EASTERBROOK / FISCHEL, “Corporate Control Transactions”, Yale LJ (1982) 698-737; EISENBERG, “The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law” Fordham LR (1993) 437-468; id., “An overview of the Principles of Corporate Governance”, Bus. Law. (1993) 1271-1286; FERNANDEZ-ALBOR, “La doctrina de las ‘corporate opportunities’ en los Estados Unidos de América”, RDBB (1997) 477-518; HAMILTON, *Corporations*, 1998; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations*, 1983; MARSH, "Are Directors Trustees?", Bus. Law. (1966) 35; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy*, 1998. V. también, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 101-5.

V. también, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60-63; ABA, *Corporate Director's Guidebook*, 1978, 1984 y (2001) sub. 2.B.2; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I, 1994.

[766] Sobre las legislaciones de referencia, v. Cal. Corp. Code, arts. 310, 315-316; Del. Gen. Corp. Law, arts. 143, 144; N.Y. Bus. Corp. Law, arts. 713, 714, 719. Por excepción, algunos Estados no han codificado el conflicto: Dakota del Sur, Distrito de Columbia, Massachussetts, Missouri, Texas y Utah. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 236; 238-240. A título de ejemplo, v. ibi, la tabla de los Estados que exigen el deber de *disclosure*, distinguiendo los que solamente requieren informar sobre el interés de aquellos otros que además imponen la notificación de otros elementos. De los 51 estados que se relacionan, solamente el Distrito de Columbia y los estados de Massachussetts, Missouri, Dakota del Sur, Tejas, Utah y Vermont no regulan, en sus leyes de sociedades, el deber de informar sobre la contratación desleal.

[767] V. *infra*, núms. 222 ss.

[768] V. *supra,* el principio general enunciado en la propuesta de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.01, que sintetiza el principio que impone el *common law*. V. también, ALI, *Restatement of Agency* (1958) sbu. 389-392.

[769] V. pe., Cal. Corp. Code, art. 310; Del. Gen. Corp. Law, art. 144; N.Y. Bus. Corp. Law art. 713.

conflicto.

Prohibición absoluta

193. El Derecho americano ha seguido una evolución marcada por tres etapas que se inician con la prohibición absoluta de los contratos entre administrador y sociedad a través del *common law*, al que le sigue un periodo de moderación y confusión hasta llegar a la intervención legislativa y reconocimiento del *fairness test*.[770] La primera etapa, situada entre 1880 y 1910, se caracteriza por la ausencia de regulación legal del conflicto y por la aplicación por los tribunales del principio según el cual un contrato afectado por un conflicto quedaba viciado de nulidad radical, sin admitirse una revisión de la operación en función del interés que el negocio pudiera tener para la sociedad (*fairness*).[771] En una evolución de la doctrina anterior, se suaviza el principio anterior y se admite la anulabilidad del contrato a elección de la sociedad, con independencia de que la operación fuera lesiva o beneficiosa para la sociedad y del procedimiento de su aprobación.[772]

Evolución

194. Durante la segunda etapa, desarrolla entre 1910 y 1960, el criterio que rige se basa en la admisión de la contratación interesada siempre que sea aprobada por una mayoría de administradores independientes y la operación sea de interés para la sociedad (*fair*).[773] Con todo, durante la primera mitad de este siglo, se produjo una diversidad de estándares de aplicación, sin una regla uniforme y segura que determinara la anulabilidad o nulidad de las operaciones interesadas. Entre tales aproximaciones, las sociedades llevaron a los estatutos reglas exculpatorias para los administradores (códigos de conducta exoneradores).[774]

b) Aproximación al modelo actual

Planteamiento

195. La tercera etapa se corresponde con la ordenación existente en los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XX.[775] El rasgo caracterizador de esta época responde a la consolidación de la intervención legal en la regulación de los

---

[770] El estudio doctrinal de mayor autoridad que ha ordenado en etapas los antecedentes al régimen actual es el de MARSH, "Are Directors Trustees?", Bus. Law. (1966) 35. Un resumen del mismo puede encontrarse en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 219-220.

[771] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-406; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994), 219-220. Trabajos recientes han polemizado con la conclusión generalizada de que en esta etapa la regla general fuera la nulidad de las operaciones interesadas. V. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 650-651 recogen el extracto del trabajo de BEVERIDGE, “The Corporate Directors’s Fiduciary Duty of Loyalty...” Depaul LR (1992) 655 que califica de completamente erróneo el criterio hasta ahora más autorizado de Marsch, aportando determinadas sentencias en su favor. Sin embargo, parece que el fundamento de Beveridge es muy débil ante las numerosas sentencias de la época (entre 1870 y 1890) que contradicen su versión.

[772] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-406.

[773] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 219-220. El paso de una prohibición de las conductas interesadas a un régimen de tolerancia resulta aún hoy discutido por la doctrina. Sobre la dilución substancial de los deberes fiduciarios o su abolición formal por los tribunales, v. BRUDNEY, “Revisiting the import of shareholder consent for corporate fiduciary loyalty obligations”, J.Corp.L (2000) 209 ss.

[774] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-406. V. id., 8-437 a 438, para una síntesis de casos relativos a disposiciones estatutarias y a reglamentos internos que establecen reglas de autorización de operaciones conflictuales; resulta significativo que la mayoría de reglamentos internos proceden de un momento anterior (entre 1937 y 1979) a las reglamentaciones legales.

[775] V. una amplia selección de casos en ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-427 a 447; 486 a 491.

conflictos relativos a los contratos entre administradores y sociedades.[776] La introducción de normas legales en las leyes de sociedades de los Estados tiene la pretensión de ordenar este conflicto sobre dos criterios. De un lado, se admite como regla general el *fairness test* admitiendo los contratos de la sociedad con los administradores interesados salvo que no se determine que resulta perjudicial para la sociedad (*unfair*).[777] De otro, se establecen los procedimientos legales que permiten enervar o derogar la regla de la nulidad (*safe harbor statutes*).[778]

La *Model Act*

196. La reforma operada en el Derecho de sociedades americano durante esta etapa es, a su vez, expresión de la evolución que ha seguido la *Model Act*, cuyo contenido ha servido de patrón general para la mayoría de leyes estatales. El impulso reglamentador de las relaciones contractuales con el administrador se inicia en 1966 con una revisión de la *Model Act* de 1960.[779] En ella se introduce la sección trigésimo sexta con el propósito de flexibilizar la regla general de la nulidad, cuyo texto será modificado por la sección 41 de la *Model Act* de 1969. Una y otra no pretendían regular de forma general la institución general de la contratación con el administrador. Por contra, se establecen unos requisitos y procedimientos cuyo cumplimiento permite presumir la validez del negocio objeto de conflicto, de manera que el régimen aplicable sigue complementándose con los principios de equidad del *common law*.

197. La *Model Act* tiene como objetivo establecer requisitos que si son seguidos por los administradores interesados «inmunizan una operación contractual y al administrador interesado contra la doctrina del *common law* relativa a la nulidad del conflicto de interés del administrador».[780] Por su parte, la *Model Act* de 1984

---

[776] V. para el régimen de contratos, las normas siguientes normas de referencia: Cal. Corp. Code, art. 310; Del. Gen. Corp. Law, art. 144; N.Y. Bus. Corp. Law, art. 713. En fecha de 1 de diciembre de 1993, 49 Estados de Norteamérica habían regulado el conflicto; v. la lista en ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-410 a 411. Los Estados ausentes son Missouri, New Hampsshire y New México. Sin embargo, cfr. con el listado de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 238-240, con fecha de 1992 relativa al deber de disclosure. Los Estados que no tienen regulación son: el Distrito de Columbia, Massachusetts, Missouri, South Dakota, Texas y Utah. Cruzando los datos de una y otra referencia, el único Estado que no habría incorporado regulación alguna sería Missouri.

[777] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 219-220. Para una reflexión sobre la evolución del Derecho americano y sus motivos, CLARK, *Corporate Law* (1986) 161-166 (influencia de los administradores, de los abogados, y de la valoración positiva de determinadas trasaciones); si bien aporta una nueva explicación: «se puede hipotetizar por qué los jueces empiezan a cambiar la regla de la estricta prohibición: porque la proporción de supuestos de contratación interesada relacionada con sociedades cerradas se convierte en mucho mayor que los casos relacionados con sociedades abiertas». V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 639.

[778] Los sistemas de excepción de la regla de la nulidad de las operaciones interesadas y la sujeción a requisitos procedimentales, introducidos por la vía de las leyes de sociedades estatales, son identificados normalmente con la expresión *'safe harbor' statutes*. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 211 y passim; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-386 y passim. Para una discusión sobre la evolución histórica de los *safe harbor' statutes*, v., Bulbulia y Pinto, "Statutory responses to interested directors' transactions: a watering down of fiducary standards?", Notre Dame Law 53 (1977) 201; Note, "The status of the fairness test under section 713 of the New York Business Corporation Law", Colum. LR 76 (1976) 1156, apud, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 237.

[779] Ello a excepción de los préstamos, cuya regulación se introdujo en 1950; v. *infra,* normas especiales sobre préstamos a los administradores.

[780] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-399.

sub. 8.31 amplía la reglamentación anterior, especialmente en los procedimientos de aprobación y de ratificación así como clarifica la definición del conflicto de intereses.[781] La última versión de la *Model Act* 1988 reordena su estructura y contenido con el objetivo de dar una regulación general y precisa para todo supuesto de contratación en conflicto de interés.[782]

198. A pesar de la intervención legal, el modelo legal vigente es tributario de su pasado reciente. Un ejemplo claro de ello reside en la regla según la cual, cumpliéndose determinadas condiciones, el solo hecho de que el administrador contrate con la sociedad no hace el contrato nulo o anulable. Este criterio, común en la mayoría de las leyes de sociedades, es de aplicación aún cuando el administrador haya participado activamente en el debate y votación del consejo o comisión que autoriza la operación.[783] De esta forma, la codificación del conflicto viene a negar la nulidad de las operaciones entre administradores y sociedades por el sólo hecho de mediar una relación interesada entre las partes.[784]

199. Al negar el régimen legal la nulidad del negocio, la sanción del conflicto se decanta, de nuevo, por la intervención judicial. De esta forma, el examen fundamental de la deslealtad queda en manos de los tribunales a través del *fairness test*.[785] Con ello, la función de la ley es dejar testimonio de que no se exige una prohibición absoluta

---

[781] El contenido de la *Model Act*, sub. 8.31 se reproduce en la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-406 a 407, donde se comentan las novedades que introduce respecto de su regulación anterior.

[782] V. *supra,* modelo aglo-americano, donde se trata la evolución reciente. V. en general, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-385 a 390; 409 a 410. El nuevo *Subchapter F on Directors' Conflicting Interest Transactions* (sub. 8.60-8.63) sustituye a la sección 8.31 de 1984.

[783] V. pe, el Cal. Corp. Code, art. 310 (a): «Ningún contrato u otra operación entre una sociedad y uno o más de sus administradores, o entre una sociedad y cualquier sociedad de capital (*corporation*), empresario (*firm*) o asociación en la que uno o varios de sus administradores tenga un interés económico, es nulo o anulable porque el administrador o administradores o las sociedades, empresarios o asociaciones son partes del contrato o porque el administrador o administradores estén presentes en las reuniones del consejo o de los comités en los que se autorice, apruebe o ratifique el contrato u operación», si se cumplen determinadas condiciones.

En términos semejantes, la Del. Gen. Corp. Law, art. 144 (a) señala que «[n]ingún contrato u operación entre la sociedad y uno o más de sus administradores o altos cargos (*officers*), o entre una sociedad y cualquier otra sociedad de capital (*corporation*), personalista (*partnership*), asociación u otra organización en la que uno o más de sus administradores o altos cargos sean administradores o altos cargos, o tengan intereses económicos en tales entidades, debe considerarse nulo o anulable solamente por esta razón, o sólo porque el administrador o el alto cargo esté presente o participe en la reunión del órgano de administración o comisión que autorice el contrato u operación, o sólo porque sus votos sean contabilizados para tales efectos», si se cumplen las condiciones que la propia ley establece.

V. también la N.Y. Bus. Corp. Law, art. 713 (a), refiriéndose exclusivamente a los administradores y acotando el supuesto a caso con interés económico 'substancial'; la regla fue incorporada en la reforma de 1961. V. además, ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.61(a); ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 211; CLARK, *Corporate Law* (1986) 166.

La doctrina judicial en numerosos supuestos se ha mostrado favorable a permitir las operaciones interesadas siempre que pueda demostrarse que la actuación del administrador sea *fair* respecto de la sociedad. V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) sub. 238 ss.; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 235.

[784] V. la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-423, para la relación de los cuarenta y siete Estados con preceptos negando el principio prohibitivo. V. también, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 235.

[785] V. *infra*, núms. 221-212.

de los comportamientos desleales.[786]

c) Propuestas recientes

Planteamiento

200. Las propuestas acaecidas a partir de la segunda mitad de los años ochenta, ya no parten de la negación de la doctrina de la nulidad. Afirman positivamente cual es el supuesto de deslealtad a través de la determinación de las condiciones según la cuales el administrador actúa lealmente. De esta forma establecen las reglas según las cuales el juez puede entrar a conocer del fondo del asunto a partir del incumplimiento de las mismas.[787]

Intervención administrativa

201. Dentro de las propuestas de carácter regulador, la más alejada de las tendencias actuales, postula la prohibición general de la contratación con la intervención administrativa de la SEC para determinar las autorizaciones singulares. Su aplicación se circunscribe al contexto de la sociedad abierta y defiende la prohibición de toda operación interesada sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, la contratación en una situación de conflicto crea un alto riesgo de abuso o deslealtad que no ha sido mitigado por los medios jurídico-legales y de mercado existentes.[788] En segundo lugar, la contratación interesada no aporta beneficio o excedente relevante, ni aún en el supuesto de que el contrato no resulte perjudicial a los intereses sociales.[789] En consecuencia, las contrataciones conflictuales exponen a la sociedad a un riesgo improductivo e innecesario.[790] Excepcionalmente, determinadas operaciones pueden aprobarse por una autoridad administrativa cuando, además de ser de interés para la sociedad, sean más beneficiosas que las ofertadas por el mercado, cuyo excedente pueda compartir la sociedad.[791]

Autorización

202. Una segunda tendencia encuentra su patrón en la *Model Act*, en la medida que la mayoría de Estados han adoptando las propuestas de la ABA, *Model Business Corporation Act* (1969) sub. 41; (1984) sub. 8.31 y (1988) sub. 8.61-63.[792] La *Model Act* establece dos criterios de cuyo cumplimiento depende la validez del negocio.

---

[786] Según CLARK, *Corporate Law* (1986) 169, la función de la ley consiste en «dejar claro que la regla de la nulidad del siglo diecinueve ya no está en vigor». V. *infra,* aplicación judicial.

[787] V. en esta dirección, la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8-61 y ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02.

[788] Este primer argumento encuentra apoyo en la insuficiencia de los controles que ofrece el mercado y a las reglas legales que parten de la ratificación societaria y revisión judicial que son incapaces de reducir el riesgo de deslealtad de forma significativa. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 180-184.

[789] CLARK, *Corporate Law* (1986) 184-187.

[790] CLARK, *Corporate Law* (1986) 180.

[791] Posición mantenida por CLARK, *Corporate Law* (1986) 188, que entiende que Por las características de la gran empresa, su dispersión accionarial y el control ejercido por una minoría del capital, en protección del inversor, la *Securities Exchange Comisión* debería ser la agencia que decidiera sobre las autorizaciones de las conductas interesadas. Este tipo de propuestas fueron postuladas en los años sesenta por MARSH, "Are Directors Trustees?" Bus. Law. (1966) 74-5, quien sugiere una propuesta de modificación de la *Securities Exchange Act* 1934 en el sentido mencionado. V. también SCHWARTZ, “A Case for Federal Chartering of Corporations” Bus. Law. 31 (1976) 1125 [1157].

[792] Trece Estados han seguido en lo fundamental a la *Model Act* (1969) sub. 41 y (1984) sub. 8.31; otros veinte Estados le añaden el deber de *disclosure*; seis, requieren el *fairness test*; v., ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 235-236.

203. En primer lugar, los contratos que realicen los administradores con la sociedad no será anulables por el solo hecho de la existencia de la relación conflictual de intereses, siempre que se cumplan los requisitos de *disclosure* y autorización a través de una aprobación por el órgano de administración o por los socios (*safe harbor*).[793]

204. El acuerdo de autorización de la operación debe tomarse por una mayoría de administradores no interesados, que al participar en el acuerdo valoran el interés que el acuerdo tiene para la sociedad, una vez que ya conocen el interés que la operación causante del acuerdo tiene para el administrador.[794]

---

[793] En relación a la aprobación por el órgano de administración, v. como ejemplo a la *Del. Gen. Corp. Law* 144 (a)(1): «Los hechos materiales tanto de la relación o interés como del contrato u operación sean revelados o sean conocidos para los miembros del órgano de administración o de la comisión, y que el órgano de administración o comisión actuando de buena fe autorice el contrato u operación por los votos favorables de una mayoría de administradores desinteresados…». Respecto de la aprobación por los socios, v. el art. 144 (a)(2) *Del. Gen. Corp. Law* que exige que «[l]os hechos materiales tanto de la relación o interés como del contrato u operación sean revelados o sean conocidos por los accionistas legitimados para votar en ello, y el contrato sea u operación sea específicamente aprobado de buena fe por votación de los accionistas…». V. también, ALI, *Principles of corporate governance* (1994) sub. 5.05(a)(3).

La mayoría de los Estados americanos requieren que la información que se debe notificar abarque, además de la situación o relación de conflicto (el interés en la operación), la obligación de revelar todos los hechos relevantes (*material facts*) relativos a la operación. Además de la diposición de Del. Gen. Corp. Law, art. 144(a), v. N.Y. Bus. Corp. Law, art. 713(a) y (b); Cal. Corp. Code, art. 310(a) y (b). Para el listado de los 26 Estados que incorporan esta obligación, v., ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 238-240. Algunos Estados añaden el requisito de la buena fe en la actuación de los administradores a la hora de notificar, como es el caso de la N.Y. Bus. Corp. Law, art. 713(a) y (b) o la Ley de sociedades de Delaware.

En caso de autorización por la junta, la *Model Act* exige que los administradores comuniquen la identidad de los socios interesados al presidente de la junta. La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.63(e) establece que si, en una operación que la junta ha autorizado, el administrador no facilita la identidad de los socios interesados, el Juez puede entrar en el fondo para examinar si el negocio es *fair* para la sociedad. Los requisitos para su aplicación son (1) que los votos de las socios interesados sean determinantes para el resultado final o (2) que la ausencia de informar fuera un parte de una plan organizado de forma deliberada para influir en el resultado de la votación. Sin embargo, si la omisión fue un acto simplemente negligente y los votos interesados no son determinantes para el resultado, el juez puede, considerando las demás circunstancias, rechazar el proceso del *fairness test*. V. comentario oficial, id., 8-516-517.

Sobre la autorización en la agencia, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 82-104; REYNOLDS, *Bownstead on Agency* (1985) sub. 13-20. En la relación fiduciaria, v. AUSTIN, *Equity* (1987) 182-185.

[794] La formulación de los *ALI, Principles of corporate governance* (1994) se refiere a una aprobación mayoritaria de al menos dos administradores no interesados ya sean del consejo o de una comisión delegada. El su epígrafe 1.15 se establece que «un precepto que de un efecto específico a la actuación de 'administradores desinteresados' requiere el voto afirmativo de una mayoría, pero que no sea inferior a dos, de los administradores del consejo o de una comité especial que no sean interesados en la operación o en la conducta en cuestión». Tal formulación es comparable, si bien no igual, a la de diferentes leyes estatales americanas. La exigencia del voto favorable de al menos dos administradores, responde a que con ello se pretende asegurar la discusión del órgano colegiado y aprobación por una mínima masa crítica. En esta dirección se resuelven algunas dudas planteadas en diferentes legislaciones estatales que exigen el voto afirmativo de una 'mayoría de administradores desinteresados' y no establecen solución alguna para el caso de que todos los administradores menos uno sean interesados o no estén presentes y la aprobación se de por un solo administrador.

Business judgment rule

205. En este sentido, la decisión deberá tomarse siguiendo los mismos criterios que configuran sus deberes generales, es decir, los deberes de cuidado y buena fe.[795] Con ello, la responsabilidad de los administradores no interesados que autorizan la situación de conflicto se determinará según las reglas propias de los supuestos comunes, hecho por el cual obtendrán los beneficios que les confiere la doctrina de

---

Un ejemplo de legislación que contempla el voto mayoritario de administradores desinteresados, sin tener en cuenta lo antes dicho, puede verse en la *Del. General Corporation Law*, art.144(a)(1) al final, dónde se señala que el consejo o el comité deben aprobar con «los votos afirmativos de una mayoría de administradores no interesados». Consiste en separar aquellos administradores interesados de los comunes y en una votación de estos últimos, obtener votos afirmativos en favor de la operación en número superior la mitad de los mismos. Cfr. con el art. 713 (a)(1) al final de la *N.Y. Bus. Corp. Law*, que exige que la operación sea aprobada por la mayoría de los administradores desinteresados siempre y cuando constituyan la mayoría de los administradores presentes; si este quorum no se consigue, la propuesta debe ser aprobada por el voto unánime de los administradores desinteresados

[795] En esta dirección para que el procedimiento sea inmune a la tutela judicial, el acuerdo de los administradores debe tomarse con los requisitos que establece el deber de cuidado. V. en esta dirección el comentario interpretativo de la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-417: «[L]a actuación del consejo de administración debe cumplir con los criterios de cuidado, *fairness* y buena fe que exige la sección 8.30(a) para toda actuación de los administradores» (…); de otra forma «el acuerdo del consejo no podría obtener los efectos propuestos por la sección 8.61(b)(1)». Este párrafo llama la atención a los comentaristas de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 244, que subrayan que no es suficiente la aprobación de la operación por administradores no interesados, sino que éstos han de cumplir además con las exigencias de la actuación de buena fe y debido cuidado. Esta es la perspectiva prevista en los ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) sub. 4.01.

V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-418, el supuesto comentado ejemplificado de la siguiente manera. El órgano de administración de la Sociedad X autoriza un préstamo a uno de los administradores con condiciones sobre garantías, duración e intereses resultan coincidentes con las que ofrece el mercado. Sin embargo, el préstamo no se concede en el curso ordinario de los negocios [desarrollo normal del objeto social] y, a su vez, exige la entrega de unos recursos limitados que hubieron podido ser usados en la promoción de las actividades relativas a los negocios de la sociedad. Una operación de estas características no puede ser inmune a la acción judicial por ser su autorización contraria al interés de la sociedad. El órgano autorizante debe tomar la decisión de forma razonable (fundamentada); «esto es que, atendiendo las circunstancias que tengan a mano, el acuerdo sea tomado de forma que se obtengan resultados favorables (o reduzcan resultados desfavorables) juzgando desde la perspectiva de la promoción /fomento de las actividades de negocio de la sociedad».

Finalmente, debe tenerse en cuenta la exigencia de buena fe. V. el ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-418, al referirse a que cuando las condiciones de la operación interesada sean 'manifiestamente desfavorables', en un juicio en el que los administradores tomen en consideración las circunstancias del caso en el momento de su aprobación, el acuerdo debe considerarse contrario a la buena fe que se espera de los autorizantes y por lo tanto revisable judicialmente. En esta dirección, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 244, entienden que «el test de la operación sobre lo 'manifiestamente desfavorable' es comparable con el test del epígrafe 5.02(a)(2)(B) [autorización por administradores]». Los *Principles* (id., p. 212) añaden que catorce '*save harbor statutes*' requieren que la aprobación de la operación por administradores o socios sea hecha de 'buena fe'. Con el requisito de la buena fe puede los tribunales de tales Estados pueden abordar las operaciones con un examen más intenso. V. p.e., Del. Gen. Corp. Law, art. 144 (a)(1) y (2), que exige la buena fe en la toma de decisiones, tanto de la junta como del órgano de administración; y también, Cal. Corp. Code, art. 310 (a)(1) y (2).

[796] En términos generales, esta solución coincide con la propuesta en los ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 226, al señalar que la conducta de los administradores no interesados que aprueban debe ser juzgada a través del deber de cuidado (sub. 4.01) y su responsabilidad protegida por la regla del *business judgment rule*. Sin embargo, no existe un

la *business judgment rule*.[796]

206. La *business judgment rule* consiste un estándar judicial según el cual el juez no reexamina la decisión tomada por el administrador a los efectos de determinar su responsabilidad si cumple con determinados requisitos derivados del contenido del deber de cuidado.[797]

207. El primer presupuesto se refiere a la ausencia de interés personal del administrador en el asunto a enjuiciar, en cuyo caso resultaría de aplicación el deber de lealtad.[798]

208. El segundo requisito hace referencia a la actuación de buena fe del administrador al tomar la decisión en el doble sentido objetivo y subjetivo de creencia racional de que su comportamiento responde al interés social.[799]

---

criterio único en los tribunales. De un lado puede verse en CLARK, *Corporate Law* (1986) 172, nota 5.2.10, la referencia al caso de Delaware Puma v. Marriott, 1971, dónde se establece que «la *business judgment rule* protege los contratos realizados entre la sociedad y también al administrador *insider* si está aprobado por administradores desinteresados y externos». De otro puede contrastarse esta doctina con la en SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 765-767, dónde se comenta que el caso *Cooke v. Oolie,* 1997, en el cual Tribunal señala que «resulta claro que si un acuerdo de los administradores cae dentro de la la *safe harbor* de la sección 144 [Del. Gen. Corp. Law], el órgano de administración no queda legitimado a recibir la protección de la *business judgment rule*.

Sobre la *business judgment rule* v. BLOCK, D. J., et al., *The business judgment rule: fiduciary duties of corporate directors*, 5ª ed., 1998; FLEISCHER, H., "La '*business judgment rule*' a la luz de la comparación jurídica y de la economía de mercado", RDM (2002) 1727-53; BALOTTI, R.F. / HANKS, J. J., "Rejudging the business judgment rule", Bus. Law. 48 (1993) 1337; HANSEN, CH., "The duty of care, the business judgment rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project", Bus. Law. 48 (1993) 1355; EISENBERG, "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law", Fordham LR (1993) 440-5. Id, "The duty of care of corporate directors and officers", U. Pitts. LR (1990) 959-69.

[797] V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.30 y 8.30.c); id., p. 8-167; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 93.

La doctrina del *business judgment rule* ha sido creada a través de la acción de los tribunales y manifestada en el case law en diversas formulaciones, sin que los Estados la hayan incorporado a sus legislaciones de sociedades. Según la formulación de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01(c), «Un administrador o directivo que de buena fe toma [o participa en] una decisión empresarial cumple con el deber de esta Sección si: (1) no está interesado [sub. 1.23] en el asunto de la decisión; (2) está informado con respecto el asunto de la decisión en la extensión que el administrador o directivo razonablemente crea sea apropiado bajo las circunstancias; y (3) crea razonablemente que la decisión responde a los mejores intereses de la sociedad». Este enunciado «se entiende coherente con la presente ley tal como sería interpretada en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados», id, p. 173.

Se dice que la *business judgment rule* actúa como una presunción de actuación diligente en favor del administrador. El demandante que cuestiona la conducta del administrador tiene la carga de la prueba de la infracción y de la relación de causalidad entre la conducta y el daño, siguiendo los principios generales. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01(d). V. id., pp. 144, 187. V. también, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 625.

[798] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01(c)(1); id., pp. 176-177; las diferencias procedimentales ponen de manifiesto que en caso de conflicto de intereses «la carga de la prueba cambia al administrador que habrá de probar que la operación fue fair y razonable para la sociedad». Para otros autores, la infracción de deberes fiduciarios cierra la aplicación de la *business judgment rule*; v., HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 628.

[799] V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01(c)(3); id., pp. 179-181; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 661. V. el ejemplo de los *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 184: una sociedad A que necesita importantes cantidades de

209. El tercer requisito requerido para la aplicación de la exoneración de responsabilidad del administrador se refiere a que la decisión esté razonablemente fundamentada.[800]

210. A estos efectos, el administrador debe informarse adecuadamente hasta dónde lo aconsejen las circunstancias del caso y en base a esta información considerar la oportunidad de la decisión, evaluar los riesgos, contrastar las opiniones y otras posibles alternativas.[801]

---

cojinetes puede escoger entre dos proveedores, B y C, que a igual calidad la segunda le vende las unidades un 30% más caras; los propietarios de C son alumnos de la misma universidad en la que han estudiado los administradores de A y sólo por ello, sin la existencia de expectativas de otros negocios ni contraprestaciones recíprocas aprueban un contrato de suministro para tres años. Ante estos hechos puede sostenerse que el administrador no tenía la creencia racional de que su decisión era de interés social, lo que trae en consecuencia la ausencia de protección de la *business judgment rule*.

[800] V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 177. V. id., sub. 4.01(c)(2) final, dónde se indica que la naturaleza y amplitud de información requerida será la que el *administrador razonablemente crea que es apropiada atendiendo las circunstancias*. La creencia racional comporta una vertiente objetiva y otra subjetiva. Siguendo a los *Principles*, id., pp. 177-178, en el el examen de la racionalidad de la decisión pueden intervenir elementos fácticos tales como el tiempo disponible para tomar una decisión y para obtener la información; en este sentido la presión del factor tiempo puede comportar aceptar riesgos aún sin disponer de todos los elementos de juicio para decidir sobre una operación, resultando coherente con la aplicación de la business judgment rule. Otros factores que pueden ser relevantes para juzgar la creencia razonable pueden ser, entre otros, el coste de obtener la información, la importancia de la decisión a tomar, la confianza de los administradores en las personas que han de elaborar la información, y el estado de los negocios de la sociedad (beneficios, insolvencia, expansión del negocio, etc.).

[801] Uno de los casos de mayor relevancia en esta materia y que mayor polémica doctrinal ha levantado es *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985). Para una reproducción de la sentencia con algunos comentarios y notas doctrinales, SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN, Corporations *Law and Policy. Materials and Problems* (1988) 623-26; 626-653-655; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 605-628. El supuesto se refiere a una operación de fusión que se aprueba con una prima substancialmente superior al precio de mercado, sin que el acuerdo se fundamentara en una valoración independiente. A pesar de que el administrador era un experto hombre de negocios y tuviera una larga experiencia en la gestión de la sociedad, el tribunal falló contra el administrador evaluando los daños en 23,5 millones de dólares, de los cuales 10 millones fueron pagados por la entidad aseguradora. El Tribunal Supremo de Delaware entiende que la *business judgement rule* sólo se aplica a aquellas decisiones que están debidamente fundadas. La decisión judicial ha sido criticada desde la visión contractualista, tanto desde la perspectiva de los costes de información que exige cumplimentar el deber como de la valoración de quien está mejor incentivado a decidir que información se necesita para la toma de decisiones. A estos efectos se entiende que los gestores están más incentivados que los asesores, los socios o los tribunales. V. en esta dirección, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 108. V. también, FISCHEL, “The business judgment rule and the Trans-Union Case”, Bus. Law. 40 (1985) 1437.

Fairness 211. El segundo control que añade la *Model Act* se refiere al interés que el contrato tenga para la sociedad (*fair to the corporation*).[802] Con esta exigencia se plantea si el control judicial de *fairness* tiene carácter alternativo a la aprobación orgánica, de forma que el cumplimiento de cualquiera de los dos mecanismos de control (aprobación orgánica o *fairnes*) resultara suficiente para considerar que el comportamiento interesado se ajusta a derecho.

[802] La propuesta de la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.61(b)(3), señala que una operación contractual no puede ser declarada nula si «la operación, juzgada de acuerdo con las circunstancias del momento de su producción, se establece que es *fair* para la sociedad». En este sentido diversas legislaciones exigen el requisito de *fairness* a pesar de que se haya procedido a la autorización orgánica. En California el Cal. Corp. Code, art. 310(a)(2) exige el consentimiento y el *fairness* ante la aprobación de la operación por administradores desinteresados («*the contract or transaction is just and reasonable as to the corporation at the time it is authorized, approved or ratified...*»); sin embargo, id., art. 310(a)(2) no exige *fairness* si la aprobación orgánica se acuerda por los socios. En términos muy parecidos, v. la N.Y. Bus. Corp. Law, art. 713(b). En ambas legislaciones de Nueva York, art. 713 y California, art. 310(a)(3) expresamente se exige *fairness* en ausencia de aprobación orgánica. Con un contenido semejante, v. las legislaciones de los Estados de Alabama, Alaska, Connecticut, Illinois y Kentucky, y ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 236.

Otro ejemplo viene referido en el art. 144 (a)(3) Del. Gen. Corp. Law que exige que «El contrato sea *fair* a la sociedad en el momento que sea autorizado, aprobado o ratificado, por el órgano de administración, una comisión o los accionistas». La interpretación de esta última disposición, según CLARK, *Corporate Law* (1986) 168-169, «sugiere, aunque no lo dice, que todo contrato que quiera evitar la nulidad automática debe recibir la aprobación de los administradores o de los accionistas en algún momento...».

Algunos Estados que han regulado esta operación conflictual no hacen mención explicita al requisito de *disclosure* ni al *fairness test*; como es el caso del Estado de Vermont. Otros, como Illinois, pe., mantienen silencio sobre el segundo (*fairness test*). V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 236.

La relación entre la aprobación orgánica y el *fairness test* ha sido objeto de una amplia reflexión por el profesor BRUDNEY, “Revisiting the import of shareholder consent for corporate fiduciary loyalty obligations”, J.Corp.L (2000) 209-40. Ante la cuestión de saber qué efectos deriva de la aprobación orgánica, el autor niega las siguientes hipótesis posibles: (a) la autorización orgánica resulta suficiente por sí sola para la validez de la operación y exime de responsabilidad a los administradores, pues la mayoría legitimaría una expropiación dirigida a la minoría (id., pp. 221-2); (b) el consentimiento orgánica suprime las obligaciones fiduciarias y sujeta los efectos del negocio a los límites contractuales generales (id., p. 223); (c) el consentimiento societario permite retener nominalmente el estatus fiduciario, si bien el *fairness test* no resulta exigible y a cambio se aplicaría un estándar más permisivo, ya sea del *business judgment* o el del *waste* (lesión de los intereses sociales) (id., pp. 224-33); finalmente el autor entiende que los tribunales, aun cuando de forma vaga y ambigua, imponen una exigencia superior a la del *business judgment* e inferior al requisito del *fairness* (id., pp. 235-9). De su parte, el autor defiende el doble requisito de aprobación orgánica más *fairness test* como requisitos cumulativos y único medio de protección de los intereses de la sociedad, particularmente de la cotizada (id., pp. 213, 219, 228-229, 235 y *passim*).

212. La incertidumbre deriva del hecho de que las legislaciones no establecen expresamente la autonomía entre ambos requisitos (autorización orgánica y *fairness*) y la jurisprudencia no ha resuelto la cuestión de forma clara.[803]

Deber esencial de *disclosure*

213. Una tercera tendencia es la seguida por los *Principles of Corporate Governance*. En ellos se establece un sistema alternativo de requisitos relativos a la aprobación y la ratificación orgánica, similar, en términos generales, a las de la mayoría de las legislaciones vigentes en los Estados de la Unión, así como el examen de *fairness* (*fairness test*), de forma que el cumplimiento de cualquiera de ambos es suficiente para acomodar la conducta al deber de lealtad.

214. De un lado, la particularidad que ofrece el cumplimiento de la aprobación orgánica reside en que con ella se excluye el análisis sobre la ineficacia del negocio, quedando abierta la eventual sanción de responsabilidad por daños.[804]

215. Sin embargo, a pesar de que la aprobación cumpla con los requisitos derivados del deber de lealtad, puede ser revisada judicialmente por ser lesiva a los intereses sociales.[805]

---

[803] Unos tribunales han rechazado la revisión judicial de *fairness*, mientras que otros, si bien *in dictum*, han señalando que «se permite el examen judicial de las operaciones aunque exista aprobación desinteresada»; v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 211 y 236; v. ibi, las sentencias. V. además la casuística de la jurisdicción de Delaware en CLARK, *Corporate Law* (1986) 169-170; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 687-688, que reseñan los casos *Fiegler v. Lawrence*, Del., 1976 (revisión judicial basada en el *fairness* en un caso con ratificación de los accionistas), *Marciano v. Nakash*, 1987 (sentencia que ratifica la doctrina anterior), Oberly v. Kirby, 1991; *Kahn v. Lynch Communications Systems*, 1994 (caso fusión expropiatoria). En SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 765-767, además de comentar las sentencias anteriores añaden el caso *Cooke v. Oolie,* 1997, dónde el Tribunal señala que el cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 144 Del. Gen. Corp. Law «solamente cambia la carga de la prueba para el demandante para demostrar que la operación fue *unfair*». Después de lo cual los autores citados apostillan la confusión existente en este punto y lamentan lo poco que han hecho los tribunales para clarificar el análisis sobre esta materia.

Otras consideraciones que abundan en lo anterior apuntan a que a pesar de que a partir de los años setenta la mayoría de los Estados hayan adoptado regímenes procedimentales aún no existe «un cuerpo de *case law* substancial interpretando tales regímenes legales». Así, CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 685-686, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 236. V. las recensiones de sentencias relativas a la aplicación de los *safe harbor statutes*, en ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-427 a 430, con sentencias que abarcan desde 1935 hasta 1987.

[804] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 216.

[805] La argumentación defendida por los ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 221, parte de que se precisa una revisión judicial exigente respecto de toda operación interesada que permita conocer su ajuste al interés social, soslayando la protección de la el *business judgment rule*, pues aún cuando la operación haya sido aprobada por no interesados, quienes la aprobaron no quedan libres de toda sospecha, ya sea por las relaciones personales existentes entre los propios administradores, a las presiones que puedan existir para la aprobación de la operación. La reciente doctrina apoya la idea de la revisión judicial de los actos interesados autorizados bajo los *safe harbor statutues*. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 685, apuntan a que «el Derecho debe requerir una *fairness review* de las operaciones interesadas, aún en el caso de que la operación haya sido aprobada por administradores 'desinteresados', porque los administradores que son desinteresados bajo los límites de la definición del Derecho de sociedades pueden no ser objetivos o imparciales como resultado de relaciones extra-societarias que no se encuentran dentro de los límites de la

216. En su caso, ello significa una modificación de la distribución de la carga de la prueba, en perjuicio de quien interponga la demanda.[806]

---

definición. Además, los administradores, en virtud de su relación colegial puede que no traten a uno de ellos con el grado de cautela con la que plantearían una operación con una tercera parte».

El siguiente ejemplo extractado de ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 223-224, pone de manifiesto un caso en el que no se cumplen los requisitos o estándares de aprobación razonable. La Sociedad X, cuya actividad social es el negocio inmobiliario, adquiere del consejero delegado A una parcela por un precio de 50 unidades. El Consejo de Administración formado por los administradores B y C, además del vendedor A, autoriza previamente la operación sin la participación en el voto de A, siendo los dos primeros desinteresados. La decisión se toma sobre la base de una tasación realizada por un empleado de la sociedad, y subordinado del administrador interesado, que ha concluido en su informe que el precio de adquisición de 50 es correcto. Además de este informe, los administradores disponen de una segunda tasación realizada por expertos independientes cuya conclusión es que el bien tiene un valor de 15 unidades. La operación no puede considerarse ajustada al estándar exigido para una aprobación desinteresada porque la decisión se ha tomado confiando en la valoración de un empleado del propio interesado, del que seguramente depende su puesto de trabajo, y haber rechazado una valoración independiente. Resulta de interés remarcar que si la operación hubiera tenido como partes a la sociedad y a un tercero, los administradores no hubieran tenido necesidad de buscar la valoración de un tercero, para proteger los intereses de la sociedad.

En otro ejemplo los ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 223, se muestra un supuesto en el que la operación no cubre la exigencia de ajuste al interés social requerido por la regla del deber de lealtad y sin embargo, satisface las exigencias del deber de cuidado y de la *bussiness judgment rule*. La Sociedad X, cuyo objeto social no es el del negocio inmobiliario, adquiere del presidente de su consejo, el Administrador A, un inmueble por un precio de 75, atendidas las siguientes circunstancias. Aunque el Administrador A no es un experto en este mercado, antes de proceder a la venta del inmueble está en la creencia de que con una renovación de 10 el su valor sería de 90. A pone en venta su edificio a diferentes expertos en el sector recibiendo ofertas de entre 30 y 50. Con posterioridad contrata su oferta a una agencia inmobiliaria que lo ofrece durante seis meses a un precio de 75, pero no recibe oferta alguna. Inmediatamente después, A ofrece el inmueble a la sociedad X por un valor de 75, dando información completa pero indicando que se trata de un precio de ganga (*bargain price*). Los demás administradores (B, C y D) que no tienen interés en la operación consultan un experto inmobiliario quien aconseja que el edificio podría posiblemente valer 75, pero que sería un precio extremadamente alto y él no estaría dispuesto a pagarlo. Sin embargo, a pesar de su opinión, el consejo de administradores independientes aprueban la oferta del Administrador A, con las siguientes consecuencias. (i) Para los administradores que la aprobaron, ésta no fue una actuación irracional (el deber de cuidado exige actuar razonablemente en interés de la sociedad) atendiendo que no puede valorarse bien inmueble de forma precisa y el valor de su renovación es siempre problemático; de ahí que los administradores B, C y D quedan protegidos / exonerados de responsabilidad al cumplir las exigencia de la *business jugment rule*. (ii) Ello sin embargo, no puede considerarse que el precio pagado fuera razonablemente entendido como correcto (*fair*), pues al ofertarse en el mercado de expertos no se había recibido ninguna oferta superior a 50 y ninguno de los administradores que aprobaron la operación eran ellos mismos expertos del negocio inmobiliario. En este sentido, la operación no supera el estándar exigido para la aprobación desinteresada, si bien los administradores quedan exentos de responsabilidad.

[806] V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 222, al señalar que el demandante deberá probar que la operación es contraria *unfair* y que la operación está tan claramente fuera del marco de lo razonable que los administradores que lo aprobaron no pudieron haber concluido que en el momento de la autorización la operación fuera de interés para la sociedad. V. EISENBERG, “The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law” Fordham LR (1993) 452, entiende que si se ha producido la aprobación orgánica, no resulta apropiado aplicar el estándar de la *business judgment rule*. Sin embargo, tampoco es necesario aplicar una revisión de *substantive fairness*, siendo suficiente considerar el stándar intermedio que confiere la carga de la prueba al demandado (id., pp. 453-4). V. también sobre ello, id., “An overview of the Principles of Corporate Governance”, Bus. Law. (1993) 1287.

217. De otro, el *fairness test* se aplica en aquellos supuestos en que la operación no ha sido aprobada o ratificada por administradores o socios independientes según los procedimientos al efecto establecidos y cuando el acto interesado queda fuera del ámbito de aplicación de un reglamento interior de la sociedad (normas de conducta).[807]

218. Sin embargo, la nota singular de la propuesta de los *Principles* se refiere a la exigencia de deber de *disclosure* tanto en la aprobación orgánica (*safe harbor*) como en el *fariness test*, de forma que el presupuesto del *disclosure* se convierte en un requisito esencial o condición necesaria del contenido de la lealtad del administrador. Ello trae como consecuencia que el incumplimiento del deber de *disclosure* comporta un incumplimiento total del deber de lealtad. El incumplimiento de la obligación de informar al correspondiente órgano de decisión faculta a la sociedad a la resolución del contrato sin necesidad de probar que la operación fue perjudicial para la sociedad.[808] La conducta incumplidora del deber de informar comporta una infracción del deber de lealtad (*fair dealing*) que trae como consecuencia la ineficacia del negocio.[809]

d) Referencia a la regulación de los créditos a los administradores

Evolución 219. Siguiendo a la *Model Act*, las primeras reglas que introducen los Estados en relación con el conflicto de intereses entre administradores y sociedades versa sobre los créditos. Así, la *Model Act* ya en la versión de 1950 incorpora en la sección 42 una regla según la cual se prohibía todo préstamo de la sociedad a los administradores, fueran o no abusivas las condiciones del mismo. El criterio prohibitivo se mantiene en la reforma de la *Model Act* de 1960 y se va incorporando, con finalidad preventiva, en la legislación de la mayoría de los Estados.[810]

---

[807] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) *sub.* 5.02(a)(2) y (b) e id, p. 218. V. EISENBERG, "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law" Fordham LR (1993) 451.

[808] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 202.

[809] La redacción literal del ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(a)(1) lleva a pensar que además del *disclosure* se prescribe un acuerdo orgánico que autorice o ratifique la operación, con lo que no sería uno sino dos los requisitos elementales exigidos. Sin embargo, el comentario posterior de la sección 5.02(a)(2)(A) relativa al *fairness test* establece que el juicio de *fairness* encuentra su aplicación para los supuestos en que no se haya aprobado la operación o no se haya seguido el procedimiento previsto en el reglamento interno de las sociedad. Con ello se resuelve la duda de que la aprobación no es un presupuesto esencial; v., id, p. 218. La consideración del *disclosure* como elemento esencial, hace innecesario el examen de *fairness*, pues la ausencia de notificación vicia de nulidad el contrato interesado.

Este criterio contrasta con las disposiciones de la *Model Act* que no explicitan la idea de considerar el *disclosure* como un elemento esencial. Sin embargo, en el comentario de la sección relativa al *fairness test* [sub. 8.61(b)] se manifiesta claramente que la notificación del conflicto es un elemento esencial del proceso de decisión, sin el cual la operación queda viciada de nulidad. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-420.

De su parte, el ABA, *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.B.2.a, al refiere a la aprobación orgánica establece que previamente al acuerdo de aprobación, el interesado debe «revelar el interés a los consejeros que deben tomar el acuerdo y describir todo hecho relevante relativo al asunto conocido por el administrador».

[810] La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-409, justifica la prohibición señalando que con ella se pretende «proteger los intereses de los acreedores, prevenir el deterioro de los recursos societarios y prohibir el uso de activos societarios a los gestores para propósitos

220. En una segunda etapa que se inicia con la *Model Act* de 1969, el régimen prohibitivo se modifica con el resultado de admitirse los préstamos de la sociedad a los administradores, condicionados a la autorización de los socios.[811] Con posterioridad, la *Model Act* de 1984 modifica la versión anterior permitiendo que el órgano de administración pueda autorizar tales operaciones.[812] Finalmente, la *Model Act* de 1988 ha suprimido toda referencia específica relativa a los préstamos por considerar que tales operaciones pueden encontrar acomodo en la sección general que recoge las operaciones contractuales del administrador con la sociedad.[813] Este mismo planteamiento de excluir normas especiales para préstamos, se desprende del contenido de los *Principles*, al afectar toda operación contractual con los administradores a un solo procedimiento general.[814]

Regulación estatal

221. A pesar de que la tendencia actual sigue una misma dirección basada en una sola regulación general para todos los negocios contractuales, la mayoría de los Estados, en consonancia con la directriz de la *Model Act* anterior a 1988, establecen disposiciones específicas que requieren la aprobación de los préstamos a administradores ya sea por los socios o por los administradores.[815]

e) La doctrina de las oportunidades societarias

Introducción

222. El Derecho positivo no ha intervenido hasta el momento para regular los conflictos

---

privados». V. una selección de casos en id., 8-488 a 491. Desde la perspectiva de los deberes fiduciarios, v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 109.

[811] V. la nueva sección 47 introducida por la *Model Act* en la fecha indicada.

[812] La *Model Act* de 1984, sub. 8.33(a) establecía una regla general según la cual «una sociedad no puede prestar dinero o garantizar obligaciones del administrador a menos que : (1) el préstamo o garantía sea específicamente aprobado por la mayoría de los votos de los socios... [o que] (2) el órgano de administración acuerde que el préstamo o garantía beneficia a la sociedad y apruebe el específico préstamo o garantía o apruebe un plan general autorizando préstamos y garantías». Un comentario y el texto de la versión del la *Model Act* 1984 en esta materia se recoge en la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) págs. 8-408 a 409.

[813] En este sentido la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-390, señala que «un préstamo a un administrador es simplemente una subespecie de relación contractual en conflicto de interés y está procedimentalmente gobernado por el Subcapítulo F [sub. 8.60 a 63]».

[814] Con todo, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212, indican que el «procedimiento previsto en sub. 5.02 para la aprobación de operaciones por administradores y socios desinteresados no pretende afectar o sustituir aquellas previsiones legales que limitan o prohíben determinadas operaciones específicas (en particular, créditos a los administradores y altos cargos)».

[815] V. Cal. Corp. Code, arts. 315-316(a)(3); Del. Gen. Corp. Law, art. 143 ; N.Y. Bus. Corp. Law, arts. 714, 719(a)(4). Cerca de cuarenta Estados prohíben los préstamos a los administradores con algunas excepciones, tales como (1) la exigencia de que el préstamo beneficie a la sociedad, según criterio de los administradores, (2) que el préstamo se destine a adquirir acciones o participaciones de la sociedad, o (3) la exigencia de que la junta apruebe el préstamo. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-412 a 413; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 241.

[816] V. BRUDNEY, V., / CLARK, R.Ch., "A new look at corporate opportunities" Harv L Rev 94 (1981) 998-1062; BEGERT, M., “The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests”, U. Chi. L. Rev. (1989) 827-863; BECK, S. M., “Constrains on Pursuing Corporate Opportunities”, Canada-US L.J., 13 (1988) 143-153; CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 731-734; CHEW, P.T., “Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine”, NCL Rev 67 (1989) 453-502; CLARK, *Corporate Law (*1986) 223-262; HAMILTON, *Corporations* (1998) 794-805; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 632-637;

de carácter no negocial.[816] Sin embargo, este ámbito conflictual dispone de una doctrina consolidada que ordena supuestos y sanciones, siendo un referente en todo el espacio anglosajón.[817] En relación a las sanciones, éstas son las generales que corresponden al Derecho del *trust*, a saber, el *constructive trust*, y las acciones de responsabilidad y de restitución de beneficios.[818] En lo que respecta a la determinación del supuesto, el cuerpo jurisprudencial construido sobre las llamadas *corporate opportunities* no han dejado de ser objeto de controversia. Los supuestos de oportunidades societarias presentan la dificultad inicial de saber dónde se encuentra el límite entre lo leal y lo desleal, es decir, la separación entre la conducta legítima y la conducta ilícita.[819] De ahí que la determinación de qué oportunidades de negocio pertenecen a la sociedad resulta una tarea previa.[820]

223. El estudio de ese problema fundamental dirigido a la precisión del supuesto de hecho de las oportunidades de negocios, en buena parte de los supuestos, se ha dirigido a analizar las expectativas racionales que los partícipes consideraron o hubieran podido considerar como objeto del negocio en el momento fundacional.[821]

SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 796-816. V. también, HOPT, "Self Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest", *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 285-325; TURNBULL, S.M., "The Doctrine of Corporate Opportunity: An Economic Analysis", Canada-US L.J., 13 (1988) 190; FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, "La doctrina de las «corporate opportunities» en los Estados Unidos de América", RDBB 66 (1997) 477-518. En general sobre la relación fiduciaria, v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 231-51; SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 273-302. Para un análisis de la doctrina australiana, v, AUSTIN, "Fiduciary Accountability for Business Opportunities", *Equity and Commercial Relationships* (1987) 141-85.

Las oportunidades sociales no disponen de un cuerpo legal de normas que determinen los comportamientos antijurídicos y sus sanciones. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-392. Su formulación jurisprudencial ha sido criticada por genérica y vaga. V. BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 998. V. al respecto la reciente aportación de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.06 y ABA, *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.B.2.b (Corporate opportunity).

[817] La doctrina de las oportunidades societarias con el propósito de aglutinar los conflictos no contractuales es una propuesta común en todo el ámbito anglosajón, si bien su evolución ha sido distinta en Inglaterra y en los Estados Unidos. En Inglaterra, la doctrina reclama una modernización del cuerpo doctrinal teniendo en cuenta la evolución americana (v. *supra*). Mientras en los Estados Unidos no se suele tener en cuenta la línea de evolución inglesa, a excepción de la referencia dirigida al *leading case* Regal Hastings. V. sobre ello, CLARK, *Corporate Law* (1986) 224, sub. 7.1 nota 1; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1001 nota 9.

[818] V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 637; FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 505-7.

[819] Señala HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 634, que la cuestión crítica reside se saber si la oportunidad es societaria o que se encuentra dentro del ámbito de legitimación de los intereses individuales del administrador o alto cargo. V. FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 481, que distingue entre *business opportunity* y *corporate opportunity*. Señala este autor, id., p. 482, que se trata de determinar «qué oportunidades pueden ser objeto de apropiación por un administrador o director, y cuáles han de ser dejadas para la sociedad».

[820] V. sobre ello, CLARK, *Corporate Law* (1986) 145; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1000, quien señala que la ambigüedad derivada de la clarificación de los límites de la oportunidad, beneficia el administrador interesado en la medida que le permite una más fácil justificación de su comportamiento.

[821] BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1010. Con todo, y como afirma FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 496, «puede afirmarse que la jurisprudencia

En este sentido, el examen tradicional de las oportunidades sociales, se realiza a la luz de alguno de los presupuestos siguientes: el *interest, expectancy o necessity test* y la *line of business test* que, por la evolución seguida en esta materia, han desempeñado el cometido de definir qué es una oportunidad social.[822] Durante la segunda mitad del siglo XX, los tribunales también han aplicado un tercer medio para reconocer las oportunidades denominado *fairness test*.

Interest test

224. El criterio con más tradición, referido al interés actual, potencial o de necesidad participa de la idea de que una oportunidad social es una oportunidad de negocio en la que la sociedad tiene un interés actual o potencial o que es necesaria para el desarrollo del objeto social.[823] El *interest or expectancy test* fundamenta su

---

norteamericana está lejos de aplicar una doctrina clara y precisa de lo que se entiende por *corporate opportunity*. Ello se debe fundamentalmente a que rara vez los Tribunales estadounidenses aplican alguno de estos *test* en toda su pureza».

Desde el ánalisis económico del Derecho, v. TURNBULL, "The Doctrine of Corporate Opportunity: An Economic Analysis", Can.-US LJ 13 (1988) 185; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1065-1066. Este último distingue entre las oportunidades directas de las oportunidades incidentales; a partir de un cierto nivel, los costes marginales del principal son iguales o menores a los beneficios marginales del agente.

[822] Las soluciones judiciales no son homogéneas, de forma que algunas sentencias entienden que los exámenes del *interest*, del *expectancy* o de la *line of business* tienen carácter alternativo, cuando otras resoluciones combinan el fairness test con el line of business. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 228-9.

[823] (i) El criterio del interés actual puede ejemplificarse del caso *Lagarde v. Anniston LIme & Stone* (Ala. 1900) reseñado por CLARK, *Corporate Law* (1986) 227. Una sociedad que posee un tercio de una cantera, es parte de un contrato para comprar un segundo tercio, sin que exista un acuerdo formal sobre la tercera parte. En esta situación, determinados administradores y accionistas mayoritarios adquieren los dos tercios que la sociedad no poseía. Frente a la demanda de la sociedad, el juez establece que la violación del deber fiduciario del administrador respecto de la sociedad sólo se produce respecto de la adquisición del tercio que estaba bajo contrato, y no encuentra ilícita la adquisición del tercio que quedaba libre, dado que sólo en el primero la sociedad tiene un interés actual o futuro.

(ii) El significado del interés potencial (*expectancy*) viene ilustrado por CLARK, *Corporate Law* (1986) 226, 232-233 en los siguientes supuestos. En el caso P*ike's Peak Co. v. Phunter* (Mich. 1909) una sociedad que tiene determinados bienes arrendados por un cierto tiempo; el hecho de que los administradores adquieran los derechos de arrendamiento sobre el bien durante el período posterior al arrendado, se considera una apropiación de una oportunidad social. Por el contrario no existe apropiación del oportunidad del negocio en el caso *Burg v. Horn* (2d Cir. 1967) en la que se describe una sociedad familiar dedicada a la actividad inmobiliaria en la una de las dos familias, los *Burg*, adquieren propiedades inmobiliarias con análogo finalidad a la societaria (compra y arrendamiento de vivienda de renta baja en Brooklin) e incluso los *Horn* les prestaron asistencia financiera para ello. Cuando los *Horn* demandan a los *Burg* por entender que estos se apropiaron de oportunidades de negocios al abstenerse de ofrecer tales adquisiciones a la sociedad conjunta, el Tribunal rechaza la pretensión sobre la base del examen del interés actual o potencial, por no existir ningún acuerdo (interés actual) ni ninguna expectativa (interés potencial) concreta en las operaciones realizadas y, en cambio, estaban plenamente informados de los negocios de la otra parte.

(iii) Finalmente una oportunidad puede definirse por el criterio de la necesidad (*necessity*) cuando se considere esencial o extremadamente importante para la sociedad por afectar a su desarrollo del objeto social. Este es el caso de unos administradores que adquieren los derechos de desviar un río en un punto anterior del que la sociedad hidroeléctrica administrada tenía una planta. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 226, caso *Nebraska Power Co. v. Koenig* (Neb. 1913). Según BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1026-1027, el criterio de *necessity or especial value*, que ya tiene poca utilidad en la sociedad cerrada, la tiene menos en la sociedad abierta. V. también, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983)

aplicación en la premisa de la existencia de alguna prueba de la existencia de una cierta probabilidad del hecho de que estuviera dentro de las expectativas racionales de los socios el que la sociedad pudiera adquirir o desarrollar la oportunidad. De ahí que la crítica a esta premisa viene dirigida a su aplicación a la sociedad abierta y particularmente a la gran sociedad, pues tales corporaciones son potencialmente receptivas a todo proyecto que presente una cierta rentabilidad. De ahí que la definición de oportunidad societaria no depende tanto de las expectativas legítimas de sus inversores en el desarrollo de la actividad societaria, cuanto de los beneficios finales.[824]

Line of business

225. En segundo lugar, el criterio del *line of business* pretende dilucidar si la oportunidad está al alcance de la sociedad, no sólo por resultar comprendida en el objeto social, sino si con los medios disponibles satisface los fines societarios.[825] En este sentido, los gestores de las grandes empresas con necesidad de diversificación y economías de escala, con inversiones no sólo financieras sino estratégicas en negocios que no afectan a su objeto social, tienen reducida la facultad para realizar operaciones de aprovechamiento de oportunidades societarias.

---

633 y FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 485-8.

[824] BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1026.

[825] CLARK, *Corporate Law* (1986) 227-228, extracta de la sentencia *Guth v. Loft Inc* (Del. 1939), la siguiente definición de *line of business*: «Cuando la sociedad esté desarrollando un cierto negocio y se presenta una oportunidad en un ámbito en el que tiene un conocimiento y una determinada experiencia básica, así como capacidad para realizarlo, pudiendo adaptarla a sus negocios habida cuenta su posición financiera, y es un negocio que se acomoda de forma razonable a sus necesidades y aspiraciones de expansión, se puede decir propiamente que la oportunidad de negocios se adecua a la *line of the corporation's business*». El caso señalado se refiere a la sociedad Loft, productora y vendedora de bebidas, y a su administrador y primer ejecutivo, Sr. Guth, que adquirió para sí la mayoría de acciones de otra sociedad que poseía la fórmula secreta y las marcas de la *National Pepsi-Cola Company* en proceso de insolvencia. El administrador usa los fondos y medios de Loft para adquirir y desarrollar los negocios de Pepsi-Cola y desarrolla el negocio de la Pepsi a la vez que continúa con el negocio con Loft. La controversia entre ambas partes fue resuelta por el Tribunal indicando que la oportunidad de adquirir Pepsi-Cola llegó al administrador debido a su conexión con Loft, que las acciones de Pepsi-Cola eran una oportunidad societaria para Loft y que debían serles traspasadas.

Caso distinto al anterior es *Kerrigan v. Unity Saving Association* (Ill. 1974), en el que cinco administradores ejecutivos de una entidad de crédito organizaron una agencia de seguros en el propio inmueble que ocupa la entidad crediticia a quien arrendaron el local en el que ofertaban seguros para créditos hipotecarios. La demanda de los socios minoritarios basada en una apropiación de una oportunidad de negocios tuvo éxito a pesar del argumento de los administradores interesados basada en la prohibición legal de realizar tales actividades. El Tribunal insistió en que los administradores debían haber informado a la institución y debía ser ésta quien tomara la decisión sobre su propia capacidad. El supuesto aplica la regla de la *line of business*, pues, los préstamos hipotecarios y su aseguramiento son dos actividades diferentes pero con una cierta relación de funcionalidad. En contraste, la aplicación del principio de *interest* o *expectancy* habría liberado a los administradores de responsabilidad, pues hasta que se organizó la agencia de seguros, la entidad crediticia no había mostrado interés en ello. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 231-232, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 633; FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 489-2.

Fairness test

226. El *fairness test* consiste en un criterio ético de lo que según las circunstancias del caso se considera *fair* y *equitable*.[826] Con esta aproximación se pretende conocer si la conducta de los administradores se corresponde con lo que se espera de ellos como gestores sociales.[827] Los tribunales valoran un conjunto de elementos, entre los cuales figuran el conocimiento de la oportunidad por parte del administrador, la utilización de activos de la sociedad para la explotación de la oportunidad y la situación de conflicto existente entre ambas partes.[828]

Exenciones y defensas

227. En la mayoría de los Estados americanos, el administrador puede defenderse alegando distintos motivos, con el fin de evitar la aplicación estricta de las sanciones correspondientes a la apropiación de la oportunidad.[829] Un grupo de medios de defensa que permite al administrador justificar su actuación reside en la incapacidad económica o imposibilidad legal de la sociedad para llevar a término la oportunidad.[830] Otros mecanismos se refieren a los casos en que la sociedad autoriza, rechaza o abandona la oportunidad.[831] Se plantea también si las oportunidades societarias descubiertas por el administrador pertenecen al principal o si el administrador puede participar en la explotación de tales oportunidades sin violar el deber de lealtad.[832]

Propuestas doctrinales

228. Desde el punto de vista doctrinal, las propuestas de reforma de la doctrina judicial sobre las oportunidades societarias postulan el establecimiento de reglas diferentes para sociedades abiertas y cerradas.[833] El punto fundamental de este

---

[826] Aproximación de HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 634. V. también, FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 493, que señala el origen de la dotrina del *fairness test* en BALLANTINE, *Corporations*, 1946, pp. 204 ss.

[827] FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 493, quien añade que el sistema de determinación ya no tiene carácter objetivo, sino subjetivo, pasándose de un sistema basado en estándares fácticos, a un sistema de estándares éticos.

[828] V. sobre ello, FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 493-6.

[829] Sobre el *strict trust approach*, v. FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 497-8. El autor señala que en el Derecho estadounidense tampoco existe «una línea clara y segura en torno a las distintas *defenses* de que puede hacer uso el administrador» tras apropiarse de una *corporate opportunity*.

[830] V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 635-6, quien señala que si la sociedad es incapaz de aceptar la oportunidad porque su explotación sería *ulra vires* puede no constituir una oportunidad societaria, si bien en estos casos semejantes los tribunales han considerado que el administrador debería compartir la oportunidad con los socios. En los casos de incapacidad de la sociedad de financiar la oportunidad, no se espera que los administradores aporten sus propios fondos para financiarla, aún cuando deberían hacer lo posible para conseguir la financiación necesaria. V. más ampliamente y con más referencias, FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 499-501, que además añade el supuesto de que la contraparte negocial no estuviera dispuesta a contratar con la sociedad.

[831] CLARK, *Corporate Law* (1986) 224; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 636; FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 501-4.

[832] V. BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1006-1010.

[833] La propuesta más clara en este sentido ha sido realizada por BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities" Harv. LR (1981) 998-1062. V. también CLARK, *Corporate Law* (1986) 234, que sugiere que la interpretación más restrictiva del conflicto y cuyo ámbito de

enfoque entiende que la sociedad abierta debe quedar sujeta una prohibición rigurosa dirigida a los administradores ejecutivos que aprovechen oportunidades societarias.[834] El administrador ejecutivo, particularmente aquel con plena dedicación, queda sometido a la prohibición de aprovecharse de cualquier oportunidad societaria, esté o no funcionalmente relacionada con los negocios de la sociedad.[835]

229. El rigor en la prohibición trae consigo que la autorización del aprovechamiento de las oportunidades por administradores ejecutivos de sociedades abiertas adquiere un carácter excepcional y sujeto a determinados requisitos o cautelas: el consentimiento debe hacerse de forma explícita, no admitiéndose la aprobación tácita, con información individualizada y determinando el valor estimado o potencial, debe ser contemporáneo al uso de la oportunidad y acordado por personas desinteresadas.[836]

---

aplicación es más amplio (*line of business*) se aplicaría a las sociedades abiertas, mientras que el criterio del interés (*interest or expectancy*) sería más adecuado para las sociedades cerradas. V. también, FERNANDEZ-ALBOR, "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997) 507-10. Cfr. con los argumentos de AUSTIN, "Fiduciary Accountability", *Equity* (1987) 171, para quien la separación de estándares que distingue entre administradores ejecutivos y no ejecutivos no se ha realizado aún ni parece ser necesaria.

[834] Distintos argumentos avalan esta tesis. En primer lugar, el administrador ejecutivo presenta mayor analogía con el fiduciario hecho por el cual deben aplicársele las reglas estrictas del fiduciario. En segundo lugar, porque mejora la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a ambigüedad e incertidumbre, dando mayor certeza y uniformidad. Finalmente, el planteamiento tradicional no tiene en cuenta que cualquier oportunidad de negocio es un potencial proyecto para la mayoría de sociedades abiertas. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 244-5; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1023-5.

[835] BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1023, 1002; CLARK, *Corporate Law* (1986) 243. Sin embargo, la prohibición sólo afecta a las inversiones activas y excluye las inversiones pasivas, que puede ser llevadas a término con toda libertad, pues su permisividad viene avalada en que el inversor no participa directamente en los negocios de la empresa ni su conducta puede afectar las tomas de decisiones de la misma. Una inversión pasiva puede definirse como aquella inversión que no requiere ni autoriza al inversor a participar en el proceso de decisiones respecto de las operaciones de la entidad en la que se ha realizado la inversión, CLARK, *Corporate Law* (1986) 251; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1028 nota 101, 1036-1037.

[836] Las cautelas relativas a las restricciones a imponer derivan de un doble orden de consideraciones. De un lado, la autorización de la sociedad a que el administrador aproveche oportunidades societarias no significa un simple ajuste de su remuneración, pues si fuera el caso, debería hacerse a través de un contrato explícito aprobado por personas desinteresadas, en consonancia con el verdadero concepto del deber de lealtad del fiduciario que se basa esencialmente en la oposición a los beneficios secretos, esto es de todas las ventajas implícitas que se encuentren entre las compensaciones del fiduciario. Cfr. esta posición de CLARK, *Corporate Law* (1986) 249, con el planteamiento defendido por EASTERBROOK / FISCHEL, "Corporate Control Transactions", Yale LJ (1982) 734, según el cual «el ejecutivo toma el negocio y la empresa le reduce otras compensaciones».

Abundando en lo anterior, el valor de la oportunidad puede resultar incierto, lo que la hace difícilmente evaluable y dificulta la negociación de la prestación que se exige a cambio de la autorización. Si lo que puede obtener la sociedad son unos beneficios inciertos de la explotación de la oportunidad que puede no compartir, la autorización favorable al administrador se queda sin fundamento. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 249-250; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1033.

De otro lado, existen dudas de que el procedimiento de autorización permita realizar una elección libre e informada. Si alguno de los órganos sociales está dominado por personas que son beneficiarios de la oportunidad, su consentimiento no puede considerarse libre; incluso si quienes deciden son personas desinteresadas no es muy probable que el consentimiento imparcial. El

230. Mientras, el administrador no ejecutivo queda sujeto a la aplicación del estándar general previsto para los administradores de la sociedad cerrada.[837]

231. En virtud de la mayor capacidad de negociación existente en la sociedad cerrada, las normas que deben gobernar el uso de oportunidades de negocio no deben tener un carácter categórico sino ir dirigidas a ordenar supuestos concretos o selectivos.[838] De un lado, en esta sociedad se prohíbe al administrador la apropiación de oportunidades funcionalmente relacionadas con los negocios de la sociedad, independientemente de su valor o necesidad para la sociedad, así como de las oportunidades que la signifiquen para la sociedad un interés actual o potencial.[839] Por su parte, las conductas oportunistas en este conflicto pueden ser autorizadas a través de acuerdo mayoritario e incluso se admite que presten el consentimiento de forma tácita.[840]

Propuesta del *Corp. Dir. Guidebook*

232. Otras propuestas viene a definir y a proponer soluciones para una mejor regulación. De un lado, el *Corporate Director's Guidebook* ha seguido una evolución que se inicia con su edición revisada de 1978 en la que define la oportunidad societaria en un sentido amplio, cuyo criterio de distinción se basa en que la oportunidad comporte una ventaja relevante para la actividad económica presente o futura de la sociedad.[841] En sus ediciones de 1994 y de 2001, la determinación de la oportunidad queda sujeta a un conjunto de factores, tales como las circunstancias en las cuales el administrador ha conocido la oportunidad,

---

consentimiento dado por los demás administradores ejecutivos bien puede sufrir de falta de objetividad; si viene de los accionistas, de falta de conocimiento; y si el consentimiento viene de los administradores externos, de falta de incentivos específicos. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 250; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1034 y nota 112.

[837] La lógica argumental de esta proposición deriva de que los administradores no ejecutivos se caracterizan por no recibir un salario, por no estar obligados a destinar mucho tiempo a la sociedad y, a menudo son administradores de otras sociedades; es más, su nombramiento puede depender de su participación como administrador de otras sociedades. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 252; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1042-5.

[838] El planteamiento selectivo que siguen BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1002, define las oportunidades societarias a través de criterios que puedan relacionar cada oportunidad de negocio con las necesidades y expectativas de la sociedad, de forma que sólo exige al administrador interesado que muestre que el negocio que realiza no cae dentro del ámbito del mencionado criterio. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 240; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1010-1022.

[839] La *relación funcional* reemplazaría, así, el criterio del *line of business*, que es cuestionado por no establecer de forma clara el ámbito de lo prohibido, puesto que éste oscila entre el límite del objeto social y el de los negocios actuales de la sociedad. El nuevo planteamiento trata de identificar las oportunidades por el hecho de su superposición a los negocios de la sociedad y la posibilidad de que puedan producirse sinergias con ganancias no despreciables. Cualquier oportunidad no comprendida en los supuestos anteriores puede ser aprovechada por el administrador, sin estar obligado a compartirla con la sociedad o con los socios, ni requerir su consentimiento. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 240-1; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1012-3; 1016-7.

[840] CLARK, *Corporate Law* (1986) 241; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities", Harv. LR (1981) 1018-1020, y especialmente nota 74.

[841] El ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1978) I.C, se refiere a las oportunidades de aprovechar cualquier ventaja empresarial que el administrador conoce como resultado de su relación con la sociedad y que sea «relevante para la actividad económica presente o futura de la empresa».

el significado de la oportunidad y el grado de interés que tiene la oportunidad para la sociedad y la correlación de la oportunidad con los negocios existentes o contemplados por la sociedad.[842] En tales casos, el administrador interesado ha de ofrecer el negocio a la sociedad y sólo puede hacer uso del mismo una vez que ha sido autorizado por personas desinteresadas.[843]

Propuesta de los *Principles*

233. De otro lado, los ALI, *Principles of Corporate Governance* postulan un concepto amplio de oportunidad societaria caracterizada por la forma según la cual el administrador tenga conocimiento de la misma, ya sea a través del ejercicio de sus funciones, o del uso de bienes o de información de la sociedad.[844] En tales casos, el administrador no puede aprovechar la oportunidad, salvo que se den las dos siguientes condiciones: que el administrador ofrezca la oportunidad a la sociedad con *disclosure* de la su interés y de la oportunidad, y que la sociedad rechace su aprovechamiento para sí.[845]

234. El rechazo de la sociedad está a su vez sujeto a tres circunstancias alternativas: que la negativa al aprovechamiento por parte de la sociedad sea *fair* para la sociedad; que la oportunidad sea rechazada, previo *disclosure*, por administradores desinteresados, o autorizada o ratificada por socios desinteresados.[846] En los supuestos en que el uso de la oportunidad no haya sido autorizado por previo *disclosure* por personas independientes, el administrador debe probar que el rechazo de la oportunidad y su aprovechamiento fue *fair* para la sociedad.[847] La ratificación del uso de una oportunidad que fue autorizada con *disclosure* incompleto respecto de los hechos relativos a la oportunidad queda condicionada a la buena fe del interesado y al *disoclosure* completo dentro de un tiempo razonable.[848] Finalmente, los *Principles* establecen una regla para el caso de retraso razonable y de buena en la oferta de las oportunidades a la sociedad.[849]

---

[842] ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1994) IV.D.2; (2001) B.2.b. Un cuarto criterio hace referencia a la existencia de bases razonables para que la sociedad puede esperar que el administrador ponga la oportunidad a disposición de la sociedad.

[843] V. las distintas redacciones en ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1978) I.C; (1994) IV.D.2; (2001) B.2.b.

[844] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (b)(1): Una oportunidad de negocio significa toda oportunidad de llevar a término una actividad de negocio de la que un administrador tenga conocimiento de la misma a través de los siguientes medios: «(A) En relación con el ejercicio de sus funciones de administrador... o bajo tales circunstancias que razonablemente deberían llevar al administrador a creer que la persona que ofrece la oportunidad espera que la misma sea ofrecida a la sociedad»; o «(B) A través del uso de información o de bienes de la sociedad, siempre que un administrador razonable considerara que la oportunidad fuera de interés para las sociedad». Esta aproximación evita los conceptos tradicionales (line of business; interest or expectancy) y se aproxima al *Corporate Director's Guidebook*. V. sobre ello, los comentarios de ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05, pp. 285-6, 298. A su lado, se establece una noción más amplia de oportunidad dirigida a regular los casos de negocios aprovechados por altos cargos. V. id., sub. 5.05 (b)(2) y comentarios en id., pp. 285 y 293-4. V. también, ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 395-396.

[845] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (a)(1) y (2). En los comentarios a la disposición se indica además que no es necesario ofrecer la oportunidad a la sociedad si el importe de la oportunidad tiene la consideración *de minimis*. V. id., p. 288.

[846] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (a) (3) (A, B y C). La aprobación por parte de los socios queda a su vez sujeta a que «no sea equivalente a una *waste or corporte assets* ». Es decir, que no signifique una lesión a los bienes sociales; v. id., sub. 1.42.

[847] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (c).

[848] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (d).

[849] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.05 (e).

Segunda parte

Parte general: El deber de lealtad

Capítulo 3º.
Aproximación tipológica a la relación gestora

I. CARACTERIZACION DE LA RELACION DE GESTION

1.
La relación gestora y sus elementos estructurales

a) El fenómeno de la lealtad desde distintas aproximaciones

1. A falta de un reconocimiento general y expreso por nuestro ordenamiento jurídico, la construcción dogmática del deber de lealtad es hoy una tarea inacabada. En este marco, el estudio del deber de lealtad ha llevado a la doctrina a ubicar la lealtad en sedes diferentes. Tomando en consideración una perspectiva de estudio que vaya de lo general a lo particular, se distinguen distintos círculos concéntricos de relaciones jurídicas a través de las cuales se pretende explicar el origen y sentido del deber de lealtad.[850]

Lealtad contractual

2. En la esfera más amplia se encuentra el llamado deber de lealtad contractual, aplicable a todo el Derecho de los contratos. Este deber abarca, pues, toda relación negocial de intercambio de bienes y de servicios dónde las partes deben actuar lealmente tanto en su proceso de formación como en el de la ejecución del contrato. En estos términos tan amplios, la idea de lealtad está estrechamente vinculada a la exigencia de la buena fe contractual, cuya generalidad y ausencia de un contenido preciso difícilmente puede dar, por sí sola, tipicidad jurídica ni tampoco explicar todo fenómeno empírico concreto que pretenda regular.[851] En

---

[850] Tradicionalmente se ha seguido una clasificación distinta siguiendo el esquema de las relaciones obligatorias simples, de trato sucesivo, de sociedad, etc. V. como ejemplo, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 463, al señalar que «[d]e acuerdo con el actual estado de la doctrina de la relación obligatoria podría pensarse en los siguientes tipos de relaciones obligatorias: (1) de un lado, como caso límite, una relación obligatoria que se agota en una única relación de prestación (por ejemplo, un crédito cambiario); (2) luego la relación obligatoria en el sentido hoy reconocido como un complejo o articulación de deberes de prestación primarios y secundarios, deberes de protección y demás deberes de comportamiento, de facultades y de vinculaciones de diferente clase, el, en cierto modo, tipo normal, de relación obligatoria; (3) luego después la relación obligatoria de tracto sucesivo, a la que es peculiar una relación personal más fuerte, con la elevación de esta vinculación a "deberes de fidelidad" en algunas de estas relaciones (relación laboral, sociedad), alcanzando con la relación societaria el enlace con la serie de tipos de sociedad». Sobre la clasificación de los contratos obligacionales dentro de los tipos de contratos legales v. id, 297 ss. Sobre la relevancia de tipo en el sistema jurídico, v., id, pp. 451-465.

[851] V. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* (1989) *passim*. Como ha observado BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 110, «por el solo hecho de existir una relación de obligación, una parte entra en contacto con la esfera jurídica de otra y tiene la posibilidad de perjudicarla». Sin embargo, la buena fe contractual abarca «la conclusión o a la interpretación del contrato, [y] sobre todo con respecto al cumplimiento de la obligación asumida». En este ámbito la *bona fides* debe entenderse ya «sea como fidelidad a un acuerdo concluido, [ya] sea como *compromiso* en el cumplimiento de una expectativa ajena. Es esencialmente *fidelidad y compromiso de cooperación*». V. id., 78-97 [84].

consonancia con ello, no cabe predicar que el deber de lealtad, en su sentido estricto, encuentre su explicación en el marco general de la contratación general, por el sólo hecho de que las partes deben actuar con arreglo a las exigencia de la buena fe.

Lealtad en las relaciones de confianza

3. En un círculo más estrecho cabe reflexionar si la lealtad es una exigencia propia de las relaciones de confianza.[852] La doctrina ha llamado la atención del deber de actuar lealmente en tales relaciones, acorde a lo que se espera del obligado y según la confianza en él depositada.[853] De esta forma, la nota que caracterizaría

---

Además, el reconocimiento del principio de la buena fe y lealtad negocial se presenta como un presupuesto de carácter universal. Ello se pone de manifiesto en los esfuerzos uniformadores del Derecho de los contratos aplicables al comercio internacional, enmarcados en el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Al respecto, v. PERALES, "El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit", RDM 223 (1997) 284-287, que precisa que «[e]l reconocimiento de la buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los Principios sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los Principios respecto de otros textos de Derecho Uniforme, en particular respecto de la Convención de Viena. (…) Y así de entre los principios interpretativos se ha extraído el de la buena fe, que se ha situado en una disposición independiente y de corte imperativo [sin embargo la naturaleza dispositiva de los Principios de UNIDROIT] (*Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber*, art. 1.7.2.) a la vez que se le ha dotado de su natural contenido (*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*, art. 1.7.1».

[852] Estas relaciones agrupan un amplio conjunto de figuras, entre las cuales destacan aquellas con prestaciones de hacer en interés de otro: el mandato, la comisión o la agencia, el depósito o la sociedad personalista. V. al respecto las afirmaciones doctrinales que destacan la confianza respecto de los singulares contratos. Sobre el mandato, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 542; id., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 97; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 226; PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 29. Sobre la comisión, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 542; id., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 97; PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 23-4, 29. Sobre el factor mercantil, v. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 208-9. Sobre las sociedades personalistas, v. PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 29. Sobre el contrato de depósito, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 542; id., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 97.

En relación al contrato de agencia existe una extensa bibliografía postulando el elemento de la confianza. Al respecto, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 542; MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 412-413; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 78-79; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1509; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1569; DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1290; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 3 y 4; VALENZUELA GARACH, «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *Estudios Broseta*, III (1995) 3809.

[853] Tal como ha señalado GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 19, «el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía al otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la ley, y es ella la que expresamente impone un deber de lealtad al mandatario, al comisionista, al socio colectivo, etc.; y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad...». En esta dirección se afirma que en particulares relaciones como el mandato, la creación de un vínculo de confianza proporciona el principio de fidelidad que preside la relación. V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 226. Además, en términos generales, nuestra doctrina ha venido manifestando que la fidelidad significa comportarse de acuerdo con la confianza depositada. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 100.

las relaciones o negocios en los cuales se exige la lealtad de una de las partes vendría de la existencia de un elemento psicológico según el cual la conclusión del negocio encuentra su origen en la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte. [854]

4. El razonamiento anterior vendría a convenir que el deber de lealtad tendría a la confianza como objeto de protección. Sin embargo, la confianza en sí misma no está necesitada de tutela, pues es más un hecho material que determina el origen y evolución de determinadas relaciones que una situación que el ordenamiento tenga que valorar por cumplir una función institucional en la parte interna de una determinada relación jurídica. Ahora bien, la ausencia de confianza si que precisa un reconocimiento jurídico en la medida que su existencia es la base de determinadas relaciones. Precisamente por ello, el ordenamiento privado regula el desistimiento unilateral como excepción al régimen general que prevé que los contratos no pueden resolverse de forma unilateral. Esta excepción viene justificada por el hecho de que el presupuesto de la existencia y vida de la relación reside en la confianza, de lo deriva que si ésta no existe, legitime su extinción.[855]

La relación de confianza suele denominarse impropiamente relación fiduciaria. Sin embargo, en un sentido estricto, relación fiduciaria se refiere a aquella relación que deriva de un negocio fiduciario; en este sentido, v., PUIG BRUTAU, "La relación fiduciaria", RDP (1961) 1009 ss. Otros diferencian los negocios de confianza respectos de los fiduciarios por la causa fiduciaria; v. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 267, siguiendo a JORDANO BAREA [*El negocio fiduciario* (1959) 13].

Sobre el particular contrato de agencia, v. DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1290; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 4.

[854] El elemento psicológico de la confianza resulta un recurso frecuente para caracterizar el conjunto de relaciones *intuitu personae*. Observa GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 16, que «la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones». Si bien todo contrato «descansa en la confianza del acreedor de que el obligado cumplirá su obligación… hay ciertos contratos en que este elemento psicológico adquiere un rango predominante. Es el caso de los negocios llamados *intuitu personae*...» (id. p. 542). La confianza así entendida consiste en «algo extrajurídico»; CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 22. V. también JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario* (1959) 13; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 267. Sobre la distinción entre *intuitus*, infungibilidad y fiducia, v., MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 28-35. Este último autor, (id., p. 33) observa que en los negocios de gestión, la confianza no se concreta tanto en las cualidades personales del gestor como en el modo de comportamiento honesto del deudor, sus habilitaciones profesionales o técnicas y la cualificación profesional.

El caso paradigmático de relación basada en la confianza se produce en los negocios fiduciarios. V. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil* (1981) 20, que, frente a los negocios de confianza, en el "verdadero negocio fiduciario", el fiduciante se lo juega todo a la pura confianza. Precisamente la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Pues el negocio obligatorio no consiente en anular los efectos de negocio transmisivo ni en condicionarlos, sino en imponer al fiduciario la obligación de reparar los daños causados por su conducta desleal, dejando intacta la validez de la transmisión real operada. Esta estructura romanista se distingue de la germánica, que, a su vez, ha sido absorbida por el Derecho inglés. V. Cap. 2º, núm. 143, relación fiduciaria.

[855] Nuestro Derecho positivo recoge el desistimiento unilateral o la revocación en diversas figuras. V. arts. 1732.1 y 1733 CC (mandato); 1766 CC (depósito); 1584 CC (arrendamiento de servicios); 1594 CC (arrendamiento de obras); 1700.4º (sociedad civil); 279 CdC (comisión); 224.I CdC (sociedad colectiva); 131 LSA (administradores de sociedad anónima); 68 LSRL (administradores de sociedad limitada); art. 35.3 LCoop. (consejeros de cooperativas). De su parte, la doctrina viene reconociendo que en aquellos negocios en los que el elemento psicológico

Por todo ello, la confianza explica más el origen y extinción de la relación que la reglamentación derivada del deber de lealtad. De esta forma el deber ha de encontrar su explicación en otras causas que relacionan más directamente su contenido con el motivo de su existencia.

Relaciones de tracto sucesivo

5. En una línea semejante a la anterior se muestran aquellos argumentos que encuentran el origen del deber en las relaciones de tracto sucesivo o continuado.[856] En tales relaciones viene a considerarse que la confianza configuraría la propia causa del contrato.[857] Ciertamente, la duración de una relación jurídica pone de relieve la exigencia de determinadas necesidades relativas a su gobierno y en los mecanismos que deben regir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes. Para reglamentar esta faceta del contrato deberá acudirse a lo acordado por las partes y, en defecto de pacto, entrará en funcionamiento el mecanismo de la diligencia y de la buena fe contractual. Sin embargo, la relación continuada no explica el deber de lealtad, pues sería como decir que en los contratos instantáneos o de menor duración no caben conflictos de intereses ni la posibilidad de aprovechamiento de la contraparte. La refutación más clara de este argumento se manifiesta, por sólo citar un ejemplo, en la contratación en el mercado de valores, dónde operaciones aisladas facilitan consumar aprovechamientos

---

de la confianza adquiere relevancia, «la mera desconfianza o conducta desleal del deudor, aunque no llegue a ser antijurídica, son motivo bastantes para resolver el contrato. Es el caso de los negocios llamados *intuitu personae*, entre los que se cuenta el mandato civil y la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles, la sociedad colectiva, etc.». V. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 17-18. V. también, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 29; 31-2, 35 (revocación *ad nutum* derivada de «una estimación meramente subjetiva»). Sobre revocación del mandato v. DE LA CAMARA, "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 555 ss. e id, «Estudios sobre el mandato y la representación», Estudios de Derecho civil, (1985) 139-244. Sobre el pacto de irrevocabilidad en el mandato, cfr. la línea argumental favorable a la admisión del pacto de irrevocabilidad de CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 245 ss.; 348 ss., 358, 361; con el criterio de MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 18, quien sólo se acepta el mandato irrevocable cuando el fundamento negocial de la revocación no es una relación de mandato.

Otras perspectivas no abordan la revocación sólo desde la confianza. De un lado, GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 771, postula que la extinción del mandato por revocación del mandante «aparece plenamente justificada a la luz de la idea de sustitución. La intromisión del mandatario en la esfera de acción del mandante, intromisión justificada en este caso porque se basa en la misma voluntad del mandante, debe cesar tan pronto cese dicha voluntad... Las demás formas de extinción... también armonizan con la idea de sustitución y la confianza mutua que ella presupone». De otro, CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 160, observa que «la facultad revocatoria no puede tener otro fundamento que la prevalencia del interés del mandante en la regulación de intereses del contrato, lo que explica que cuando no exista esa prevalencia del interés del mandante, esa facultad de desistimiento unilateral se vea condicionada e incluso suprimida».

[856] Las relaciones de tracto sucesivo se caracterizan por su larga duración y una colaboración personal u confianza recíproca. V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 377. El mismo autor señala que «la relación obligatoria de tracto sucesivo, a la que es peculiar una vinculación personal más fuerte, con la elevación de esta vinculación a deberes de fidelidad en algunas de estas relaciones obligatorias (relación laboral, sociedad), alcanzando con la relación societaria el enlace con la serie de tipos de sociedad» (id. p. 463).

[857] En los contratos de ejecución continuada, la confianza se transforma en causa del contrato. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 542. Cfr. con PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 29, para quien «[e]n algunos tipos contractuales, el elemento de confianza aparece subrayado, integrándose en la causa o en el objeto del contrato».

sistemáticos.[858] Ello no quiere decir que si la relación dura más tiempo, el conocimiento de las debilidades de la contraparte no permita facilitar determinadas conductas defraudadoras. En fin, la construcción de una doctrina general que permita determinar el supuesto, contenido y régimen jurídico al que se somete la lealtad requiere una mayor capacidad explicativa que vaya más allá de la duración del contrato.

Relaciones de Cooperación

6. En un círculo más estrecho el deber de lealtad se ubica en las relaciones de cooperación o colaboración en las que las partes se obligan a actuar en interés de otro o en interés común.[859] Este grupo de relaciones generalmente basadas en la confianza, presenta como característica común la presencia del elemento de la ajeneidad o interés ajeno que preside el comportamiento del obligado. En este elemento reside la primera nota que sirve para explicar el fundamento del deber de lealtad.[860] Además, las relaciones de colaboración encuentran en el interés ajeno el factor diferencial de la generalidad de relaciones de intercambio, en la medida que permite separar la cooperación en interés ajeno de la legítima actuación en interés propio. Con todo, la categoría construida con la idea de actuación en interés de otro admite un amplio y heterogéneo conjunto de relaciones con distinto grado de confianza y colaboración, entre las que cabe incluir las relaciones de arrendamiento de obra y de servicios en general.

Deber genérico de fidelidad

7. Los supuestos en los cuales el obligado a realizar la prestación se compromete a llevar a término el encargo en interés de otro permiten fundamentar un deber genérico de fidelidad. La exigencia de actuar en interés ajeno ayuda a precisar el contenido de la prestación, en la medida que establece un criterio dirigido a reglamentar la conducta del contratante a favor de otro, lo cual se opone a la actuación en su propio interés. Esto viene a concretar la buena fe general en un deber de diligencia dirigido a desarrollar la prestación a favor de lo ajeno.

8. Sin embargo, la extensión y diversidad de relaciones con el divisor común de lo ajeno, exige un contenido de la fidelidad suficientemente genérico como para dar satisfacción a todos los conflictos que pretende resolver. Si en la fidelidad se encuentra la razón que justifica su tratamiento unitario de las relaciones de cooperación, en ella misma se afirma un núcleo de problemas más amplios que los derivados del deber de lealtad. Ello contribuye a aclarar que el contenido del deber de fidelidad o deber de actuar en interés de otro no da sentido al deber de lealtad, ni la relación de cooperación le da fundamento. Por todo ello, la sujeción de cada singular relación de cooperación al deber de lealtad, queda condicionada a un examen casuístico, ajeno al objetivo de este trabajo.[861]

b) La gestión como categoría dogmática

---

[858] Sobre el mercado de valores, v. Cap. 4º, sub. III.

[859] La noción de contrato de colaboración varía en función del criterio doctrinal adoptado. V. en general, URIA, *Derecho mercantil* (1995) 630, que señala que los contratos de colaboración son aquellos contratos «en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra».

[860] V. *infra*, sub. II.2.c), la caracterización de la actuación en interés ajeno del gestor.

[861] FINN, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 11, señala que para saber si los asesores o proveedores de información como abogados, contables, asesores bursátiles, etc. están obligados fiduciariamente resulta relevante conocer si el principal hará una evaluación independiente de su consejo. V. Cap. 4º, sub. II.2, extensión del deber de lealtad a relaciones afines.

9. El hecho de que la relación de gestión carezca de reconocimiento legal y de que su construcción dogmática como tipo empírico no haya consolidado una doctrina suficientemente estructurada, hace necesaria una tarea de aproximación a la figura que lleve a considerar los términos que definen la relación gestora.[862] Sabiendo que este no es el lugar para la construcción conceptual de la relación gestión de negocios ajenos, nuestro propósito consiste en ensayar de forma unitaria las características tipológicas de la relación gestora. Este sustrato común a los distintos subtipos gestores que sirve para delimitar la figura respecto de otras categorías, puede determinarse a través del examen de las notas esenciales del objeto y la causa y función económica del negocio.[863]

Convenciones terminológicas

10. Sin embargo, antes de abordar tales aspectos, es preciso considerar las convenciones terminológicas que identifican las categorías relación de gestión y gestión de negocios, habida cuenta de que tales expresiones no comprenden

[862] Durante el siglo pasado diversos han sido los intentos de configurar los rasgos esenciales de la figura de la gestión en el ámbito del Derecho privado. Sus notas esenciales ha sido tratadas por GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)", RDP (1957) 619-626; CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 377-492; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 13-64. Este último autor (id., pp. 15-6) señala que «no se ha realizado un esfuerzo adecuado para encontrar los rasgos comunes a las prestaciones que consisten en gestión de intereses ajenos, especialmente cuando implican o suponen interposición. Por esta razón carecemos de un modelo central, y es preciso proceder en cada caso a una técnica de integración muchas veces basada en el argumento analógico».

[863] No hay discusión al respecto de que la gestión con constituye desde el punto de vista positivo una institución unitaria y autónoma. V. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 619. Sin embargo, la construcción del concepto de gestión es posible y así lo reconoce la propia doctrina. Al respecto, GARCIA VALDECASAS, id, p. 620, señala que «es innegable que el hecho de gestionar negocios ajenos puede ser comprendido bajo un concepto unitario. Dicho de otro modo: en todas las manifestaciones de esa actividad, que llamamos gestión de negocios ajenos, ha de haber algo en común y necesario a todas ellas, algo que justamente permita calificarlas de gestión de negocios ajenos, a despecho de su diversa regulación jurídica». El valor dogmático de la unidad conceptual tendería a ser delimitativo, en particular «frente a aquella institución que le es más afín: la representación». Otros autores como PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 346, defienden el concepto autónomo de gestión, a través de sus manifestaciones: la gestión material y la gestión jurídica. V. *infra*, núm. 29, concepto amplio de gestión. Para el autor, p. 346, la gestión de negocios ajenos desempeña «un papel de suma importancia en el conjunto del ordenamiento jurídico: el de regular todo supuesto de gestión que no constituya la prestación o contenido típico de un título preexistente...». Con todo, es preciso reconocer, tal como lo hace MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 16, que hoy «carecemos de un esquema conceptual unitario que facilitara la técnica de solución de los conflictos socialmente detectados».

[864] La propia expresión gestión es un término polisémico y poco preciso, que suele incluir tanto la gestión de los propios negocios como la de negocios ajenos. Al respecto CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 491, dice que «se trata de un término equívoco y genérico, susceptible de varios sentidos o interpretaciones». De su parte, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, Madrid: Real Academia Española, 1992, nos ofrece una definición más bien genérica al señalar que gestionar significa «[h]acer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera».

Al analizar el uso de la expresión observamos que para unos bajo la expresión gestión se incluyen un amplio conjunto de supuestos. Por ejemplo, CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 381 y ss., se refiere a los supuestos siguientes: 1) la gestión del dueño, respecto de sus propios asuntos; 2) la gestión del patrimonio de una persona incapaz por un tercero; 3) la gestión de herencia yacente; 4) la gestión de los bienes en los regímenes económico-matrimoniales; 5) los supuestos de apoderamiento; 6) los denominados negocios de gestión (v.

siempre un mismo contenido.[864] Por relación de gestión entendemos un tipo empírico que agrupa diversos tipos normativos (mandato, comisión, gestión de negocios sin mandato, agencia, factor y administración de sociedades) que presentan en común una misma causa o función económica y un mismo objeto.[865]

Heterogeneidad normativa

11. En segundo lugar, nuestro ordenamiento no contempla una institución autónoma que articule la gestión, lo que lleva como consecuencia que una aproximación doctrinal a esta figura deba casar las dificultades de su ubicación entre las categorías contractuales típicas.[866] De otro lado, las relaciones gestoras se encuentran insertas en un conjunto heterogéneo de obligaciones civiles y mercantiles, legales y negociales, societarias, etc., cuya codificación presenta un contenido normativo que no ha sido modernizado por nuestro legislador.[867]

Servicios en interés de otro

12. A pesar de la ausencia de un tipo estructural normativo que acoja la gestión ajena, la figura puede ser objeto de un tratamiento unitario y autónomo desde una perspectiva sistemática e incorporarse en una categoría general en la cual encuentre acomodo al lado de otras figuras afines. Respetando las clasificaciones tradicionales derivadas del Derecho de obligaciones, se puede afirmar que la relación de gestión de negocios ajenos constituye una especie del género o categoría general de las prestaciones de servicios en interés de otro.[868] Con ello

---

infra); y 7) la gestión oficiosa. Considerando la persona que realiza la actividad gestora, el mismo autor, id. pp. 382-384, distingue entre gestión realizada por el propio titular, gestión disyuntivamente ejercitada por el titular o por un tercero, gestión que necesariamente ha de ejercitarse por un tercero, gestión realizada en forma conjunta [comunidad de bienes y sociedad de gananciales] y gestión realizada por un tercero.

En otro orden de ideas, unos autores usan la expresión “gestión de negocios” para el estudio de la “gestión de negocios sin mandato”. Mientras, otros emplean la “gestión de negocios” como categoría general y “gestión de negocios sin mandato” como una de sus especies. Al respecto, TRAVIESAS, “La gestión de negocios”, RDP (1919) 129 y ss., estudia la gestión de negocios sin mandato a través de la expresión “gestión de negocios”. Sin embargo, GARCIA VALDECASAS, “La gestión de negocios ajenos” RDP (1957) 129 y ss., cuando se refiere a la gestión de negocios ajenos, no abarca sólo la gestión oficiosa, sino toda relación de gestión de negocios.

[865] La doctrina utiliza el término gestión de negocios tanto para referirse al mandato, la comisión o la gestión sin mandato. V. p.e., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 152, cuando al referirse a la gestión de negocios sin mandato, señala que la figura debe «ser estudiada dentro del conjunto de las relaciones obligatorias de gestión». Sobre el objeto y la función económica de la gestión, v. *infra*, sub. I.1.d) y e), y I.2.

[866] Señala GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III-1º (1963) 95 y *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 33, que «[t]oda clasificación es al mismo tiempo justificada y arbitraria, según que nos coloquemos o no en el mismo punto de vista en que se coloca su autor. Y toda clasificación es incompleta, ya que pueden añadirse otros criterios que abarquen otros supuestos...».

[867] Como ha señalado MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 14-15, las relaciones jurídicas gestoras «[e]n nuestro Derecho tienen un tratamiento arcaico, disperso y a veces caótico. En primer lugar, el tratamiento gira alrededor de la distinción entre relaciones o contratos civiles y mercantiles. Una distinción que... es de escasa utilidad práctica, está desacreditada y ha sido exagerada por la doctrina y por la jurisprudencia. En segundo lugar, el Código civil trata la materia con esquemas y soluciones procedentes de una organización económica ya superada. Como un residuo de la disciplina romana o romanística, todavía anclada en la idea de prestación de servicio gratuito, sólo excepcionalmente remunerado o profesional: el mandatario, cuyo contrato se presume gratuito, el depositario, el comodatario... Un conjunto de colaboradores por amistad o favor.». V. id, pp. 16-17.

[868] La prestación de servicios en interés de otro es una categoría reconocida por la doctrina entre las relaciones obligatorias. Según LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 5,

afirmamos que la relación gestora se construye, en primer lugar, a través un doble elemento obligatorio que configura la actuación por cuenta ajena: la prestación de un servicio y la actuación en interés ajeno.[869]

13. Sin embargo, la actuación por cuenta ajena no delimita suficientemente la gestión, sino el género al que sirve. Para delimitar la relación de gestión es preciso distinguir entre los dos tipos de prestaciones que componen el servicio ajeno: la prestación material y la prestación jurídica. Este trabajo define las relaciones de gestión a través de la nota de la cooperación jurídica. Este es el elemento que permite acotar con mayor precisión a la obligación gestora como fundamento material del deber de lealtad y el que sirve para diferenciar la singular relación gestora de las relaciones afines que se caracterizan por el contenido material del objeto de la prestación.

Noción de relación de gestión

14. A través de las notas anteriormente mencionadas podemos construir la noción de relación de gestión. Se entiende así por relación de gestión aquella relación jurídica en la cual una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios en favor de otro, denominado principal, actuando por su cuenta e interés, en la realización de actos o negocios jurídicos.[870]

Carácter de la relación gestora

15. A partir de esta definición podemos considerar que la relación gestora se caracteriza por ser una relación jurídico–obligatoria. Presupone la existencia de dos sujetos entre los cuales media una determinada relación jurídica a través de la cual

---

[desarrollado en las pp. 12 a 512]: «clasificamos las relaciones obligatorias del tráfico jurídico" en los siguientes grupos: 1. Negocios de enajenación, en especial la compraventa. 2. Contratos consistentes en la cesión del uso de una cosa o de su disfrute total por tiempo limitado (...). 3. Los consistentes en realizar una actividad o servicio en interés de otra persona (contrato de servicios, contrato de obra, contrato de corretaje, pública promesa, gestión de negocios basado en un mandato, gestión de negocios sin mandato, depósito e introducción de cosas en casas de huéspedes). 4. Sociedad y comunidad jurídica accidental. 5. Negocios destinados preferentemente a servir de garantía o fortalecimiento de un crédito».

[869] La idea de relacionar servicio con ajeneidad generalmente se recoge como nota conceptual de la gestión. Al respecto, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 24, observa que, de un lado, «[e]l servicio es una actividad que se despliega en favor de otra persona. Por ello no hay servicio cuando el sujeto actúa en su propio interés y en su exclusivo beneficio. Diríamos que "nadie se sirve a sí mismo"». De otro, «[l]a gestión de bienes o intereses ajenos es un servicio... caracterizado por la utilidad que se preste en favor de otra persona, esto es *alienidad* del resultado»(id., p. 45). La unión de servicio e interés ajeno forma parte de lo que se entiende como objeto de los tipos concretos de gestión. Al respecto BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 483, entiende que en los contratos de comisión, agencia y corretaje «tienen por genérico objetivo la gestión de intereses ajenos». VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 673, indica que los contratos anteriores más el de "management" empresarial «tienen por objeto el desarrollo de servicios *en interés de otro sujeto* ("comitente" o "empresario")…». Respecto de la gestión sin mandato, PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 404, subraya que: «el elemento definidor y diferenciador de la gestión de negocios ajenos, lo que le otorga razón de ser como institución jurídica autónoma: [es] la ingerencia útil en la esfera ajena».

[870] La doctrina no se ha prodigado en definiciones y cuando lo hace suele recurrir al concepto amplio de gestión. Sobre el concepto amplio de gestión, v. *infra*, núm. 29. Sin utilizar la denominación de gestión, PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 172, agrupa a las personas que son titulares de poderes para llevar a término actos jurídicos por cuenta de otro, entre los que cuenta al mandatario, al tutor y al órgano de la persona jurídica.

[871] Existe una relación jurídica cuando dos o más personas se encuentran en una situación unitariamente regulada y organizada a través de unos mismos principios y a través de la cual se

se materializan los fines gestores.[871] La gestión es una relación de carácter obligatorio según la cual el gestor se obliga frente al *dominus* a realizar determinadas prestaciones por cuenta y en interés del principal.[872] La fuente de las obligaciones gestoras encuentra su origen tanto en la ley, como el los contratos y cuasicontratos.[873] La relación gestora objeto de estudio en este trabajo se circunscribe en el ámbito del Derecho privado patrimonial, con lo cual se excluyen de este análisis otras relaciones de gestión de diferente naturaleza, como puedan serlo las de Derecho público y las relaciones de carácter familiar. Este trabajo se enmarca, en lo fundamental, en las relaciones de carácter negocial.[874]

16. Los negocios relativos a la relación gestora son generalmente onerosos, pues suelen comportar un sacrificio para cada una de las partes, de tal forma que el gestor se obliga a cambio de una remuneración; excepcionalmente, el negocio

---

desarrolla una función merecedora de protección por parte del ordenamiento. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 216; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 54; LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Relación jurídica (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5762. V. como ejemplo, la relación gestora representativa, que como señala DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 68, «es aquella que se establece entre dos personas por el hecho de que una de ellas actúen como representante de otra o gestione sus intereses».

[872] A través de una relación obligatoria una persona puede obtener bienes o servicios a través de la colaboración de otra mediante una recíproca cooperación. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 129. En cuanto a la distinción entre obligación gestora y relación obligatoria gestora, la primera hace referencia a la correlación entre el derecho de crédito del principal y el deber de prestación del gestor, es decir, la correlación entre un derecho subjetivo y un deber jurídico. V., en general, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 127; 89. El gestor en la posición de deudor se coloca en una situación de deber jurídico «consistente en la adopción de un determinado comportamiento, que es el comportamiento de prestación»; v. id., p. 91. Sobre la situación de poder atribuida al sujeto titular de un derecho subjetivo, v. id., p. 94: el acreedor «es ante todo titular de un derecho, el derecho de crédito, y este derecho tiene por objeto palmario y fundamental la obtención de la prestación debida por el deudor, aunque no se agote en ella».

[873] V., en general, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 132-133.

[874] Sobre la relación jurídico-patrimonial, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 55-58 y, más ampliamente, pp. 82 a 89. Sobre el negocio jurídico existe una autorizada y amplia bibliografía; ia., ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, 1958; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1967; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 73 y ss. Entre las traducciones recientes de aportaciones a la institución, en el ámbito de nuestro entorno, v., FLUME, *El negocio jurídico*, 1998; GALGANO, *El negocio jurídico*, 1992. Sobre la obligación negocial y, en general, sobre la autonomía privada como fuente de relaciones obligatorias, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 141.

[875] Son onerosos aquellos negocios en los que las partes intercambian prestaciones entre ellas. V. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 444-7; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* II (1995) 35; LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 230-231. Sobre las categorías de onerosidad y gratuidad, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 81-84.

La doctrina suele incluir la gestión entre los negocios onerosos. Señala MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 45, que este tipo de tareas «se presentan en el tráfico como relaciones onerosas, que se producen en base a contraprestaciones que se esperan del destinatario o tributario del servicio, por lo que no encajan en el esquema de los *servicios gratuitos*». V. también, PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 171, para quien «en el caso de que la gestión fuese gratuita, ésta no constituiría una relación obligatoria verdadera -por no dar lugar al deber jurídico de realizarla ni a la correlativa pretensión de exigirla- y, por lo tanto, tampoco sería un servicio en sentido estricto». A título de ejemplo, el contrato de gestión empresarial sigue el postulado de las obligaciones onerosas; v. id., p. 118.

La cuestión de la remuneración del gestor mantiene una estrecha relación con el deber de lealtad y las causas que originan su aplicación. A falta de pacto expreso, el gestor puede entender

tiene carácter gratuito o lucrativo.[875] Por otro lado, se viene considerando que el negocio gestor se caracteriza por ser una relación de confianza.[876] Sin embargo, esta nota puede caracterizar la relación gestora, pero no definirla, pues no es propia sólo de las relaciones gestoras, sino de un conjunto más amplio de relaciones afines.[877]

17. Como en toda relación jurídica, la relación gestora se compone de dos estructuras elementales, los sujetos y el objeto.

c) Los sujetos de la relación

Principal y gestor

18. Dentro de la tipología negocial, la gestión puede enmarcarse entre los negocios jurídicos bilaterales, por cuanto la reglamentación contractual es obra común de dos partes.[878] Atendiendo a su aspecto subjetivo, la relación gestora se articula entre dos sujetos titulares de la misma, acreedor y deudor, comúnmente denominados principal y gestor.[879] El principal o *dominus* (mandante, comitente,

---

que su comportamiento debe ser remunerado. Sin embargo, si existen dudas sobre regla implícita aplicable, el gestor puede estar incentivado a llevar a término conductas interesadas para obtener el importe que el principal no le reconocería en caso de que se lo reclamara. Ante estas circunstancias una reforma legal que clarificara esta cuestión facilitaría el tráfico y daría seguridad a ambas partes, además de evitar aquellas conductas oportunistas dirigidas a obtener en ilegítmamente lo que el gestor podría recibir de forma legítma. En este sentido, los preceptos legales que establecen la gratuidad natural del cargo, tal como se prevé en las leyes de sociedades capitalistas (arts. 130 LSA y 66 LSRL) no favorecen el criterio señalado. Es cierto que el Código Civil corrige en parte este concepto cuando señala que «si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo» (art. 1711.II CC), y el Código de comercio indica que a falta de pacto expreso, la retribución del comisionista «se fijará con arreglo al uso u práctica mercantil de la plaza dónde se cumpliere la comisión» (art. art. 277.II CdC). Con todo, una norma que indicara la presunción de onerosidad de la relación gestora, sujeta a un eventual pacto de gratuidad, resultaría clarificadora, en gran medida. Mientras tanto, desde esta conciencia errónea de que los servicios se prestan gratuitamente, se llega a paradojas jurídicas según las cuales se pueden asumir «obligaciones de hacer a título gratuito sin que ello implique una donación, como el caso del mandato gratuito o del depósito gratuito». V. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 111.

[876] V. *supra*, núm. 3 y 4.

[877] V. *supra*, núm. 3.

[878] El negocio de gestión se entiende bilateral en tanto que las declaraciones de voluntad que lo originan provienen de dos partes, principal y gestor. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 76; *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 232. Por ello no cabe concebir la relación de gestión como un negocio plurilateral, por cuanto «los autores del negocio son más de dos personas»; lo que no impide que un mismo gestor pueda tener con varios principales respecto de relaciones gestoras paralelas. Sobre si las relaciones plurilaterales como la sociedad se pueden considerar relaciones gestoras, v. *infra*, núm. 31. Se discute la unilateralidad, receptícia o no receptícia, como fuente de obligaciones [v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 142 y sigs.], aunque no cabe duda sobre a idoneidad de la declaración unilateral para constituir un negocio jurídico, v. sobre ello, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 75-76.

[879] Señala DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 29, que «[e]l que gestiona el negocio se llama *gestor* (gestor, gerant d'affaires, Geschäftsführer), aquel a quien pertenece el negocio es el *interesado* o *administrado* (dominus, dominus negotii, maître de l'affaire, Geschäftsherr»; más ampliamente, Id, pp. 91-95. La necesaria presencia de dos personas en la relación gestora excluye de la denominada gestión ajena aquellas conductas gestoras realizadas por el propio titular de los intereses gestionados. Sobre este tipo de gestión, supuesto en el cual se incluye la gestión de la comunidad de bienes, v., CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 473-480. En general, sobre los sujetos de la relación obligatoria, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 157 y ss. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 56; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 217.

sociedad administrada) asume la posición del sujeto activo al que el ordenamiento le atribuye determinados derechos respecto del gestor. Es la persona cuyos intereses se gestionan y en favor de quien han de recaer, de forma directa o indirecta, los efectos derivados de la gestión. Se caracteriza por ser el titular del interés gestionado y por ello se le suele nombrar como el "dueño del negocio".[880] A la otra parte en la relación, el gestor, le corresponde la posición jurídica del sujeto pasivo y de deber jurídico respecto del principal. El gestor es aquel que actúa por cuenta y en interés del principal.[881]

Intervención de terceros

19. Además de los sujetos antes mencionados, los encargos que comporten negocios de ejecución llevarán consigo la intervención de otro sujeto, que denominamos genéricamente tercero.[882] El tercero no forma parte de la relación gestora, de manera que de la misma, no se contemplan ni efectos sobre el tercero ni la protección de sus intereses.[883] La relevancia del tercero aparece en la ejecución de la prestación gestora dado que comúnmente aquél es parte en aquellos negocios jurídicos que desarrolla el gestor en cumplimiento de su obligación. Ello contribuye a explicar el hecho de que entre el tercero y el principal puedan nacer obligaciones y derechos derivados de la ejecución de la gestión. De otro lado, la posición jurídica del tercero de la relación gestora no se confunde con la del beneficiario de un contrato en favor de tercero.[884] Lo mismo cabe decir con la posición del tercero de una relación representativa, a pesar de que ambas relaciones pueden coincidir de forma superpuesta en un negocio mixto.[885]

d) El objeto de la relación gestora

Caracterización de la prestación

20. El objeto de la relación gestora se identifica con aquella conducta o comportamiento a que el gestor se ha obligado, denominada comúnmente

---

[880] Esta es la expresión que usa DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 68, en relación a la representación, quien caracteriza la posición del *dominus negotii* por «su titularidad sobre los intereses efectuados por el negocio o por el acto del representante, por lo que se le puede denominar en un sentido muy amplio "dueño del negocio"». Sobre la gestión representativa, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 67. Para las relaciones de agencia del *common law*, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 1, *comment (d)*.

[881] Con el mismo enunciado para la gestión representativa, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 68. V. también, ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 1, *comment (e)*.

[882] Sobre la dificultad de delimitar el concepto de parte del contrato y el de tercero, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 393-394.

[883] Sobre la limitación de la eficacia de los contratos a la esfera de las partes, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 393, 398. Sólo cuando una norma jurídica así lo preceptúa un contrato produce efectos directos en la esfera de los terceros; como supuestos excepcionales se señalan los contratos en favor y en daño de tercero (v. *infra,* sobre el primero; sobre el segundo, v. id, p. 419 y ss) y la promesa del hecho de tercero; id, p. 400 y, más ampliamente, pp.400-403.

[884] La persona o sujeto beneficiario del contrato otorgado a su favor se confunde con el tercero de la relación gestora, por la superposición de relaciones existentes, pero no sus obligaciones y derechos, manteniendo autonomía respecto del negocio del cual traen causa. Sin embargo, no todo tercero de la relación gestora ocupa la posición de un beneficiario de un contrato en favor de tercero. V. *infra*, núms. 19 y 45, la distinción entre gestión y contrato en favor de tercero.

[885] Sobre los sujetos de la relación representativa, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 67 y ss. V. *infra*, núms. 75-80, el comentario sobre la distinción entre gestión y representación.

prestación gestora.[886] Al ser una conducta o comportamiento, el objeto de la relación coincide con el objeto de la obligación o prestación que debe realizar el gestor y que puede reclamar el principal como consecuencia de la relación obligatoria de gestión.[887] Así, por lo general el comportamiento se traduce en actos debidos, aunque el gestor puede realizarlos libremente (gestión de negocios sin mandato) en espera de su ratificación.[888]

21. La prestación gestora puede comprender uno o varios actos y no por ello se debe entender que la gestión se descompone en un supuesto de pluralidad de prestaciones.[889] En relación al tiempo, la prestación puede ser momentánea o duradera, que será lo más usual.[890] Consecuentemente, la prestación gestora no tiene como nota esencial el carácter continuado, si bien las relaciones gestoras de carácter sucesivo merecen una especial atención por los singulares mecanismos de gobierno que requieren.[891]

22. Una de las notas que configuran la prestación gestora consiste en que se trata de una prestación de hacer positiva. La conducta gestora, considerada en sus términos generales y desde la posición jurídica del gestor, constituye una prestación de hacer o de realizar determinados servicios, frente a las obligaciones

---

[886] Sobre la prestación como objeto de la relación obligatoria, v., en general, DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 217-218; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 56-57; DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (1988) 324, y más ampliamente id, pp. 315-325; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 12.

[887] Sobre las generalidades relativas a la configuración de la prestación, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 289 y ss. Como señala LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 58, «la concepción dominante, al menos en la doctrina española es de signo integrador: el objeto de la obligación es la prestación»; con mayor amplitud, 57-59. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 117; 235-236. Desde la perspectiva más específica de la relación gestora, v. GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820, para quien la actividad de gestión constituye el objeto de los de estos contratos. V. también PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 343, al señalar que el objeto del mandato y la gestión oficiosa «se afirma que es el "cuidado de los intereses ajenos" o dicho en otros términos más objetivos, la gestión de los negocios de otro».

[888] Los actos libres son aquellos que se realizan voluntariamente y sin que nadie los imponga, mientras que los actos debidos son aquellos que se realizan en cumplimiento de un deber. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 212.

[889] Señala CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 492, que la gestión «[p]uede limitarse a un acto aislado, comprender una serie reiterada de actos simples o configurarse como unidad negocial». Sobre los problemas generales relativos a la pluralidad de prestaciones y concretamente a las obligaciones objetivamente colectivas, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 313 y ss.

[890] Sobre la prestación momentánea y duradera, y sobre los contratos de ejecución instantánea y de duración, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 322; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 536 y, más ampliamente, pp. 537-538. Sobre las relaciones de tracto sucesivo, v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 251; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 377. Sobre las relaciones de duración, de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, v. LARA GONZALEZ, *Las causas de extinción del contrato de agencia* (1998) 47-48 y bibliografía allí citada.

[891] Las modernas aproximaciones contractualistas señalan que según la categoría tipológica a la que pertenezcan, los contratos requieren reglas adecuadas a sus necesidades en cuanto a los mecanismos de su gobierno. Así sucede respecto a los contratos de cambio y los contratos de duración. Los segundos precisan de una regla que tutela la especialidad relativa a su naturaleza en cuanto que la prestación no se produce de forma instantánea. Al respecto, v., PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", ADC (1981) 675, nota 223.

de dar y de no hacer.[892] La prestación es por su propia naturaleza de carácter positivo, hecho por el cual se excluyen las prestaciones negativas, mientras no existen otras de positivas que den cobertura a la actuación gestora.[893]

23. Como tal obligación de hacer cabe considerar si la gestión se ubica dentro de las obligaciones de medios o entre las obligaciones de resultado.[894] La relación de gestión se caracteriza como una obligación de medios, de tal forma que el deudor cumple desarrollando la actividad con la diligencia exigible en la prestación concreta.[895]

---

[892] El principal tiene, frente al gestor, un derecho a una prestación de servicios, que le permite reclamar el comportamiento o la conducta debida, tal como se viene reconociendo respecto del mandato. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 57, 69-70; 244; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 408-9. En relación a las relaciones gestoras, señala MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 60, que un modelo de relación de gestión debe perfilarse en sus grandes rasgos «a partir de una definición de la gestión como un servicio, como una prestación de hacer». (Idem., p. 45). Es de la misma opinión GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2819, nota 8, quien señala que entre los arrendamientos de obras y servicios y los contratos de gestión existe «un factor común; un contenido aparentemente coincidente; a saber: una prestación de *facere*, cabría la posibilidad de situarlos -a todos ellos- dentro de las más alta categoría de los Contratos de hacer o de prestación de servicios *latu sensu*, en cuyo seno coexistirían los contratos de gestión junto a las diversas modalidades de arrendamiento, a las que antes hemos hecho alusión». Así también, PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 381.

[893] La relación entre la prestación gestora y las obligaciones negativas debe ser excluyente de las segundas, en cuanto a la obligación principal de gestión. En este sentido, v. CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 492, quien precisa que «[g]estionar es regir, dirigir, gobernar. Consiste en una actividad y, por tanto, es de carácter positivo; quien gestiona actúa, no gestiona quien permanece inactivo». Eso significa que la prestación negativa autónoma, sea ésta relativa a actos materiales (p.e, no edificar en su propio feudo, no hacer la competencia) o sea relativa a la realización de actos jurídicos (pe., compromiso de no ejercitar un derecho -no pedir la división de la cosa común o no reclamar una deuda- frente a otro) se entendería como una gestión de los propios intereses del gestor. V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1 (1994) 59-60.

Sin embargo, queda abierta la eventual existencia de una relación gestora a la que se añaden prestaciones accesorias de carácter negativo. En tal caso, la prestación accesoria consistiría, de hecho, en una limitación del encargo.

[894] V. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 281; JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", ADC (1991) 5; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado*, 1993; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 246-247; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 61; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* II (1995) 145; CAPILLA, «Voz: Arrendamiento de servicios», EJB I (1995) 575-576; CABANILLAS, Voz «Contrato de obra», EJB I (1995) 1597-1603.

[895] En este sentido, v. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 45, quien añade que «el gestor cumple cuando pese a una actuación negligente la gestión emprendida no resulta finalmente provechosa para el *dominus*».

Como ha señalado JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 7, la distinción entre ambas figuras se basa «en la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o realización de aquel *interés primario* de acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad». En el caso de las obligaciones de resultado -pe.: el supuesto del transportista o del contratista de obras- «ni uno ni otro pueden pretender haber cumplido su prestación, sino cuando realizan el concreto *opus* o resultado debido» (id, pp. 7-8). Mientras que en obligaciones típicas de medios, como las del abogado, el médico o el mandatario, «el deudor cumple desplegando la actividad diligente (técnica o común debida), de manera que ésta constituye en sí misma aquello que el acreedor debe obtener. La prestación ciertamente se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete. No se

24. A estos efectos, se entienden que tanto el mandato como la administración de sociedades son relaciones gestoras caracterizadas porque el gestor no ha de obtener un resultado, sino que éste debe desplegar la actividad de gestión de forma diligente, aún cuando el resultado final no haya sido el esperado o incluso fuera perjudicial para los intereses del principal.[896] Sin embargo, en otras relaciones gestoras, se exigen ciertos resultados como condición necesaria para la entrega de la contraprestación por parte del principal, como sucede en el contrato de comisión o de agencia.[897]

---

incluye en el programa de prestación»; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 246. La determinación de una concreta obligación como de medios o de resultado deberá tener en cuenta la voluntad de las partes, la naturaleza de la obligación -aceptándose como criterio aproximativo el de la aleatoriedad- y el criterio de la equidad; v. más ampliamente, JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 10 y CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado* (1993) 38 y ss. De su parte, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 39, observa que cuando la prestación consiste en el desarrollo de una conducta, lo debido no es tanto el resultado útil de la actividad «sino únicamente una conducta de cooperación».

La distinción entre obligaciones de medios y de resultados lleva como consecuencia un régimen distinto para cada una de ellas. En particular, las diferencias se observan en relación al cumplimiento, al incumplimiento -con lo que tiene de consecuencias en la distribución del riesgo y el caso fortuito-, la responsabilidad del deudor y sobre la distribución de la carga de la prueba -si bien sobre este último aspecto, se discute si los principios que presiden la carga de la prueba son diversos (v., más ampliamente, *infra*). Sobre ello, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 247 y 586; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado* (1993) 123 y ss; JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 20 y ss. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 42-44, en discrepancia con la posición de Jordano Fraga. Sobre el cumplimiento del contrato de obra, v., SANCHEZ CALERO, FJ., *El contrato de obra: su cumplimiento*, 1978.

[896] En las obligaciones que se caracterizan por la gestión de intereses totalmente ajenos (mandato, gestión oficiosa) o parcialmente ajenos (sociedad) es corriente que las actividades que desempeña el gestor «se elevan a prestación debida, excluyendo como requisito su resultado material… Su resultado perseguido es el éxito económico y, por tanto, el beneficio del titular de los intereses gestionados». V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 513. En relación a la afirmación de que las relaciones gestoras son obligaciones de medios, v. también, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 44. En relación al mandato, v. JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 9; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado* (1993) 117; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 583; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 44; CABANILLAS, Voz «Contrato de obra», EJB I (1995) 1597. En relación a la gestión oficiosa, v. DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 85. En relación a la administración de sociedades, señala CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado* (1993) 119, que éste «debe llevar a cabo una actividad diligente en el ejercicio de su cargo, pero no garantiza el resultado de la gestión. En la gestión de la sociedad no se exige el éxito ni los beneficios, sino el empleo de la diligencia adecuada para obtenerlos. Por eso recae sobre el administrador una obligación de actividad o medios, cuyo contenido radica en el empleo de la gestión de la diligencia y prudencia de un ordenado empresario y representante leal». Del mismo autor, v. id., pl. 118, nota 319. V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 157 y ss.; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 296.

[897] Señala CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y resultado* (1993) 81, que los contratos de comisión, agencia y mediación mantienen la nota común de ser tres contratos «que tienen como causa la promoción o estipulación de negocios jurídicos, es decir, no una mera actividad sino la obtención de resultados concretos»; v. más ampliamente, pp. 81-83, y bibliografía allí citada, y también del mismo autor, Voz «Contrato de obra», EJB I (1995) 1597. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 673, señala que las prestaciones de los cuatro contratos de gestión a los que hace referencia -comisión, agencia, corretaje y gestión o

Tipología

25. En cuanto al tipo de objeto sobre el que recae la gestión, se distingue entre gestión de un sólo asunto o de una pluralidad. La pluralidad, a la vez, puede ordenarse según sea un conjunto diferenciado o todos los asuntos del principal.[898]

26. Interesa destacar la distinción convencional entre dos formas de gestionar, la gestión simple y la administración, en cuanto a que entre ellas media una relación de especialidad respecto de la gestión como género de ambas.[899] Denominamos gestión simple aquella que se produce sobre bienes o intereses aislados o singulares. Entendemos por administración la gestión que recae sobre un patrimonio, como conjunto unitariamente ordenado de elementos como una universalidad.[900] En este segundo caso, la actividad gestora consiste en llevar a

---

"management" empresarial- no son de «mera actividad, sino [de] *resultados concretos*». La misma idea recoge el autor en *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 290, señalando que «la causa o finalidad no es tanto la actividad desplegada por el comisionista, agente o corredor, sino el resultado de estipular un contrato con un tercero. Son por tanto... contratos de resultado».

El tema se ha planteado especialmente en relación al particular contrato de comisión mercantil. Así, ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 264-5, entiende que «la comisión mercantil se diferencia del arrendamiento de servicios en que el objeto de éste consiste en la realización de una actividad, incluso puramente material, como medio que puede permitir alcanzar un resultado, pero el contrato queda consumado con independencia de que efectivamente se llegue a alcanzar ese resultado; la comisión, por el contrario, tiene por objeto precisamente el resultado mismo de la realización de un acto u operación de comercio, sin lo que el contrato no queda consumado». De su parte, ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 138, indica que la nota del resultado tiene «carácter absoluto en el contrato de comisión», frente al carácter relativo de la mediación. V. también, la STS 31-12-1997, RJA 9492, FD 1º, al precisar que el contrato de comisión no se trata de «un propio contrato de resultado, pues en estos la obligación sólo se tiene por completada cuando se obtiene el mismo». Sin embargo, cfr. con PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 34, para quien «en el contrato de comisión la prestación del comisionista es una obligación de medios, no de resultado (art. 1709 CC)».

En relación a la agencia, la doctrina ha defendido que la prestación exigida es de medios o de diligencia y no de resultado. V. VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3055-3057.

[898] Para la representación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 98. Desde una perspectiva diferente se puede ordenar el contenido del poder de representación distinguiendo poderes generales de poderes especiales. Así, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 290.

[899] Cfr. con CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 384, quien señala que para fijar el significado de la gestión desde un punto de vista jurídico, «hemos de acudir a otros términos en los que necesariamente la gestión se desenvuelve: los actos de conservación, de administración y de disposición para conocer la relación existente entre las tres instituciones citadas»; v., id, pp. 385-399. El autor, id, p. 492, que sigue la relación de especialidad arriba señalada dice que «[r]esulta erróneo asimilar los actos de gestión a los de administración, a los cuales, indudablemente, comprende. Este criterio, muy extendido, va en contra de la normativa de nuestro Código civil, ya que... el significado de la gestión es distinto por ser más amplio. Su elasticidad es tal, que puede identificarse en ocasiones con los referidos actos de administración y, en otras, con actos de disposición o con los de conservación. Considerada en abstracto, la gestión no puede identificarse con ninguno de ellos».

[900] Para LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 25, las universalidades «son conjuntos formados por voluntad del titular y cuyos elementos, que en sí son cada uno entidades socialmente apreciables, conservan la independencia originaria y propia función, si bien en conjunto tiene una valoración distinta de la simple suma de sus unidades y es objeto del tráfico y en el proceso de una especie de consideración unitaria»; v. más ampliamente, pp. 24-26. Sobre la noción de patrimonio, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 379-391; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 55-63. Sobre la idea de empresa como universalidad, v.

término actos o negocios de administración con la finalidad de la conservación, defensa y obtención del rendimiento propio de los bienes que forman un patrimonio.[901]

27. El género de administración admite, a su vez, dos grandes grupos a través de los que distinguimos entre la gestión de carácter voluntario y la gestión de naturaleza orgánica. En el primero de los casos, las facultades atribuidas al gestor se pueden englobar dentro de lo que se entiende como administración ordinaria o administración extraordinaria.[902] Por el contrario, en el caso de administración orgánica y, en particular, de sociedades, los poderes y facultades que residen en el administrador quedan delimitados por la ley.[903]

e) El objeto de la prestación

28. El objeto de la prestación gestora reside de la realización de ciertos actos por parte del gestor, que denominamos genéricamente actos y negocios de gestión.[904] La delimitación de los actos que definen la relación gestora y permiten distinguirla de otras relaciones afines se articular entre dos círculos de comportamientos típicos: de un lado, las declaraciones de voluntad y, de otro, las declaraciones de

---

LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 26. Sobre el factor mercantil, v. *infra*, núm. 91, y la administración de sociedades, v. *infra*, sub. II.3.

[901] Siguiendo a DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 79-80, se entienden como actos o negocios jurídicos de administración «aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico». Esta definición comprende los actos de conservación, de defensa de los bienes y de obtención de su rendimiento. De su parte, señala CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 396, que el acto de administración «ha de ponerse en relación con el patrimonio». «En esta línea se define acto de administración como "acto jurídico que recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la utilización y percepción de sus productos sin comprender en modo alguno el valor, la individualización y permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio en que se integran"»; id, p. 396-397. V. además, id., pp. 400, 446, 491-492; y SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 68.

[902] El sentido de actos de administración aquí utilizado es de carácter doctrinal y ajeno al uso que de esta expresión hace el Código civil, tanto por la posible distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria, cuanto a su contraposición entre actos de riguroso dominio; sobre ello, v., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 79. Dentro de lo que se entiende como actos de administración, la distinción más común responde a la separación entre administración ordinaria y extraordinaria. V. al respecto, CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 392. Sobre la distinción entre negocios de administración y de disposición y de administración ordinaria y extraordinaria, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 229-230, al margen de las relaciones que ello pueda tener con la gestión. Sobre la distinción actos de conservación y de disposición como especie del género de actos de administración, v. CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 387-398, quien señala que la distinción es posible cuanto menos conceptualmente, si bien se dificulta su distinción en la práctica. Sobre la contraposición entre actos de administración y actos de administración, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 80, quien señala que la distinción no resulta exacta. El autor precisa que «[u]n negocio jurídico puede ser al mismo tiempo un acto de disposición y un acto de administración, pues puede ocurrir que la obtención del normal rendimiento de un capital exija enajenar o disponer de algunos bienes».

[903] V. *infra*, núm. 104.

[904] Si bien el objeto de la relación obligatoria es la prestación exigible al deudor, «[la] prestación, a su vez, puede tener un objeto propio (cosas y servicios)». V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 12.

conocimiento y los actos materiales.[905]

Noción amplia de gestión

29. La gestión en un sentido amplio incluye las declaraciones de voluntad, las declaraciones de conocimiento y los actos materiales.[906] En este sentido, la

[905] Entiende DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 211-212, que por su estructura social y jurídica, los actos se diferencian entre en actos con efectos sicológicos o declaraciones y actos con efectos materiales. Las declaraciones se caracterizan por ser comunicaciones de un sujeto a otro; a su vez, se subclasifican en declaraciones de conocimiento o de ciencia y declaraciones de voluntad. Las declaraciones de conocimiento «son aquellas mediante las cuales el declarante trata únicamente de hacer saber o de hacer conocer al destinatario un juicio u opinión, una creencia o un suceso. Las declaraciones de voluntad son, en cambio, declaraciones dirigidas a obtener alguna consecuencia o implantar o establecer algo. Pe., el llamado a una herencia la acepta para asumir los derechos y obligaciones de heredero; comprador y vendedor emiten declaraciones de voluntad para dotar de un determinado contenido al contrato de compra-venta». Mientras tanto, los actos materiales son comportamientos de un sujeto que hace algo por sí mismo. V. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1994) 17-24.

Desde otra perspectiva, los hechos jurídicos voluntarios pueden dividirse entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos. Los primeros a su vez pueden responder a distintas especies como las declaraciones de ciencia, los actos exteriores puros (pe., la especificación), los actos que enlazan con determinaciones interiores (pe., la elección del domicilio, la condonación de la deuda), las declaraciones o manifestaciones de voluntad (pe., participaciones de carácter receptício como las notificaciones, las ofertas, las intimaciones, las denuncias, los requerimientos, etc.). V. LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 120-1.

[906] Entre quienes postulan la inclusión de actos materiales y declaraciones de conocimiento en la gestión, v. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 619, 623, incluye los actos «jurídicos o simplemente materiales (v.gr., echar una carta al correo, cerrar el grifo de una casa vecina para evitar daños, etc.)»; DIEZ-PICAZO, "Arts. 1888 CC", *Comentario del CC* (1993) 1944, para quien la gestión puede tratar «de actos jurídicos (p.ej., pagar una deuda, cobrarla, adelantar fondos para realizar un gasto), pero pueden ser también actos de carácter puramente material, que por si solos no exigen el despliegue de actividad jurídica aunque luego hayan de producir efectos jurídicos (p.ej., reparar el tejado de la casa del vecino que se encuentra a punto de caerse)». Idem, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 16; el mismo autor, id., p. 62, en su defensa de la relación de gestión en un sentido amplio de la que no excluye los actos materiales, precisa que entre los servicios que componen la relación de gestión «se encuentra el que consiste en cuidar, conducir o gestionar asuntos o encargos de otra persona, en interés de éste»; para GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820, el concepto de "Gestión de negocios ajenos" «hace referencia a una actividad administrativa que no siempre posee un carácter contractual, sino más bien económico-jurídico e -incluso- a veces puramente material...»; PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 167-169, indica que «[e]n el momento presente, la doctrina entiende que la noción de gestión de intereses ajenos comprende no sólo los actos jurídicos, sino también actividades materiales, que por sí solas no exigen el despliegue de actividades jurídicas -aunque después produzcan efectos jurídicos- e, incluso, actos de carácter económico o de otros que representen un interés exclusivamente personal»; v. id, p. 169, las referencias jurisprudenciales. V. también LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 343, para quien «la doctrina dominante entiende por gestión de negocios ajenos en el sentido del art. 662 ["Por la aceptación de un mandato el mandatario se obliga gratuitamente a gestionar un asunto para el mandante que éste le ha confiado] *toda actividad en provecho de otro* o que tiene lugar en la esfera de intereses del mismo, del cualquier clase que sea».

En su sentido más amplio, no solo se incluyen las prestaciones económico patrimoniales sino también las prestaciones personales. Entre otros, GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos" RDP (1957) 619, subraya que «los actos en los que tiene lugar la sustitución pueden ser de muy diversa naturaleza: patrimoniales o no patrimoniales (v. gr., cuidar, vigila a una persona, obtener informaciones, etc.)...»; DIEZ-PICAZO, "Arts. 1888 CC", *Comentario del CC* (1993) 1944, entie de que «[p]uede tratarse de actos de carácter económico o de otros que

expresión *negocios ajenos* en su sentido estricto define sólo una parte del objeto de la prestación, mientras que el término *asunto*, por su mayor alcance, abarcaría todos los actos antes citados.[907]

30. La doctrina tradicionalmente ha venido incluyendo dentro del concepto de gestión en sentido amplio a aquellas relaciones jurídicas que presentan la nota de la prestación de servicio en interés de otro, tanto la realización de actos jurídicos como materiales, cuyo modelo legal vendría a corresponder con la gestión de negocios sin mandato.[908] Así, además de la gestión oficiosa, se pueden incluir en esta categoría amplia de gestión ajena a figuras como las relaciones laborales, las de arrendamiento de obras y de servicio (p.e., los servicios profesionales), e incluso el depósito y la mediación.[909]

---

revistan interés exclusivamente personal (p.ej., recoger al accidentado, cuidar al enfermo, etc.)»; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 16; PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 167-169.

[907] V. al respecto, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 97, al referirse a los «asuntos ajenos» como objeto de la representación. El uso del término *asunto* va en concordancia con la interpretación amplia que hace el autor de las expresiones «*negocios del mandante*» prevista en el art. 1712.II CC y «agencia o administración de los *negocios de otro*» recogida en el art. 1888 CC. En ambos casos su uso no es técnico «sino en un sentido amplio y vulgar, para designar el objeto de los servicios de gestión... Dado que la palabra "negocio" posee entre nosotros hoy un significado técnico muy definido (negocio jurídico), nos parece preferible utilizar la expresión "asunto" (*affaire, affare*)...». Por ello con la expresión "asunto" se designa «cualquier tipo de actividad o de actuación que versa sobre bienes o intereses de cualquier clase» (id., p. 81).

[908] Tal como señala DIEZ-PICAZO, "Arts. 1888 CC", *Comentario del CC* (1993) 1944, «el vocablo 'gestión' hay que entenderlo en sentido amplio como manejo, administración, disposición o posesión. Efectivamente, el sentido es amplio y ha de entenderse como actividades realizadas en cuidado y satisfacción de los intereses de otra persona...».

Esta diferencia objetiva entre gestión jurídica y gestión jurídico-material se aprecia en la distinción entre el mandato y la gestión ajena. PASCUAU LIAÑO*, La gestión de negocios ajenos* (1986) 343-344, señala que «[l]a "gestión" que integra el contenido de la "negotiorum gestio" es un concepto genérico de alcance más extenso que la gestión propia del mandato. Si la gestión que haya de llevar el mandatario deberá, necesariamente, consistir en el desempeño de una actividad jurídica, no ocurre así con la del "negotiorum gestor", que podrá tener un contenido material, como unánimemente admite hoy toda la doctrina. En este sentido, puede decirse que la gestión será el género, y el mandato la especie, y que abarca situaciones cuya analogía con el mandato no es defendible». Para este autor, (id., 345) «la gestión adquiere autonomía propia como categoría superior a la del mandato, lo que posibilitará, precisamente, la construcción de una teoría general de la administración o gestión de bienes ajenos que, como decía NUÑEZ-LAGOS a modo de reto "espera todavía un jurista que acometa su organización en principios generales».

[909] GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos" RDP (1957) 619, establece un ámbito de gestión que no sólo abarca el mandato o el cuasicontrato de gestión de negocios, sino que se extiende a la gestión de albaceas, administradores de herencias, en parte en las instituciones de la patria potestad, la autoridad marital y la tutela, en los órganos directivos de las personas jurídicas (corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades). Además, «[t]ambién en el contrato de trabajo y en el arrendamiento de obra y de servicios pueden encomendarse actos de gestión al trabajador o al arrendador». CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 382, considera que «[c]on frecuencia acude la doctrina al término gestión para ubicar en uno de sus apartados ciertos negocios jurídicos denominados precisamente negocios de gestión. Se incluyen dentro de los mismos el contrato de mandato, el de servicios, el de obra, el de transporte, la mediación, la sociedad y la aparcería». Señala ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 409, que se pueden diferenciar aquellos «[c]ontratos de trabajo y gestión, que se encaminan a que alguien realice una actividad o servicio en interés de otro: como el arrendamiento de servicios, el mandato, el depósito...». Estas mismas categorías de contratos por relación a su objeto que distingue los contratos de trabajo y gestión, es seguida por PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, II

31. El contrato de sociedad, siendo una relación de colaboración, no se incluye en esta categoría por entender que del mismo no se derivan obligaciones que comporten actos de gestión. El socio, aún cuando queda obligado a actuar en interés de la sociedad, no está sujeto a la obligación de prestar un servicio a favor de los demás socios o de la sociedad, salvo que por su voluntad se vincule a una prestación accesoria.[910] Ni siquiera el socio colectivo está sujeto a un deber de administrar, en la medida que la facultad prevista en la ley no le impide excluirse voluntariamente del cargo de administrador.[911] Es más, la sociedad colectiva no tiene como finalidad típica la gestión de la misma por los socios, no sólo porque estos pueden excluirse de la administración, sino porque esta forma social admite la administración por personas que no son socios.

32. Una noción intermedia de gestión, incluye sólo aquellos actos materiales que van encaminados a la promoción de negocios jurídicos. En esta dirección, el círculo de relaciones gestoras abarca la mediación y la agencia no representativa, además de las figuras típicamente gestoras como el mandato o la comisión.[912]

(1987) 283, quien incluye además del contrato de trabajo, los de arrendamiento de servicios, ejecución de obra, contrato de transporte y de corretaje. El mismo autor, id, p. 283, cuando clasifica los contratos por un criterio económico, se refiere a los contratos de prestación de servicios o de gestión, incluyendo en esa categoría los «contratos de trabajo, mandato, depósito» y separando de la misma, los contratos «de producción, fabricación o confección de obras por encargo: contrato de obra». CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 490, considera dentro de la clasificación "contratos de trabajo y gestión", las siguientes figuras: el arrendamiento de servicios, el contrato de trabajo, el de ejecución de obra, el de transporte, el de mandato, el de depósito y el de corretaje. Para BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 107-8, «[u]na función de cooperación o intermediación *gestora* consistente en asumir, proponer o concluir negocios por parte de un tercero, librando a éste de la carga de tenerse que ocupar personalmente de ellos: en el mandato, en la comisión, en el contrato de agencia y también en la gestión de negocios ajenos (tal aspecto, en efecto, no debe limitarse únicamente a los contratos), en la mediación y en cierto sentido, en el depósito». En fin, CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 480-490, trata la gestión en un sentido muy amplio, dónde incluye el usufructo, la herencia, la minoría de edad, la ausencia, la tutela, el albaceazgo o la herencia en favor del concebido, etc.; v. referencias allí citada.

Cfr. con GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2819, que distingue dos grandes categorías: los arrendamientos de obras y servicios, entre la que incluye el contrato de trabajo y los contratos de gestión de intereses ajenos o de colaboración.

[910] Cfr. con CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 382, para quien el contrato de sociedad forma parte de los contratos de gestión.

[911] V. art. 129 CdC, al indicar que «todos los socios tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios» si la administración no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios.

[912] En particular, sobre el contrato de mediación o corretaje, v. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 22, quien reflexionando sobre distintas resoluciones jurisprudenciales señala que la función del mediador consiste en realizar actos preparatorios con la finalidad de mediar para la conclusión de actos jurídicos, cuyo contenido «es predominantemente preparatorio o de gestión (STS de 21 de mayo de 1992)...». V. también las reflexiones de DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil* (1985) 33, sobre la distinción de la mediación respecto del mandato. V. LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 26, por su referencia a la mediación como ejemplo de una cooperación «material o técnica».

En un ámbito objetivo semejante (por cuanto da cabida a los actos materiales de promoción de negocios) y subjetivo más reducido (en tanto que introduce la condición de empresario en el sujeto gestor, por tratarse de contratos mercantiles) se manifiesta VICENT CHULIA, «Voz:

Noción estricta de gestión

33. A diferencia de la noción amplia de gestión, la relación a la que nos referimos en este trabajo, participa de la idea de la gestión en un sentido estricto.[913] Desde esta aproximación, la gestión ajena se define a través de las prestaciones de cooperación jurídica o sustitución por el gestor de la voluntad del principal.[914] Esta situación se produce cuando el gestor se manifiesta a través de las declaraciones de voluntad. De ello se sigue que el objeto de la prestación gestora abarca dos tipos de declaraciones: los negocios jurídicos y los actos jurídicos.[915]

34. Las declaraciones negociales pueden ir dirigidas a reglamentar los intereses del

---

Comisión mercantil», EJB I (1995) 1134, al entender que los contratos de gestión de intereses ajenos o de colaboración en la estipulación de negocios jurídicos por cuenta ajena «tienen por objeto la promoción o estipulación de negocios jurídicos por cuenta ajena por empresarios que se dedican a esta actividad profesionalmente. Son tres: comisión, agencia y corretaje o mediación». Idem, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 290. V. Id, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 673, que además de incluir a los anteriores añade «los de gestión o "managment" empresarial».

Una noción semejante mantiene ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 138, para quien la nota típica común de los contratos de gestión «reside en que tales contratos tienen como objeto genérico la promoción y/o estipulación de negocios jurídicos en interés de otros, bien bajo una composición de intereses de carácter jurídico-privado (mandato, comisión, agencia o mediación), bien bajo la composición de carácter jurídico laboral (representante comerciales o viajantes, factor de comercio y otros auxiliares del empresario). Pero si la gestión es desempeñada por sujetos que tienen la condición profesional de empresarios, el círculo se reduce a los contratos de comisión, de agencia y de mediación o corretaje. Los tres contratos tienen en común un contenido obligacional genérico: por virtud de ellos una de las partes (gestor), se obliga a promover negocios jurídicos en los cuales tiene interés la contraparte (encargante), la cual, a su vez, retribuirá a aquélla, normalmente, en virtud del resultado de la gestión objeto del contrato».

[913] La distinción entre gestión en sentido amplio y en sentido estricto no es nueva. V. al respecto DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 11-244, quien al reconsiderar la línea argumental que el mismo autor ofrecía en un trabajo anterior hace distinción entre gestión de negocios en sentido amplio [tesis mantenida en "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 555] y gestión en sentido estricto.

[914] La idea de cooperación jurídica ha sido recogida por la doctrina. V. DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 29-30: la gestión de negocios ajenos se encuadra «en la vasta categoría de los negocios que tiene por objeto la realización de la cooperación jurídica, como la representación, el mandato, la comisión». Respecto a la referencia a la sustitución se indica que a través de «una genuina interposición se pretende... subsumir la voluntad de alguien, el mandante, en la actuación gestoria lícita de otro, el mandatario, alcanzándose así el efecto de convertir de un modo pacífico y legítimo la ausencia física de una persona en presencia jurídica capaz de desplegar toda la eficacia jurídica deseada»; v. LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 25. En una línea semejante, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 14, subraya que la «actividad de colaboración o de sustitución permite el efecto de convertir la ausencia física en presencia jurídica, produciéndose de tal modo que la voluntad del destinatario final del resultado de la actuación sea subsumida en la del agente u operador». V. también LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 225; PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 159-160. Sobre la idea de cooperación jurídica, v. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 37 ss.; id, "Il rapporto di gestione sottostante alla rapresentanza", *Studi sulla rappresentanza* (1965) 157 ss.

[915] Cfr. con VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 673, que distingue los contratos de gestión respecto de los contratos de colaboración y asociativos en que «el empresario comisionista, agente o corredor no defiende un interés propio sino el interés de la otra parte, y a estos efectos la "*representa*" tanto si está facultado a contratar en su nombre (verdadero "poder de representación") como si no, es decir, se limita a promover sus negocios».

principal con la finalidad de constituir, modificar o extinguir una relación o una situación jurídica.[916] El gestor puede encaminar su declaración de voluntad a dar vida a negocios unilaterales, bilaterales o plurilaterales actuando por cuenta e interés del principal.[917] A su lado, las declaraciones de voluntad no negociales se incluyen entre los actos que conforman el objeto de la prestación gestora. En este caso, aún cuando el gestor no puede regular normativamente los intereses del principal, puede afectar su esfera patrimonial por el uso que haga de sus facultades gestoras, encaminadas fundamentalmente al cumplimiento de obligaciones y a la realización de otros actos de ejercicio de derechos o facultades del principal.[918] Finalmente, dentro de las declaraciones de voluntad presentan cierta singularidad aquellas declaraciones del administrador de una persona jurídica a través del sufragio o voto dirigidas a la formación de la voluntad social a través de acuerdos sociales en el seno del órgano de administración.[919]

[916] Sobre el concepto de negocio jurídico, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 73, en el sentido arriba expresado. V. también, LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 140-1.

[917] Sobre las clasificaciones de los negocios jurídicos según el número de partes que intervienen en el negocio, v. LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 232-3; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 75-7.

[918] Las declaraciones de voluntad no negociales son de una gran variedad: requerimientos dirigidos al deudor, la formulación de una pretensión, la intimación, la interpelación necesaria para la constitución en mora, el ejercicio de una facultad de optar son declaraciones de voluntad, etc. V. DEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 482, 485-6.

[919] V. *infra*, núm. 127.

2.
Causa y función económica del negocio de gestión

a) Introducción

Planteamiento

35. Como venimos señalando, la relación jurídica que se contiene en el tipo empírico que denominamos relación gestora se caracteriza por un fundamento común que encontramos en relación a la causa del negocio gestor.[920] Nuestro interés se centra en la idea de causa en el sentido de función económica entendida como causa final o resultado práctico pretendido por las partes.[921] En el estudio de la causa como razón de la función del negocio encontramos determinados elementos singulares de la relación gestora que permiten delimitar la figura respecto de otros negocios, y encontrar la razón de su tutela por el ordenamiento.[922] Finalmente, a través de la

[920] Se hace mención a la causa del contrato para referenciar el fundamento de un negocio jurídico, es decir, «la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento jurídico» [DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 231]. Sobre el concepto de causa del negocio v., DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 191-192, quien señala que la función que nuestro ordenamiento atribuye a la causa consiste en «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales». V. también GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual* (1979) 597, al señalar que la causa contractual «es la manifestación más clara de la función que desarrolla en el contrato». Sin embargo es sabido que «[e]l concepto de "causa" dentro de la teoría del contrato es, seguramente uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil» [DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 215]. Como señala este autor, id., p. 232, «la delimitación del concepto de causa sólo es posible partiendo de una diferenciación entre tres ideas de causa: a) causa de la atribución; b) causa de la obligación; c) causa del negocio». De estos tres elementos interesa ahora el estudio de la causa del negocio, en la medida que nos permite responder a la pregunta de por qué se celebró el contrato [id., p. 233].

[921] Por causa concreta «se entiende el propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar», con independencia de los móviles sicológicos que mueven a las partes a la celebración del contrato [DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 236]. Sobre la causa concreta v., DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 228-229.

La causa concreta no se confunde, sin embargo, con la causa del tipo negocial, como valoración del negocio implícita en el tipo previamente ordenado por el ordenamiento jurídico. Tampoco con la causa determinante o eficiente del negocio. En este sentido, la causa eficiente del negocio gestor será comúnmente el intercambio de servicio por precio. Sobre la relación gestora como negocio oneroso o lucrativo, v. *supra*, núm. 16.

[922] Al menos desde las teorías objetivas, se señala que la función del negocio permite definir y delimitar los tipos negociales. Además, se entiende que la protección de un determinado negocio jurídico se fundamenta en que «es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento» [DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 217, 234]. En este sentido, GIRON, *Derecho de Sociedades* I (1976) 199, señala que, en su acepción objetiva, la causa se entiende como la «finalidad económica ínsita en la configuración del negocio jurídico que explica que sea acogida por el ordenamiento positivo». Para GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 337, el concepto de causa en todo contrato «se identifica con el fin o finalidad típica y constante que persiguen los contratantes y que al Derecho objetivo le sirve para diferenciar los distintos tipos de contrato». Además, la función económica o finalidad perseguida por los contratantes resulta idónea para la clasificación de los contratos. V. id., *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 96. Otros autores identifican la causa del contrato con «la finalidad económico-social del mismo que justifique su acogida y tipificación por parte del ordenamiento jurídico». V. SAENZ GARCIA DE ALBIZU*, El objeto social en la sociedad anónima* (1990) 41. En semejante sentido, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 106, entiende que «[l]a causa es la función económico social del acto de la voluntad; es, como la definen los informes que acompañan el Código Civil, "la justificación de la tutela de la autonomía

causa del negocio de gestión obtenemos la pauta para solventar los conflictos de intereses que son comunes en todas las relaciones de gestión a través de la atribución de una protección singular a los intereses del principal.[923]

Función económica

36. Por definición, la obligación gestora se predica respecto de un comportamiento que una persona realiza en favor de otro. Consiguientemente, la figura estudiada se distingue de las relaciones en las cuales las partes defienden sus propios intereses, con lo cual, en una primera aproximación, la gestión se caracteriza por la prestación de servicios en interés ajeno. Sobre esta base, la gestión se configura como una relación de medio a fin: la actuación por cuenta de otro sirve de medio, a través de la prestación gestora de sustitución, para la satisfacción del interés ajeno o interés del principal, que es la finalidad por la cual se constituye la relación. Con ello, la función económica o finalidad práctica distintiva de la gestión ajena, que a la vez coincide con el interés protegido o tutelado por el ordenamiento en sus distintos tipos normativos, consiste en la obtención de determinados fines de interés para el principal a través de la actividad sustitutoria del gestor. Para la mejor comprensión de esta afirmación resulta útil descomponer sus elementos: de un lado, la prestación gestora o actuación por cuenta ajena y, de otro, la finalidad o interés ajeno a la que va dirigida la actuación del gestor.

b) La actuación por cuenta ajena

37. El análisis del primero de sus elementos permite distinguir las tres notas que caracterizan que componen la actuación por cuenta ajena: la colaboración, la sustitución y la legitimación.[924]

Colaboración en la prestación de servicios

38. La actuación del gestor se manifiesta como una actividad de colaboración o cooperación en la esfera ajena de intereses. Dentro de la categoría de la colaboración, la gestión se afirma entre el grupo de contratos que comportan la prestación de servicios en interés de otros.[925] En tales contratos una persona se compromete a desarrollar un comportamiento o prestación de hacer que se concreta en realizar determinada conducta en favor de otro con el compromiso de procurar la promoción o defensa de sus intereses.[926]

---

privada"». V. también la clasificación de los negocios obligatorios de BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 67, según el criterio de su función económico-social típica: «la función de cambio de la función de crédito e incluso de otras funciones sociales de cooperación: cooperación asociativa, cooperación gestoria, cooperación personal de trabajo, cooperación consistente en la prestación de un resultado (opus), cooperación de garantía (satisfactoria)» (p. 94; v. pp. 95-110.).

Sobre la crítica a la objetivación de la causa, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 228. Sobre la relevancia del aspecto económico en la causa, v. MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 795. Sobre la tipicidad contractual, v., GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual* (1979) 13-52.

[923] Observa DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 216, que «[u]na pluralidad de conflictos típicos tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa».

[924] La actuación por cuenta ajena es nota común de todos los contratos de gestión de negocios. V. GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2830, nota 43; v. ibi, para la doctrina histórica relativa a este particular; LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di dir. civ. e comm.* (1984) 36, señala que la expresión "actuar por cuenta ajena" compendia el fenómeno característico de todos los supuestos de cooperación gestora.

[925] V. *supra*, núms. 20 ss.; *infra*, núms. 41 ss.

[926] La categoría del contrato de colaboración es de elaboración doctrinal, fundamentalmente mercantil, y no ha sido objeto de una sistematización definitiva. Los autores han desarrollado la figura con carácter fragmentario con la idea de reunir en un mismo tipo general

La sustitución jurídica

39. La segunda nota que caracteriza la actuación por cuenta ajena se refiere a la prestación gestora. De un lado, el comportamiento del gestor sustituye al principal o titular del interés.[927] Por sustitución se entiende la conducta de un sujeto, el gestor, que realiza actos en la esfera de intereses de otro, de tal forma que su actividad gestora afecta de forma directa o indirecta al sustituido.[928] De otro lado, en la medida que la colaboración de sustitución gestora excluye la colaboración material, la actividad de sustitución del gestor consiste en realizar declaraciones de voluntad por cuenta del principal.[929] Esto es, que en su actuación está expresando o manifestando la voluntad del principal.[930]

---

relaciones con rasgos comunes. De ahí que la delimitación de la figura y las clasificaciones no siempre resultan equivalentes. En términos generales, señala JAEGER, *L'interesse sociale* (1972) 126, que «en todo tipo de contrato está presente un principio de colaboración, que consiente en superar el contraste de intereses entre las partes...». Sin embargo los contratos de colaboración requieren un elemento distintivo que viene a ser el compromiso de procurar el interés de otro. A respecto, MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 224-5, precisa que la cooperación o colaboración en el contrato ajeno implica «la común y constante connotación negativa de provenir de un sujeto que no es parte -en sentido sustancial- del contrato»; esta parte «explica su actividad, en concurso con la actividad de la otra, aunque de forma independiente...» (id., p. 796). V. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione* (1984) 36, 110 ss. Según GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 96, los contratos de colaboración o de cooperación son aquellos «en los cuales una de las partes desarrolla su actividad en ayuda o concurso a la actividad ajena». VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 669, caracteriza los contratos de colaboración «por la comunidad de fin entre las partes: instrumentan la asociación entre dos o más sujetos con fines empresariales o profesionales, sin constituir un fondo común con sus aportaciones, que permita calificarlos ni como contrato de sociedad (sic) ni como "Agrupación de Interés Económico"». Id., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 224-225. V. ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 261, ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 121.

La expresión contratos de colaboración aparece en la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia, en cuya exposición de motivos (párr. 1.1) se señala que el CdC «no regula más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios».

[927] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 31, apunta la idea de Ihering según la cual a un negocio jurídico ajeno se le puede prestar una colaboración una colaboración jurídica o una colaboración puramente fáctica o de hecho, en cuyo caso la cooperación posee el carácter de una mera prestación de un servicio.

La sustitución tienen un amplio reconocimiento entre la doctrina referida de la gestión ajena. DE LA CAMARA, "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 573; GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 622-3; CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 492; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 225, 231. Sobre la idea de sustitución en relación con la actuación por cuenta ajena, v. LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di dir. civ. e comm.* (1984) 1-39; MINERVINI, *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte* (1959) 11-2.

Con menor precisión sobre la idea de sustitución, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 14, habla de «interposición gestoria»; PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 23, se refiere a la actuación del comisionista «como un medio para la realización de otra actividad, generalmente, de otro contrato...».

[928] GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 623; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 225.

[929] V. *supra*, núm. 33.

[930] En relación a la representación, FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 881, precisa que «[l]a representación no es "sustitución en la voluntad", sino sustitución en la realización de un

La legitimación

40. Finalmente, la actividad de colaboración que permite lícitamente la sustitución del interesado por otro requiere estar autorizado para ello. Es decir, debe existir una atribución de poderes y facultades para quedar legitimado para llevar a término la actividad por cuenta de otro. Esta legitimación tiene su origen en un acto del principal por el cual éste realiza un encargo y le autoriza, expresa o implícitamente, a que realice determinadas prestaciones relativas a la gestión de sus intereses.[931] La legitimación puede darse una vez se ha realizado la conducta a través de la ratificación posterior del negocio realizado.[932] La autorización de los actos de representación directa se produce a través del acto de apoderamiento, mientras que en la administración o en el factor van implícitos en el nombramiento.[933]

c) La actuación en interés ajeno

Potestades

41. Los poderes atribuidos al gestor no le han sido dados para que éste realice sus propios intereses sino para que el gestor realice los intereses del principal. En este sentido, los poderes no pueden ejercerse de forma libre, sino al servicio y en función de los intereses del principal, siguiendo sus instrucciones y con fidelidad al encargo recibido.[934]

---

negocio jurídico. El representante realiza el negocio jurídico, esto es, cumple en su persona el supuesto de hecho del negocio jurídico, él celebra, por ejemplo, el contrato».

[931] Recoge esta idea GONZALEZ ENRIQUEZ, "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 95, quien señala que el encargo del principal «implica una "autorización" para ingerirse en la esfera jurídica del mismo; empleamos aquí la palabra autorización en el sentido que nos parece más técnico, esto es, en el de acto de la voluntad de una persona por el cual se admite la licitud de los actos de otra que invaden la esfera jurídica de la primer. La autorización es, pues, condición de licitud de la inferencia en una esfera jurídica ajena, no condición de eficacia de la misma»; v. más ampliamente, id, pp. 95-99. V. también HERNANDEZ MORENO, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil", RJC (1980) 415; 395-396, para quien «las expresiones "por cuenta" y "por encargo" no han de ser necesariamente sinónimas, arg. ex. arts. 1158,2º ["el que pagare por cuenta de otro..."], 1684,1º "in fine" 1 ["hubiese dado el recibo por cuenta de solo su haber, pero si lo hubiese dado por cuenta del haber social, se imputará todo en éste], en los que la expresión "por cuenta" hace referencia a la imputación objetiva de la ajeneidad, cuya discrecionalidad es independiente de la idea de encargo previo». Cfr. con CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 225, para quien «la expresión "por encargo" es sinónima a la de "por cuenta"». De su parte, LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 28, puntualiza que el aspecto de la autorización «alusivo y rayano en el más amplio de la legitimación... [es] un precepto a caballo entre la mera cooperación y la verdadera sustitución de la voluntad del principal».

[932] Sobre la ratificación, v. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 199 ss. y doctrina allí señalada; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 184-189.

[933] V. *infra*, sub. II.

[934] En este sentido, la naturaleza de los poderes conferidos al gestor se enmarca en el ámbito de las potestades. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema,* I (1995) 218; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 75; LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Relación jurídica (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5762-3. En estas citas se pone de manifiesto que las potestades han sido estudiadas en buena medida dentro del derecho de familia y sucesorio (patria potestad, tutela, albaceazgo, etc.). Sin embargo, tales poderes no son derechos subjetivos, facultades, expectativas ni acciones; por exclusión, la figura residual que más se ajusta a los poderes del gestor coincide con la potestad. Sobre las figuras mencionadas, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 69-80. Sobre la actuación del representante en beneficio ajenos, v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 777-778. V. también, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 153-4.

42. En concordancia con ello, la finalidad económica de las relaciones de colaboración que denominamos gestoras reviste la nota de la actuación en interés ajeno.[935] El significado de esta expresión compendia un triple aspecto, subjetivo, objetivo y finalista, a través de los cuales se explica, qué intereses pueden considerarse gestores, la titularidad del negocio gestor y sus efectos y la relevancia del interés en la ejecución de la gestión.[936]

Círculo de intereses gestores

43. En primer lugar es preciso acotar la relación gestora en virtud del círculo de intereses ajenos a los que puede entenderse que remite la gestión. La cuestión se plantea al delimitar si la gestión además de comprender el interés exclusivo del principal, abarca también el interés común del gestor y principal y, eventualmente, el interés de un tercero.

44. La gestión puede hacerse en interés exclusivo del principal o en interés común, en cuyo caso se plantean supuestos distintos.[937] En primer lugar pueden considerarse

---

[935] El carácter ajeno de la gestión es la característica que sobresale en las relaciones gestoras. Para la representación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 97. En general sobre las relaciones gestoras, v. BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 568; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820.

V. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372: «El representante debe contratar "en el interés" del representado (art. 1388): no puede utilizar el poder de representación que le ha sido concedido para realizar su interés (o el interés de un tercero) en lugar del interés del representado.»

[936] La expresión "el gestor presta sus servicios en interés de otro" puede resultar equívoca, pues toda prestación es un medio para la satisfacción del interés de otro, el acreedor del mismo. Sin embargo, el interés ajeno en la gestión despliega un sentido especial en la medida que es la idea que preside la finalidad de la relación obligatoria.

La idea de interés está presente en la doctrina general de la obligación, en la medida que el objeto de las relaciones patrimoniales, como bienes económico, ha de ser «susceptible de proporcionar utilidad o de satisfacer un interés de la persona»[DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 56]. También desde una perspectiva general, el interés se entiende como aspiración de un sujeto respecto de un bien. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 209. En este contexto, la expresión interés abarca un ámbito más amplio al del interés protegido o al derecho subjetivo. Sobre la distinción de los anteriores, v., TUHR, *Derecho civil*, I (1998) 57-60. Sobre la relación entre derecho e interés, v. TUHR, *Derecho civil*, I (1998) 62-64; como señala el autor, «[a]sí como hay derechos subjetivos que no están motivados por un interés del sujeto, a la inversa hay intereses que tienen protección jurídica, pero no son objetos de derechos subjetivos, porque su protección no se funda en un poder de voluntad de los interesados»; id, p. 63. Sobre la idea de utilidad en la gestión en el ámbito de la gestión oficiosa, v., SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 212-294.

[937] El mandato puede basarse, en el interés exclusivo del mandante, en interés de mandante y mandatario, tanto si el mandato se realiza sobre negocio objetivamente común (mandato sobre cosa o derecho de que son copropietarios mandante y mandatario) , como si se trata de un mandato sobre negocio subjetivamente común (el negocio gestionado es común por la atribución de los resultados del mismo a ambas partes) -excluyendo el llamado mandato de crédito-; y tercero, en interés de mandante y tercero, excluida la estipulación en favor de tercero. V. CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 222-245. En relación a la gestión oficiosa v. SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 83, 85; PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 448; DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 77-78. Este autor añade que cuando «el interés fuese del gestor, surgiría la figura de una gestión llamada *impropia*, faltando en ella el requisito ahora señalado». Cfr. con DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888-1891 CC», *Comentario del CC* (1993) 1944, quien indica que «[e]l negocio es ajeno porque son de otro los bienes o los intereses que se tutelan. No existe, en este sentido,

los casos de titularidades comunes en el propio negocio, tal como sucede en la gestión del comunero de asunto de una comunidad de bienes o en la administración de sociedad civil o mercantil, personalista o capitalista, en los casos de coincidencia de las condiciones de administrador y socio de la sociedad. En tales supuestos, la doble condición del gestor no modifica su posición gestora, ni el interés gestionado.[938] En segundo lugar, se distinguen los casos en que el negocio gestionado es titularidad del principal, mientras que el gestor participa en el resultado, hipótesis que sucederá siempre que el gestor vincule su remuneración al resultado obtenido.

45. No se considera relación gestora típica el contrato o estipulación en favor de tercero, dado que su causa se desplaza al interés del tercero y no del principal.[939]

Titularidad, fines y medios

46. La segunda cuestión que corresponde plantear sobre la idea de interés ajeno responde a la precisión de los conceptos de titularidad del negocio, fines del negocio y objeto y medios materiales para conseguir el fin. Lo primero que se pone de manifiesto en el actuar en interés ajeno reside en que el gestor no es parte de la relación jurídica ni es titular del acto jurídico de ejecución. Por el contrario, el principal es el titular de los actos y negocios gestores, salvo en aquellos casos de representación indirecta en el cual el gestor actúe por cuenta del principal pero en nombre propio.[940]

---

gestión de negocios ajenos cuando la persona que actúa obra en interés propio, aunque de manera indirecta pueda favorecer los intereses de otro (p.e.j., el que espontáneamente repara un camino que sirve de linde entre dos propiedades contiguas)».

[938] Esta es también la solución que debe aplicarse al comunero en la administración de la cosa común. Su posición se asemeja a la del socio administrador, en la medida que, según establece el art. 398 CC, para «la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes», mayoría que resulta de los intereses o cuotas. V MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Comunidad de bienes (Dº Civil)», EJB, I (1995) 1321.

[939] Sobre la figura del contrato en favor de tercero v., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 403 y ss.; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 92 y ss.; COCA PAYERAS, Voz: «Contrato en favor de tercero (Dº civil)», EJB I (1995) 1639-40. La relación estructural del contrato en favor de tercero mantiene semejanzas con la gestión, si bien su finalidad económica es distinta, pues la satisfacción del interés del *dominus* consiste en la atribución de un derecho a una prestación de servicios a un tercero. Según DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 403: «[e]n un sentido estricto y desde un punto de vista técnico, contratos en favor de tercero son únicamente aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda por consiguiente obligado ni vinculado por él». Además, las relaciones entre las partes, de cobertura, entre estipulante y promitente, de valuta, entre estipulante y beneficiario, y la relación entre promitente y beneficiario presentan elementos diferenciales respecto de la gestión. V. id., pp. 412-415.

Con todo, se defiende la gestión con una estructura atípica, según la cual el mandante encarga la gestión de los intereses de otra persona. V. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 623, al subrayar que «La actividad objeto de la sustitución puede consistir también, a su vez, en una gestión de negocios ajenos, de tal manera que el gestor viene a sustituir al "dominus" en la gestión de los negocios de un tercero. Es el caso, por ejemplo, del mandato para gestionar los negocios de un tercero ("mandatum aliena gratia")». En el mismo sentido, id., "La esencia del mandato", RDP (1944) 773. V. también, BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 170-171; LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 27 y nota 13.

[940] En la representación, el hecho de que el interés tutelado sea el propio asunto o negocio gestionado «significa que el asunto ("res") gestionado es, en realidad, suyo [del principal]». V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 52.

47. En segundo lugar, el interés del principal sobre el acto o negocio reside en el fin económico contenido en el encargo. Aunque tales fines patrimoniales vendrán a determinarse en el resultado de la gestión, no se confunden con el mismo, pues el fin inicial y conductor de la gestión y el resultado de las gestiones practicadas eventualmente coincidirán o pueden ser diferentes, ya sea porque favorecen al principal, ya sea porque le causan un perjuicio.[941]

48. En tercer lugar, para el logro de los fines gestores, el principal puede poner a disposición del gestor determinados medios de los cuales es titular Estos medios, singulares o un conjunto formado por un patrimonio unitario, pueden tratarse de bienes, derechos u obligaciones (gestión de pasivo) que serán usados para el desarrollo de la gestión según los términos de la autorización gestora.[942] A su vez, tales medios no deben coincidir en todos los casos con el objeto material sobre el que recae la gestión, especialmente en los supuestos de administración de patrimonios.

Efectos gestores

49. La tercera cuestión relativa al interés ajeno respecto de la que conviene reflexionar reside en que la ajeneidad responde a la idea de la satisfacción del interés o fin económico del principal. En efecto, lo que verdaderamente caracteriza el interés ajeno es la vinculación del principal con el resultado de la gestión, en la medida que a través del mismo se manifiesta el interés económico, interés útil o utilidad primordial perseguida.[943]

---

[941] V. *infra*, núm. 51, actividad promotora.

[942] Sobre los mismos puede residir una especie de titularidad representativa o de gestión o titularidad fiduciaria. Para DIEZ-PICAZO, / GULLON, *Sistema de Derecho civil*, I (1995) 424, en la primera, el derecho «se atribuye a la persona para que gestione y defienda el interés ajeno». Mientras que en la titularidad fiduciaria, «externamente el derecho es atribuido al titular (fiduciario) con una titularidad plena, pero ésta se encuentra internamente limitada por un pacto entre el fiduciario y el verdadero titular (fiduciante), por virtud de la cual corresponde a este último y la atribución al primero se lleva a cabo para la consecución de fines particulares...».

En la doctrina relativa a la gestión oficiosa se plantea el problema práctico de determinar si existe ajeneidad en el negocio, distinguiendo al respecto entre criterios objetivos o subjetivos. La solución de este problema ha seguido diversas soluciones doctrinales, recogidas por GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 621-622; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 97-98; DE LA CAMARA, "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 585; PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 404; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 75 ss., 76-83. En relación a los efectos a terceros, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 98: «En términos generales, puede decirse que a los terceros les afecta la alienidad cuando esa alienidad ha quedado exteriorizada o era normalmente recognoscible con una diligencia media.. En todos los demás casos, en cambio, la presunción debe ser que cada uno gestiona asuntos propios e intereses propios, a menos que tal presunción resulte destruida».

[943] Desde distintas aproximaciones, la doctrina llega a la misma conclusión. Al respecto, DE LA CAMARA, "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 585, encuentra la esencia del mandato en la «atribución al mandante de los resultados del negocio realizado por el mandatario». LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di dir. civ. e comm.* (1984) 46, examina la ajeneidad del asunto a través de su entendimiento como la finalidad misma de la operación económica; particularmente, el asunto se ve como una síntesis de todo resultado favorable o desfavorable del acto gestor. En parecidos términos, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 63, aborda la cuestión señalando que «lo ajeno no es el acto o el negocio, sino el interés que a través de ese acto o de ese negocio busca su realización o su satisfacción». MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 24, concreta algo más la cuestión al precisar que el interés ajeno quiere significar que «los resultados prácticos de esa actividad, los beneficios y las ventajas que de ella se derivan, van a ser aprovechados por otro. Servicio, en puridad de conceptos, es el desarrollo de una

50. Desde el punto de vista jurídico, esta cuestión se traduce en la recepción del principal de los efectos derivados de los actos de ejecución. Estos efectos repercuten en la esfera del principal, por el hecho de que el gestor ha realizado las declaraciones de voluntad por cuenta ajena.[944] La idea que aquí pretende subrayarse consiste en que el contenido y finalidad de la relación gestora se orienta hacia la posibilidad de que el principal pueda hacer suyos los beneficios obtenidos de la gestión, con independencia de que el gestor manifieste o no por cuenta de quien actúe. Sin embargo, los mecanismos de atribución legal de los efectos gestores al principal varía según la forma de ejecución de los actos de gestión. Al respecto, en la gestión manifiesta derivada de la *contemplatio domini*, el principal deviene parte de las relaciones jurídica creadas por la gestión y titular de los derechos y obligaciones derivadas de los actos de gestión (p.e., respecto de los acuerdos sociales, de los actos de representación frente a terceros, de los negocios unilaterales –constitución de poderes, emisiones de títulos valores, renuncia de derechos– etc.). Por el contrario, en la gestión oculta operada a través de la representación indirecta, los efectos son, en principio, de carácter obligacional entre las partes de la relación gestora.[945]

Actuación promotora del

51. La última cuestión a tratar en relación a la actuación en interés ajeno reside en el deber del gestor de toda relación gestora de promover el interés del principal.[946] En

actividad con la finalidad primordial de proporcionar a otra persona las ventajas o los resultados de esa actividad». De ello se sigue que «no hay servicio sin esa contemplación de la *alienidad* del resultado, esto es, sin el intento (conseguido o no, esa es otra cuestión) de reportar una utilidad a otra persona. El servicio ha de reportarse como útil». Además, «[l]a atribución al mandante de los resultados del mandato no sólo es una nota característica del contrato, sino también parte integrante de su contenido». Siguiendo el mismo razonamiento, PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 171. Para GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820, la relación de «"alienidad"... significa la trascendencia para otro de lo actuado por una persona, [y] comporta o presupone una situación de preeminencia de la persona afectada; es decir, de quien recibe los efectos de la gestión desempeñada por otro, en su nombre o por su cuenta». Sobre la utilidad en la gestión oficiosa, v. PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos* (1986) 366-406.

[944] En la medida que el gestor actúa en sustitución del *dominus*, «los resultados de su actuación deben ser atribuidos al "dominus", como si él mismo los hubiese causado». V. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 622.

[945] En general, sobre la titularidad en las relaciones jurídicas, v LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 33; DIEZ-PICAZO, / GULLON, *Sistema de Derecho civil*, II (1995) 136; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 157. Sobre la titularidad de derechos, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema de Derecho civil*, I (1995) 424. V. también RUIZ-RICO, *La representación en interés del representante* (1985) 251, que siguiendo a PUGLIATTI, distingue entre interés económico e interés jurídico. Al respecto señala que lo habitual en la representación es que «el representado tenga las dos clases de intereses, el jurídico para la adquisición de la titularidad sobre el bien o cosa objeto del asunto gestionado por el representante y para la producción en su patrimonio de los efectos jurídicos deseados, y el económico, por cuanto acrece su patrimonio de forma manifiesta como consecuencia de la citada gestión». La titularidad a favor del principal también recae en las expectativas creadas por la actuación del gestor. Sobre la idea de *expectativas* y *esperanzas*, v. LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 76, sobre las cuales se dice que, en general, «constituyen derechos *in fieri*, a falta de algún requisito para su nacimiento, o perspectivas de adquisición de derechos…». V. *infra*, núm. 98, sobre los efectos de la representación indirecta.

[946] Esta idea está presente tanto en la gestión manifiesta como en la gestión oculta. Este es también el parecer de BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 568, cuando apunta que la característica el interés ajeno de las relaciones gestoras «se manifiesta independientemente de que se verifique la legitimación para actuar en nombre de otro, es decir,

gestor

este punto no nos referimos al deber de ejecutar la prestación, sino a la orientación que debe seguir el gestor tanto en los actos preparatorios como en los de ejecución. El hecho de que la actuación del gestor deba hacerse en interés del principal y que éste sea el titular de los efectos de la gestión ajena constituye un elemento esencial del concepto de gestión y del contenido de la relación de gestión. En este sentido, la dirección promotora del interés del principal no sólo sirve a la función dogmática de construir el tipo gestor, sino que, al configurar el elemento causal de la relación, está presente en toda la vida del contrato. A estos efectos encuentra su trascendencia jurídica tanto en la interpretación como en la integración del negocio gestor. En esta dirección, toda actuación del gestor relativa a un encargo concreto deberá estar presidida por esta finalidad última y general que caracteriza la relación gestora.[947]

Fundamento del deber de lealtad

52. La finalidad ajena cumple así una misión de primer orden para la determinación e integración del contenido de la obligación gestora.[948] De un lado, establece una directiva promotora hacia el interés ajeno y, de otro, limita la actuación del gestor al marco de comportamientos no interesados. A través de esta doble dirección, de actividad promotora y de delimitación de su poder frente al conflicto de intereses, es dónde encontramos la trascendencia de la finalidad ajena en el contenido de la relación gestora.[949]

53. En efecto, el fin económico ajeno a perseguir constituye un elemento definidor de la conducta debida del gestor durante todo el desarrollo de su actividad gestora. Este aspecto finalista se orienta hacia la obligación de promover la consecución del fin gestor y de realizarlo en interés del principal. En su aspecto obligatorio, la idea de promover el interés a favor de otro consiste en una directiva de comportamiento que no sólo obliga al gestor a perseguir esa finalidad, sino que le impide promover intereses contrarios. Es decir, si el gestor actuara en su interés, su comportamiento sería contrario a la finalidad gestora. Consiguientemente, todo comportamiento interesado del gestor resulta contrario a la causa del negocio.

54. Las ideas reflejadas en este apartado contribuyen a explicar el alcance del elemento causal en la obligación gestora y, en particular, su relación con el fundamento del deber de lealtad. Al respecto, el deber de lealtad tiene un fundamento causal en virtud de que la causa del contrato establece la directiva de

según la terminología clásica, independientemente de la *contemplatio nomine*. Así, tanto la llamada representación directa cuanto en la llamada indirecta, y tanto en la que se ha dado en llamar representación necesaria (representación legal y orgánica) cuanto en la voluntaria».

947 En palabras de MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 24, «la utilidad para otro ha de ser la finalidad primordial del desarrollo de la actividad». V. también LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 231, quien indica, como nota fundamental del mandato, que la actividad del mandatario ha de ser en interés del mandante (alienidad).

948 DIEZ-PICAZO, *La representación* (1979) 99: El elemento fiduciario o confianza recíproca y mutua entre las partes, y básicamente la confianza del representado hacia el representante, el fundamento de la relación representativa, constituye un criterio de primer orden para integrar el contenido de derechos y deberes de esta relación.

949 V. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, «La représentation et les conflits d'intérêts en droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 271, siguiendo a GAILLARD, E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, núm 214, señala que la noción de poder ha sido identificada como «una prerrogativa conferida a su titular en un interés al menos parcialmente distinto al suyo». Ello implica que el uso del poder debe orientarse hacia el interés del representado, pues se trata de una prerrogativa dirigida a un fin (*prérogative finalisée*).

la actuación en interés de otro, lo que excluye el comportamiento dirigido a actuar en el propio interés del gestor. Si a ello añadimos que el tipo de actuación sustitutoria se corresponde con la realización de actos y negocios jurídicos que pueden afectar la esfera de intereses del principal, la actuación interesada del gestor no sólo significa un incumplimiento del negocio, por cuanto ello se contradice con la causa, también sino un riesgo para el patrimonio e intereses del principal.

55. En este sentido, la finalidad gestora adquiere carácter normativo, dado que el interés del principal se convierte en el bien jurídico a tutelar por el ordenamiento, junto al patrimonio y esfera de intereses del principal puestos en riesgo por la actuación interesada del gestor.[950] Esta protección jurídica, que se presta a través de diversos medios, se manifiesta a través de la exigencia del deber de lealtad del gestor, contenido propio de toda relación gestora.[951]

[950] En el ámbito de la representación se afirma que debe existir un bien jurídico o interés del representado que resulta tutelado. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 81.

[951] En general, sobre el contenido de la relación jurídica, v., DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 218; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 57 ss.; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 68.

II. FIGURAS GESTORAS TIPICAS

1. Introducción

a) *Figuras afines a la gestión*

Planteamiento

56. A la hora de examinar las figuras típicas que presentan los rasgos que caracterizan la relación de gestión resulta conveniente separarlas de aquellas otras que presentan afinidades con la gestión. A través de los elementos esenciales del tipo podemos reconocer y clasificar las relaciones gestoras y distinguirlas de aquellas otras que, aún cuando mantengan semejanzas, no reúnen los elementos propios de la noción de gestión que aquí se sugiere.[952] Para realizar esta tarea hemos de recuperar el razonamiento anterior cuyo corolario reside en que la nota esencial que define la relación gestora, tanto estructural como causalmente, se encuentra en la prestación de servicios en interés ajeno en el ámbito de la colaboración jurídica. Consiguientemente, se tienen por gestoras aquellas relaciones en las cuales el gestor sustituye al principal a través de un comportamiento que tiene como objeto realizar declaraciones de voluntad, sean éstas negociales o simples actos jurídicos. A partir de este argumento definidor del género de las relaciones de gestión, podemos diferenciar otras relaciones afines.

Relaciones de Colaboración

57. El primer grupo de relaciones que no tienen cabida en la gestión consiste en el conjunto de relaciones de simple colaboración, respecto de las cuales destacamos dos tipos diferenciados, pero con el denominador común de la exigencia de actuar a favor del interés ajeno de las partes. Este elemento de ajeneidad está presente, en primer lugar, tanto en los contratos de colaboración en sentido estricto (comisión, agencia y corretaje), como en los contratos de colaboración en sentido amplio (*factoring*, *leasing*, *engineering*, concesión, franquicia y publicitarios).[953]

---

[952] La necesidad de desarrollar una teoría y una clasificación de los tipos de gestión de negocios es algo ya recurrente en la doctrina. V. al respecto las notas de ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1968) 461-2 y la referencia al ensayo de ISELE [*Geschäftsbesorgung*, 1935] sobre la gestión ajena bajo el punto de vista del tipo. Al respecto Enguisch repara en que «se presenta la tarea de "desarrollar una teoría de los tipos de la gestión de negocios: una clasificación de los tipos más esenciales de gestión de negocios y de las más importantes variaciones en las consecuencias jurídicas, que a cada uno se aplican».

[953] Seguimos el criterio de MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 28, que distingue los "contratos de colaboración en sentido estricto" de los "contratos de colaboración en sentido amplio". Entre los primeros incluye los contratos de agencia, comisión y corretaje o mediación. Entre los segundos, da cabida a los a los contratos publicitarios, de *leasing*, *factoring* o *engineering*. La doctrina coincide en denominar contratos de colaboración a los primeros. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 96 (añade el mandato); URIA, *Derecho mercantil* (1995) 630; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 171 ss.; MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 435-436.

Menos consenso obtiene la segunda categoría al incluirse contratos diversos. V. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 124 (contratos de concesión y *factoring*); SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 188, se refiere al *factoring*; URIA, *Derecho mercantil* (1995) 630 (*factoring*, *leasing*, ingeniería, concesión, franquicia, publicitarios); MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 435-436 (concesión y franquicia). V. también MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 796, que al referirse a los contratos de colaboración o de cooperación, incluye el

58. En segundo lugar, en un marco aún más extenso, dentro de los contratos de colaboración se han ubicado otras relaciones relativas a la edición, los contratos cinematográficos, los auxiliares de comercio, los contratos de uniones de empresa, etc.[954] En tercer lugar, la cooperación también se encuentra en el contrato de sociedad y en las relaciones parciarias (aparcería, cuentas en participación, etc.).[955]

59. Sin embargo, como venimos señalando sólo algunos de estos contratos reúnen el requisito de la gestión en sentido estricto, como sucede con la comisión y la agencia representativa. En los demás contratos está ausente el elemento objetivo relativo a la prestación de servicios en interés de otro a través de la realización de actos o negocios jurídicos.

Prestación de servicios en interés ajeno

60. Un segundo grupo de relaciones que agrupan a las relaciones de gestión en un sentido amplio presentan las características de la de prestación de servicio en interés ajeno. En esta categoría se aglutinan, de un lado, relaciones de colaboración como el mandato, la comisión, la agencia, la mediación, la asistencia técnica y los contratos publicitarios. De otro lado, también los contratos de servicios profesionales, prestados por abogados y procuradores, médicos, asesores, además de los contratos de depósito y los contratos relativos a relaciones laborales, en general, tienen en común el que un sujeto queda obligado a promover el interés ajeno.

61. De este grupo formado por las relaciones de prestación de servicios, la gestión excluye a aquellas relaciones cuya prestación, aunque colaboradora o de cooperación, vaya dirigida a realizar declaraciones de conocimiento o actos

---

mandato, la comisión, la comisión de transporte, el contrato de agencia, el contrato de representación, el contrato de ejecución.

[954] URIA, *Derecho mercantil* (1995) 630, se refiere a los contratos de edición y cinematográficos; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 275, a los auxiliares de comercio; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 226-237, a los contratos de uniones de empresa; el mismo autor id., *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 669-700, apunta que entre los contratos de colaboración «cabe destacar 1º) los contratos de unión o cooperación de empresa atípicos (“*joint ventures*”), de estructura puramente contractual, o sin sociedad/órgano, a los que sólo por analogía son de aplicación las normas del contrato de sociedad; 2º) estos contratos de “joint venture” cuando se instrumentan mediante una sociedad –generalmente una sociedad anónima o limitada; 3º) el *contrato de cuentas en participación*, de importancia práctica muy superior a la que revela su pobre regulación; 4º) los *convenios concursales extrajudiciales*, estipulados entre el deudor común, una empresa en dificultades, y todos sus acreedores, con el fin de evitar la declaración de quiebra o suspensión de pagos». V. también MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 796, para quien el contrato de cesión de patente o de marca también es un contrato de colaboración.

[955] Entre los contratos de colaboración la doctrina incluye también a los contratos asociativos o de organización y, en particular, al de sociedades. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 96; MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 796. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 427, distingue entre los contratos de *colaboración asociativa* (contrato de sociedad) y contrato de *colaboración simple* (comisión, agencia, corretaje, asistencia técnica, etc.). VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 226-237, y id., *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 670-1, subraya la importancia del contrato de cuentas en participación como contrato de colaboración. Sobre la exclusión del contrato de sociedad entre las relaciones gestoras, v. *supra*, núm. 3º:31.

materiales. Este hecho, es el que separa las relaciones afines más cercanas a la gestión, tales como las relaciones de prestación de servicios o de obra, la mediación, el depósito o las relaciones laborales. Con respecto a otras figuras típicas, la gestión ajena coincide parcialmente, tal como sucede con la gestión de negocios sin mandato y con el contrato de agencia, en la medida que la ambas admiten tanto las prestaciones materiales como las prestaciones jurídicas.[956]

Agency y fiduciary relationship

62. También resulta conveniente distinguir la relación de gestión con determinadas figuras afines del ámbito del *common law*, con las cuales mantiene una estrecha relación: la *agency relationship* y la *fiduciary relationship*.[957] La *agency relationship* mantiene notables afinidades con la relación gestora por darse, en ambos casos, una actuación por cuenta ajena, a su vez que se acerca a la representación en un sentido amplio y al mandato en particular.[958] Sin embargo, no puede confundirse

---

[956] V. *infra*, sub. II.2.c).

[957] Sobre la noción y caracterización de ambas figuras, v. Cap. 2º, sub. III.1.a).

[958] Así lo pone de manifiesto GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III-1º (1963) 536, nota 7, quien señala que «Agente ("Agent") es la persona a quien otra encarga la realización de toda clase de negocios, sea en su propio nombre, sea en nombre de la persona que confirió el encargo. Esta imprecisión se debe a que en la doctrina anglo-americana no se separan claramente la representación y el mandato y la representación directa e indirecta».

Para quienes participan de un concepto amplio de representación, como PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II.2 (1982) 402-403, «Es útil comparar el concepto angloamericano de *agency* con el de mandato. Las palabras *agent* y *agency* derivan de las palabras latinas *ago, agerns, agentis*, y significan que alguien hace o realiza alguna cosa, como nuestras palabras agentes y agencia. En sentido jurídico significa que una persona es utilizada por otra como medio de lograr un propósito de esta última. *Agency* significa la relación que existe entre dos personas, una de las cuales consiente ser representada por la otra o para o que ésta realice alguna gestión por cuenta de la primera... Seguramente el concepto de *agency* está más próximo al contrato de mandato del Código español, en el sentido de que ambos pueden ser gratuitos o retribuidos, representativos o sin representación directa. en el sistema angloamericano el mandante o principal puede ser *disclosed o undisclosed*, ostensiblemente representado o no. [E]n todos los casos la acción del *agent* deje jurídicamente conectados los intereses del principal o mandante y del tercero que ha contratado con el mandatario; es decir, no existe o no se produce la diferencia que deriva claramente del art. 1717 de nuestro Código, sino que incluso cuando el *agent* no manifiesta que actúa por cuenta ajena (*undisclosed* principal: principal no manifiesto, no representado directamente), resulta que el contrato celebrado con el tercero proporciona acciones directamente contra éste y contra el mandante».

De otro lado, tampoco existe simetría entre el denominado contrato de agencia y la *agency relationship*. Sobre ello v. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 43: ««agente"/ "agencia" y "agent" / "agency" son términos que hacen referencia a realidades muy distintas en Derecho continental y Derecho anglosajón». Id., p. 44, para el que la «noción de "agency" guardaría semejanzas con la representación en sentido amplio más que con el contrato de agencia continental -donde, por otra parte, ni siguiera existe representación en sentido jurídico (v. art. 6 LCA)-»; Id, p. 44-45: «El agente de comercio, tal y como se conoce en el resto de los Estados miembros, equivaldría, de forma más concreta, al *broker*, *sales representative*, o *independent contractor*, categorías que pueden o no entrar en la noción de *agency* tal y como se ha descrito... lo cual, sin embargo, no ha sido óbice para que la normativa británica de adaptación de la Directiva 86/653 haya optado por la denominación "*commercial agent*"... En consecuencia, el *common law of agency* británico es una realidad que bien poco tiene que ver -salvo en la coincidencia etimológica- con el concepto de agente tal y como se desprende de la Directiva 86/563/CEE». id, nota 46: «Con todo, no han faltado tampoco autores que ha querido poner de relieve las conexiones entre *agency* y contrato de agencia. Cfr. así, ZANELLI, E., *Studi sull'agenzia nel sistema delle imprese ausilarie*, Milano, 1970, en particular págs. 86 y sigs. Para este autor, cabría aislar una "zona scoperta", que vendría constituida por la representación "impropia", "en sentido lato" o "económica" -en la que puede encuadrarse la

con la gestión en sentido estricto en la medida que la *agency relationship* se caracteriza porque el agente está sujeto al control directo del principal, hecho que no siempre sucede en la relación gestora, como así sucede en el caso de la relación de administración.[959]

63. A su lado, la figura que más se aproxima a lo que entendemos por relación gestora, sería la *fiduciary relationship*. Con todo, esta figura tiene un ámbito de aplicación más amplio, en tanto que en ella caben las relaciones que tienen como objeto la ejecución de prestaciones materiales. Lo más relevante de la relación fiduciaria para nuestro estudio reside en la aplicación de los llamados deberes fiduciarios lo cual nos sirve de modelo comparativo respecto de su fundamento, contenido y ámbito de aplicación.[960] Además, su moderna reformulación en los *restatements* y otros documentos de relevancia doctrinal facilita su uso e interpretación.[961]

b) Figuras típicamente gestoras: gestión representativa y orgánica

64. Delimitado el ámbito de figuras gestoras a través del elemento de la colaboración en lo jurídico, se afirman distintas clasificaciones a fin de ordenar y estudiar los singulares tipos gestores. En esta tarea recogemos tanto las relaciones gestoras con tipicidad normativa como aquellas otras que tienen tipicidad empírica.[962] Por su origen legal cabe distinguir aquellas relaciones que encuentran su fundamento en la ley, tal como sucede en las relaciones de familia tales como la patria potestad, la tutela y curatela y la ausencia, que no son objeto de estudio en este trabajo. A su lado, se encuentran las relaciones gestoras de que tienen su origen en los

---

agencia- que, a su vez, se correspondería *grosso modo*, con la *agency* de Derecho anglosajón (p. 91)».

La configuración de los dos institutos presenta notables diferencias. Entre ellas, que en nuestra regulación el agente ha de ser un empresario, mientras que el *agent* puede mantener una relación laboral; el primero ha de mantener una relación continuada; el segundo puede ser esporádica; en cuanto el objeto de la relación, en nuestro Derecho se restringe a operaciones de comercio, cuando tal limitación no existe en el ámbito del *common law*, etc.

Nuestro Código civil, art. 1888 CC, también hace uso de la expresión agencia cuando se refiere a la «agencia o administración de los negocios de otro»; sobre su significado v. SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 67 ss.

[959] V. Cap. 2º, núms. 145, 146, 147, dónde se plantea esta distinción.

[960] V. Cap. 2º, sub. III.1, deberes fiduciarios.

[961] V. V. Cap. 2º, sub. III.1.

[962] Sobre los negocios típicos y los negocios atípicos v., DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 202-203; en particular, sobre los negocios atípicos, v. id, pp. 205-216; sobre la clasificación de negocios atípicos, id, pp. 206-207; sobre la tipicidad social, id, p. 207; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 359-366; DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, art. 1255; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 101-2; JORDANO BAREA, JB., "Los contratos atípicos", RGLJ (1953-2) 58-62; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II.1º, 3ª ed., p. 412-413. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 518-9». V. también, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 67-72 (distingue entre tipicidad legislativa y tipicidad social y postula la terminología de negocios compuestos o híbridos); COSTANZA, M., Il contratto atipico, Milán: Giuffrè (1991) 1-31; Id, «Il contratto atipico», en *Tipicità e atipicità nei contratti* , en Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, nº 53 (1983) 39-46; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 114-119; MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 683-689, sobre el contrato nominado o típico; id., pp. 690-1, sobre la noción de contrato atípico, sui generis o mixto; sobre la dificultad que ofrece ordenar los contratos atípicos (innominados), v. id. p. 700; a favor de la expresión negocio mixto, en sentido estricto; id. pp. 701-2. V. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 9-10, sobre el contrato atípico. En particular, v. las reflexiones relativas a la atipicidad gestora en ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 107, nota 7; PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 112.

negocios jurídicos patrimoniales.

Gestión representativa y orgánica

65. Al detenernos en este grupo de relaciones gestoras contemplamos dos grandes categorías.[963] De un lado, se encuentran los tipos singulares contenidos en el género de la gestión representativa voluntaria. Sus figuras más comunes son el mandato, la comisión, el factor mercantil, la agencia representativa y la fiducia. De otro, la colaboración jurídica se encuentra presente en la gestión orgánica. Los tipos singulares que forman este conjunto se extienden a la administración de las personas jurídicas, de cuyo ámbito nuestro interés reside en las particulares relaciones de administración de sociedades.[964]

66. A su vez, los tipos gestores que se agrupan en las relaciones representativas y en las relaciones orgánicas difieren en cuestiones estructurales y de organización y gobierno. Particularmente, las relaciones orgánicas singularizan su especie en la propia estructura y organización del principal de la cual forma parte el propio gestor, participando en la toma de sus decisiones a través de su actividad y, en especial, a través de sus declaraciones de voluntad que resultan necesarias para determinar los actos societarios. Ello justifica, en buena parte, su estudio separado.[965]

67. El segundo grupo de relaciones gestoras articulan su modelo básico en la relación representativa, entendida ésta en un sentido amplio. Desde esta orientación, se incluye en esta categoría tanto la representación directa como la representación indirecta, en la medida que en ambos casos se produce una sustitución o actuación por cuenta de otro y en su interés. Esta sustitución en la colaboración jurídica se produce a consecuencia de la existencia de una relación originaria de carácter gestor que sirve de base e integra la relación representativa.[966]

Gestión prestada por empresa

68. Con independencia de los modelos que analizamos a continuación, existen otras relaciones gestoras de naturaleza más compleja, entre las que destaca la gestión prestada por empresa. La nota característica de este tipo de gestión reside en que el gestor es una empresa, normalmente especializada en los servicios que presta. En unos casos, la gestión se desarrolla entre empresas, dando lugar a una gestión de una empresa por otra empresa.[967] En otros, la gestión por empresa se

---

[963] Lo relevante de ambas categorías reside en que sus figuras se unen en la causa gestora, sitio dónde a su vez reside el origen de la exigencia del deber de lealtad.

[964] En este mismo grupo debe considerarse incluida la administración de las fundaciones, las cajas de ahorro y otras entidades con personalidad jurídica y organización corporativa.

[965] V. *infra*, sub. II.3, administración de sociedades.

[966] V. *infra*, núm. 79, al indicarse que el poder de representación se integra en un contrato de gestión.

[967] Sobre el origen histórico y evolución del contrato de gestión empresarial, v., PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 67-78. El concepto de gestión empresarial se describe como un contrato «por medio del cual una empresa se compromete a administrar otra empresa, por cuenta y riesgo de esta última, a cambio de una contraprestación de naturaleza económica» [id., p. 78]. Se caracteriza por ser un contrato atípico mixto [id., p. 109-14] de naturaleza civil [id., p. 155]. En la obra señalada se profundiza sobre la gestión hotelera como modelo de contrato de gestión de intereses ajenos. Al respecto, la autora destaca que «no existen dudas de que el mismo debe ser ubicado dentro de la categoría de los contratos de gestión de intereses ajenos, ya que bajo el mismo subyace una actividad de colaboración entre las partes intervinientes en él con base a la cual el titular de la empresa gestionada pretende mejorar la actividad que constituye su objeto, mientras que la empresa gestora asume la obligación de llevar a cabo todas las actuaciones que sean necesarias para alcanzar aquel objetivo» (id., pp. 155-6).

desarrolla en mercados especializados tal como sucede en la prestación de servicios de inversión en el marco del mercado de valores.[968]

Uno de las formas comunes de gestión empresarial consiste en el contrato de agencia. Sin embargo, en este caso, el objeto no de la gestión no consiste en la propia empresa en sí misma considerada. sino en determinados asuntos o intereses de la misma. Sobre la agencia, v. *infra*, núms. 93-94.

[968] Sobre el mercado de valores, v. Cap. 4º.III.

2.
La gestión representativa

a) Relación de especialidad entre gestión y representación

69. Venimos señalando que la relación representativa, en sus distintas especies, pertenece al género de las relaciones gestoras.[969] Sin embargo, el encaje de la representación entre lo que denominamos relación gestora depende de la orientación doctrinal que acoja la figura.[970] La ausencia de su regulación legal general y la falta de especialidades en el Derecho mercantil hace necesario buscar el concepto y principios relativos a la representación en las construcciones doctrinales generales del Derecho privado, no siempre coincidentes.[971]

---

[969] En general, sobre la representación, v., ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 767-803; DE CASTRO, «La representación», *Temas de Derecho civil* (1972) 105 ss.; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, 1979; GORDILLO, *La representación aparente*, 1978; id, Voz: «Representación voluntaria», EJB, IV (1995) 5834-5839; RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 229-96; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 113-58. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 875 ss.

MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechsgechäft*, Tübingen, 1955; MOSCO, *La rapresentanza nel Diritto privato* Nápoles, 1961; traducción española de CERRILLO QUILEZ, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1963; MESSINEO, «Il contratto in genere», Trattato di Dir. civile e commerciale, XXI.1 (1973) 223-290; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milan, 1965. VISINTINI, G., (dir.), *Rappresentanza e gestione*. Padua: CEDAM, 1992.

[970] Seguimos aquí, la noción de relación representativa que sugiere DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 68: la relación representativa «es aquella que se establece entre dos personas por el hecho de que una de ellas actúen como representante de otra o gestione sus intereses».

[971] En relación a la representación mercantil v., GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 142-152; Id., *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 35-38; ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 207-223 y bibliografía allí citada; GOMEZ CALERO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 229-231; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 475-533; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 382. Tal como afirma ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 207-208, en el Derecho mercantil, la representación queda sujeta a los principios generales de la institución, al señalar que «en materia de representación legal no existe especialidad alguna en el Derecho mercantil, salvo por lo que ser refiere a la representación legal o sustitución del quebrado en la administración de la masa activa... También la representación voluntaria... está sometida a los principios generales del Derecho privado, si bien existen algunas especialidades legislativas fundadas en la necesaria tutela de la seguridad del tráfico».

Sobre la evolución histórica de la figura de la representación, v., FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 877-879; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 25-30; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 21-27. La reelaboración dogmática de la figura de la representación se produce en el s. XIX, partiendo de los estudios de Savigny, que son reformulados por Buchka, Ihering y Windscheid y, más tarde, expuesta por Hupka. Sobre la concepción clásica, v., LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 270.

Sobre la moderna doctrina, v. FERRARI, S., *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milán, 1962; PUGLIATTI, *Studi sulla representanza*, Milán, 1965. Cfr. con los trabajos recientes de FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 875 ss.; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 361 y sigs. Sobre el esquema de la llamada «literatura moderna» de la representación»v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 580-581; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 49-51. Doctrina clásica y moderna son modelos sintéticos enfrentados, lo cual no impide que los autores sigan sus postulados de forma ecléctica. V. pe., GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 363 ss, quien participa de la mayoría de los elementos del

La moderna doctrina de la representación

70. Siguiendo a la moderna doctrina en su formulación de representación en sentido amplio, la representación consiste en una situación jurídica en la que el representante «presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas».[972] En primer lugar, el concepto amplio de representación participa de un planteamiento unitario que aglutina la representación directa e indirecta.[973]

71. A diferencia de la doctrina clásica, que establece la caracterización esencial de la representación a través de la actuación en nombre ajeno y el poder de representación, la moderna doctrina construye la institución a través de la actuación por cuenta e interés del representado.[974] Siguiendo este postulado, lo relevante no es tanto actuar en nombre de otro, sino el hecho de llevar a término

---

pensamiento clásico, pero se aleja de otros, como por ejemplo, la consideración del interés del representado como elemento esencial de la representación (v. *infra*). V. también, FLUME*, El negocio jurídico* (1998) 875 ss.

[972] La noción es de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 64. En un sentido parecido se manifiesta LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 274-275, cuando, al referirse a la representación en un sentido amplio, señala que la representación se entiende como «el fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de éste, autorizado para ello por el interesado o en su caso por la ley, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado». La idea de la representación como cooperación mediante la gestión de asuntos en relación a terceros ha sido recogida por GOMEZ CALERO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 232. Otros autores subrayan la idea de la actuación por cuenta e interés de otro. V. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 108. En un concepto más restringido la representación se circunscribe a la celebración de negocios jurídicos por parte del representante. V. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 756-757. El mismo autor también se centra en los efectos derivados de la representación más que en la conducta del representante y lo intereses gestionados. En esta dirección, v. también, GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5834; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», Contratos de gestión (1995) 48; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 114.

[973] La doctrina se denomina moderna a pesar de ser una reformulación del pensamiento de Savigny sobre la materia. V. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 106-7. La teoría de Savigny, bien acogida por los partidarios de la "teoría de la voluntad" no fue aceptada por los seguidores de la "teoría de la declaración", quienes configuran la representación sobre el "poder de representación". El desarrollo de la *teoría clásica* que condiciona la representación a la existencia del poder comporta un progresivo estrechamiento del concepto que, de un lado, excluye la «representación la oculta o indirecta» y, de otro, reduce el mecanismo representativo al negocio jurídico, lo que lleva como consecuencia la supresión de «los actos no negociales». «De este modo, se abandona la antigua concepción amplia de la representación y se la reduce a la representación directa respecto de los negocios jurídicos».

[974] Para la doctrina clásica, la actuación del representante comporta eficacia inmediata y directa en el patrimonio del representado, a condición de que el representante actúe con poder de representación y en nombre del representado; hecho que determina la exclusión de la representación indirecta. V. ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 767; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 875, 890-925; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 363; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 33-34, 39, 45-6; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 579, 610; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 285-286. Como señala FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 875, «[l]os caracteres que expresan la esencia de la representación, según el Derecho alemán, son la actuación en nombre ajeno y el poder de representación»; v. id, p. 891. Tales requisitos son los que igualmente, en España, se consideran necesarios; así, GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5833.

una cooperación en interés de otro.[975] Por esta razón la justificación de su reconocimiento jurídico deriva de la protección de los intereses del representante.[976]

72. Esta orientación comporta una primera consecuencia relativa a que en una misma figura se condensa tanto la representación directa como la representación indirecta.[977] Una segunda consecuencia derivada de la construcción de la figura a través de la actuación en interés del representado, orienta la representación hacia su exclusivo interés. Esta relevancia esencial del interés del principal excluye tanto la gestión de intereses propios como de intereses de terceros ajenos a la relación gestora.[978]

---

[975] Sobre la idea de la ajeneidad como característica esencial de la representación, v. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 19, y allí, la extensa nota bibliográfica relativa a la doctrina que acepta este postulado. Sobre la idea de que la representación está orientada al interés ajeno, v. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 35; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 109.

[976] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 80: «(...) la mayor protección de los intereses del representado... es la *ratio* misma de la representación». LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 757, el efecto normal de la representación «es la salvaguardia de los intereses del representado por el representante en el tráfico jurídico-negocial».

[977] Sobre la noción de representación indirecta v., DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 45; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 51; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 272; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 610; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 257. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 377-378, distingue entre interposición real y simulación. V. también, GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 52. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.1º (1999) 313: aunque el fenómeno de la representación indirecta se suele estudiar en relación con el mandato, la misma situación «puede producirse igualmente a partir de un arrendamiento de servicios, un contrato privado de sociedad u otra cualquier relación que obligue a (o permita) realizar una gestión en nombre propio y por cuenta ajena...».

En favor de incluir la representación indirecta en el concepto de representación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 39-41, 47; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 51; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581; HERNANDEZ MARTI, "Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.", *Estudios Broseta* (1995) 1707; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 624-625 («la representación indirecta... es genuina representación»). V. también, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 144-6; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.1º (1999) 313; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 37, 38, 257. Un planteamiento cercano distingue entre la representación y la representación de intereses, siendo la representación indirecta una forma de la representación de intereses; v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 757 y 762.

Cfr. con nuestra doctrina tradicional, que niega que la representación mediata sea auténtica representación. V. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 115, 132-5; ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 769. Para GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5838, la denominación de representación para incluir las dos categorías se trata de una cuestión nominal.

[978] Tal como indica DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 56, «[e]n la representación se actúa únicamente en interés del representado. Los supuestos denominados de "representación en interés del representante" o de "representación en interés de un tercero" no pertenecen en rigor a la teoría de la representación, sino que son formas oblicuas o indirectas de utilización del instituto de la representación para obtener finalidades de otro tipo». Idem, Id, pp. 43 y 51-53; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 50. Cfr. con RUIZ-RICO, *La representación en interés del representante* (1985) 245.

73. En segundo lugar, la representación no se reduce a los negocios jurídicos, pues el representante realiza una actividad que se manifiesta a través de declaraciones de voluntad, dirigidas a un tercero que no es parte de la relación de gestión, por lo que se incluyen tanto las declaraciones negociales (negocios jurídicos) como los actos jurídicos.[979] En esta dirección se puede afirmar que la gestión representativa consiste en la ejecución de actos y negocios jurídicos por cuenta e interés del principal.[980]

74. En tercer lugar, la institución se extiende a la representación legal y a la orgánica, además de la voluntaria.[981] La ampliación del concepto de representación permite

---

Sobre la teoría clásica, según la cual cabe la posibilidad de que la actuación del representante sea en su propio interés o en el de un tercero, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 580; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 34-35 y 39-41.

En este ámbito es común analizar el caso de la autorización del *dominus* al representante para que ejercite derechos del primero y pero en interés del segundo, en virtud del art. 1111 CC.

[979] Así, DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 110: «el ámbito de la representación es muy amplio en Derecho español; comprende todo el campo de la autonomía de la voluntad, entendida ésta en su sentido más general; es decir, comprendiendo la celebración de negocios jurídicos, realización de actos jurídicos no negociales, ejercicio de derechos y facultades; siempre que no tengan carácter personalísimo». DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 83, dice que al lado de la representación genuinamente negocial «existe también representación cuando los actos realizados por el representante carecen del carácter de negocios jurídicos y son actos de naturaleza no negocial». El autor afirma que no cabe duda de que «el representante puede ejercitar los derechos y las facultades del representado. P.e., formular una reclamación extrajudicial, hacer un requerimiento o una intimación. Puede un representante constituir en mora al deudor de su representado, interrumpir la prescripción de un crédito, ejercitar la facultad de elección en las obligaciones alternativas, dar por vencidas las deudas, etc. En el mismo sentido, es perfectamente claro el posible papel de la representación en el trámite de cumplimiento de las obligaciones. El representante del acreedor está legitimado para recibir el pago y el representante del deudor para hacerlo, siempre, como es lógico, que el *facere* en que la prestación consiste, lo permita por no ser personalísimo». Id., p. 33: «la representación puede referirse a actos jurídicos que no tienen necesariamente carácter negocial. Puede realizarse por medio de representantes una confesión o un reconocimiento, el acto de ejercicio de un derecho (p.e., un requerimiento, una intimación, la formulación de una pretensión, etc.) o, finalmente, el cumplimiento de obligaciones, cuando no sean estrictamente personales». Idem, p. 39. V. también, DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 50; DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 18.

[980] Seguimos la definición de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 250, al denominar «"gestión representativa" a cualquier tipo de acto jurídico que el representante realice para el cumplimiento del encargo que le ha sido encomendado y, por consiguiente, para la realización del interés del representado o del principal».

[981] Sobre la idea de unir la representación legal y voluntaria bajo un único concepto, v., DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 48-51, 132; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 273-274 y 309-312; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 614; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 33; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 362. Cfr. con FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 922, que sintetiza los argumentos de MÜLLER-FREIENFELS para diferenciar la representación voluntaria y la legal.

Sobre la representación orgánica v. *infra*, sub. II.3.a). V. también, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 72; LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 75, 777 y passim; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 362; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 909-100; GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5834. Para la distinción entre representación orgánica y representación voluntaria, v. DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», Estudios de Derecho civil, (1985) 11-244.

señalar que la institución se extiende a todas las disciplinas jurídicas y su estudio se sitúa, más allá de la teoría del negocio jurídico y del ámbito del Derecho privado, y cabe estudiarla a través de la Teoría general del Derecho.[982]

Criterios de aproximación entre ambas figuras

75. Partiendo de la noción amplia de representación, cabe afirmar la estrecha relación con la gestión.[983] En esa dirección, la representación reúne las notas características de la gestión en cuanto que significa una actuación por cuenta e interés ajeno: la colaboración, la sustitución y la legitimación.[984]

76. En efecto, la idea que explica mejor el fenómeno de la representación, en su forma integrada o unitaria, es la de cooperación sustitutoria.[985] La colaboración que se relaciona con la representación es la llamada colaboración gestora o gestión de asuntos ajenos (ajeneidad), que es pues el fundamento de toda relación representativa.[986] En el acto de cooperación, el representante sustituye al principal,

---

Sobre si el nuncio es verdadero representante, v., LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 274; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 54-56. Cfr. con GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 375-376; GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5835; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 881-887.

[982] DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 32-33, 39.

[983] Al respecto, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 50, dice que desde la moderna perspectiva, la representación «no parece separarse tan nítidamente de la idea de gestión»; v. su línea de argumentación en las pp. 49 a 51. RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 232-53, al estudiar la voluntad del representante y representado en el negocio representativo, distingue tres grupos de teorías: las que entienden que la única voluntad relevante en el negocio representativo es la del representado, aquellas que predican que el único autor del negocio representativo es el representante (teorías de la ficción y de la separación) y las doctrinas que hablan de una cooperación de representante y representado en la producción del negocio representativo. V. también sobre ello, a raíz de la distinción entre poder y negocio representativo, ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 126-9.

[984] MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 50, entiende que «la concesión de un poder a través del pertinente negocio de apoderamiento suele implicar la idea de gestión, ya como colaboración, ya como sustitución». Desde otra óptica, los tres planteamientos persiguen idénticos efectos; así, LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 8: «¿cómo no estimar ideas tales la de legitimación (F. ROMANO), sustitución (MULLER-FREIENFELS), interposición real de persona, y hasta estipulación en favor de tercero, a modo de una mera sucesión de matices en los que el fin y efectos que se persiguen resultan ser perfectamente idénticos?». Sobre las tres ideas características de la representación, v. *supra*, núms. 38-40.

[985] RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 243-4, señala que en el grupo de las doctrinas que postulan una cooperación entre representante y representado «[s]e pueden incluir o distinguir, a su vez, tres teorías bien diferenciadas: una, antigua ya, del mercantilista alemán Thöl [de la doble teoría del negocio], que dice que los efectos que derivan del *dominus* y del contrato representativo nacen de dos contratos distintos que hay con el tercero, uno del representante y otro del representado; otra, de Mitteis [de la colaboración (cuantitativa)], que entiende que en el negocio representativo participan los dos en la una división cuantitativa de la voluntad negocial, por lo que afecta a esta parte; y otra, cuyo principal intérprete fue Pugliatti [de la cooperación funcional], para quien la coparticipación del representante y representado en el negocio representativo no es de tipo cuantitativo, sino cualitativo...» V. el desarrollo de estas doctrinas en id., pp. 243-53.

[986] Tal como indica DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 63, «[n]o toda colaboración que se presta a otro se sitúa dentro de la idea de representación. Esta es una forma muy concreta de cooperación: aquella cooperación que consiste en la gestión y cuidado

separándose el titular del interés afectado y la persona que realiza el acto jurídico.[987] La colaboración sustitutoria que realiza el representante es de carácter jurídico, en la medida que excluye la actividad puramente material y consiguientemente consiste en la realización de una actividad jurídica dirigida a realizar declaraciones de voluntad por cuenta del principal.[988]

77. Con todo, no se puede afirmar que gestión y representación sean figuras que se confundan. Aun cuando ambas respondan al esquema de la cooperación en la sustitución jurídica, la representación se caracteriza además por la actuación del gestor frente a terceras personas. Ello significa que la representación no integra los comportamientos gestores en los que no intervienen terceros, tal como sucede en los actos de formación de la voluntad de las personas jurídicas a través de los acuerdos sociales. Consiguientemente, la gestión, al acoger a unos y otros comportamientos, se configura como un fenómeno más amplio que la representación.[989] En este sentido, entre las dos figuras -representación y gestión-

---

de bienes y de intereses ajenos. Es si se me permite la expresión una "cooperación gestora". Esto quiere decir que para nosotros la idea que ilumina decisivamente el fenómeno de la representación es la idea de gestión de asuntos ajenos. En la base de toda situación representativa hay siempre una relación de gestión». La idea de que no puede existir representación sin base gestora ha sido defendida por la doctrina francesa y la italiana, esta última siguiendo a PUGLIATTI [v. «Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in Diritto privato», Studi sulla rappresentanza (1965) 515; «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 50 ss]. En contra de esta posición se encuentra la doctrina alemana, que participa de la idea de la naturaleza abstracta del apoderamiento; y en Italia, especialmente a TRABUCCHI, quien critica los argumentos de PUGLIATTI; v. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 43-44, para una síntesis de las posiciones anteriores. La idea de la colaboración gestora como gestión y cuidado de bienes e intereses ajenos viene siendo seguida por nuestra doctrina. V. RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 280-1; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 582. Admitiendo un «cierto carácter de colaboración», v. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 108.

[987] Señala DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 59, que la separación «entre interesado y autor del negocio o, si se prefiere, más ampliamente del acto jurídico, es lo que sirve de fundamento a la idea de "sustitución"». V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 582; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 275. La idea de sustitución parece ser la seguida por LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 756 y *passim*, cuando habla de que el representante celebra negocios jurídicos "en lugar del" representado. Como señala GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5834, en la representación, tanto en la legal como en la voluntaria, «el fenómeno es en lo esencial el mismo: alguien actúa sustituyendo a otro...». Con todo, la idea de sustitución no ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 59. Incluyo algunos autores critican el uso del término sustitución. V. MESSINEO, «Il contratto in genere», Trattato di Dir. civile e commerciale, XXI.1 (1973) 228. V. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione* (1984) 36, 110 ss.

[988] V. al respecto, ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 114, 138. De su parte RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 279, 280, resume la idea al señalar que «la función del representante, en cuanto colaborador, es la de sustituir al interesado en la actividad jurídica propia de éste, en un campo exclusivo de su autorregulación de intereses». V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 275.

La idea de separar actos jurídicos y materiales para caracterizar la representación ya había sido apuntado en la doctrina por GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 771-2, quien diferenciaba la representación de la sustitución por la admisión de la segundad de «actos no jurídicos -acaso puramente materiales-».

[989] V. la idea de que la representación tanto propia como impropia es gestión de intereses ajenos en ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico»,

se establece una relación de especialidad. La representación consiste en una especie del tipo general de gestión, que junto a la gestión orgánica, conforman los dos modelos de gestión.[990]

78. Finalmente, la representación se explica como una legitimación para la gestión de intereses de otro.[991] Al respecto cabe preguntarse cual es el título de legitimación de la representación, que para la teoría clásica reside en el poder de representación.[992] Por el contrario, al rechazar la moderna doctrina el carácter abstracto del poder y su difícil cabida en nuestro ordenamiento, no es preciso reconocer la legitimación en el poder.[993]

Estudios de derecho privado (1948) 115. V. también, GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 622.

[990] Sobre la relación de género a especie, según la cual la representación es un tipo de gestión, v. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos" RDP (1957) 622. Sin embargo, para este autor, la especialidad viene dada por el ámbito objetivo más restringido de la representación, según el cual ésta es una gestión «que tiene un campo de aplicación definido (los negocios jurídicos)» frente a la gestión que abarca actos materiales. Para GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5836, «parece lo más fundado interpretar que la representación viene a constituir una modalidad del desempeño de la gestión voluntariamente concertada de los intereses ajenos». De una forma menos directa, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión* (1995) 61, dice que no hay «una representación que no implique una cierta dosis de gestión».

Con todo, cabría además diferenciar ambas figuras si consideramos que la representación incluye las declaraciones de conocimiento o de ciencia, cuando tales actos quedan excluidos de la definición gestora en su sentido estricto. Al respecto, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 91-92, entiende que cuando el representante lleva a cabo una notificación «el conocimiento que el representante toma debe considerarse como conocimiento o ciencia del representado. Sólo quedarán excluidos de la representación en aquellos casos en que excepcionalmente la ley exija que la notificación sea personalmente hecha o personalmente recibida».

[991] Por legitimación se entiende el reconocimiento del Derecho hacia a una persona de poder realizar con eficacia un acto jurídico. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 60. «Desde este punto de vista, la representación se ha podido definir como la "concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que obre en interés y por cuenta de otra»; citando la doctrina de Ladaria, Müller Freienfelds, Betti y Messineo. V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 150, 269 y 275.

En la medida que la legitimación se pone en relación con la eficacia del negocio frente al principal, se plantea el problema de si esta existe en la representación indirecta. Al respecto, DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 582, entienden que la caracterización de la representación como poder de legitimación «es indudablemente cierto en la representación directa (porque los efectos recaen directamente en la esfera jurídica ajena), y también en la representación indirecta si se admite que, pese a obrar el representante en su propio nombre, los efectos del negocio (pe., la adquisición de una cosa inmueble con dinero del representado) van también directamente para la esfera jurídica del representado, aunque el negocio se considere legalmente como si "fuera personal suyo" (art. 1717 CC)». Sin embargo, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 61-62, al considerar que en los casos en que no hay representación indirecta la idea de legitimación no resulta útil.

[992] V. RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II (1976) 261-5, quien reseña la doctrina que postula que el poder actúa como título de legitimación del representante en su intervención en el negocio representativo, apuntando las ideas de Carnelutti, Betti, F. Romano.

[993] Señala DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 107, que «el poder de representación considerado como figura abstracta; lo que parece... no admisible en nuestro Derecho, nada proclive a la admisión de figuras abstractas». V. también DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 43, para quien no hay «verdadera abstracción del poder, sino únicamente un efecto reflejo de la protección de terceros de buena fe». V. id, pp. 42-3.

79. Sin embargo, si admitimos que el poder de representación integra el contenido de la relación de gestión que le sirve de base, en la relación gestora encontramos el medio para legitimar al gestor representante para actuar eficazmente por cuenta e interés del representado frente a terceros.[994]

[994] Esta idea fue recogida abiertamente por GONZALEZ ENRIQUEZ, "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 120: «El poder concedido voluntariamente se integra siempre dentro del contenido de un mandato o de otro contrato de gestión, y no cabe un negocio autónomo dirigido a conferir tal poder. Por consiguiente, la expresión poder de representación, cuando se refiere a la voluntaria, sólo puede significar aquella parte del contenido de un contrato de gestión integrada por las facultades de representación del gestor; y la expresión "apoderamiento" sólo puede entenderse como acto con independencia meramente documental en el que se inserta aquella parte del contenido del contrato de gestión relativa a tales facultades de representación». A su lado, GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 70, afirma que «la representación no sólo depende *genéticamente* de la relación gestoria, sino también *teleológicamente*...». En su opinión, «el apoderamiento no se limita por sí mismo, sino en razón del mandato. La finalidad de la relación gestoria está llamada a fijar los límites al mandato, que a su vez lo sean también del poder» (id, p. 72). Dentro de este esquema afirma que «el apoderamiento (y tras él, la representación) son esencialmente causales; existen y funcionan en relación de dependencia respecto al contrato-base...» (id., p. 80). Más recientemente, el mismo autor, id., Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5835, concluye que «en nuestro Ordenamiento, donde la abstracción no está admitida y donde se provee a la seguridad del tráfico mediante la protección dispensada a los terceros de buena fe, es impensable una representación desvinculada de una relación gestoria que la sustente y "aislada" de ella». En términos semejante se muestra CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 89, al decir que «[e]l apoderamiento habrá de fundarse siempre en una relación subyacente, sea o no mandato. Apoderar a otro para realizar determinados actos sin que el apoderado esté encargado de la gestión de los asuntos a que estos actos se refieren, o sin que en virtud de otra relación cualquiera se desee legitimarle exteriormente para que actúe en nombre del poderdante, es algo que carece totalmente de sentido»; v. id, pp. 90-97. V. también DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 66; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 279, 289. De su parte, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 50, 51, afirma que «el Código Civil establece una ligazón causal entre mandato y poder, y construye la representación como efecto típico dentro del esquema funcional del mandato...».

Desde una posición intermedia v. RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II (1976) 257-61, para quien el poder no resulta independiente, si bien su integración se produce con el negocio representativo (más que con el contrato de gestión). El poder desde un punto de vista estructural se presenta formal y exteriormente como algo autónomo y separado del negocio representativo. Sin embargo, «en el orden funcional, que es realmente más importante... no puede desligarse del negocio para el que va proyectado. El poder... no es nada en sí ni para sí; no tiene realmente objeto propio, finalidad o razón de ser autónomas, "per se": es algo en función de otro negocio, y es este último el que da sentido a aquél». (id., p. 283).

Cfr. este planteamiento con la doctrina que viene manteniendo la independencia del poder respecto del negocio representativo. La consideración del apoderamiento como negocio independiente y abstracto lleva como consecuencia la separación del poder de la relación subyacente, como así sucede, p.e., cuando el mandato es la relación jurídica básica existente entre las partes. Sobre la doctrina española que defiende esta perspectiva, v. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado* (1948) 119-126. Tales autores señalan, id., p. 119, que «el apoderamiento... es un negocio jurídico independiente y peculiar, que no supone para el apoderado obligación alguna, sino que le confiere un poder, en la más amplia acepción de la palabra...». También para BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 194, al señalar que «habrá ocasiones en que el apoderamiento aparezca solo y no es posible encontrar el mandato por ninguna parte, como sucede cuando el representante no es más que apoderado y no se encuentra vinculado a la ejecución de ningún tipo de encargo, sino que simplemente se halla investido de cierta potestad». V. también, DIEZ-

80. Además, el apoderamiento no es requisito necesario para la existencia de la representación, ni se confunde con ella. El origen de la misma puede encontrarse en diversos contratos (agencia representativa, el contrato de sociedad personalista, etc.). Además, nuestro ordenamiento admite genéricamente la representación sin poder, habida cuenta de que con la ratificación del acto se produce la eficacia representativa directa.[995]

b) Tipos gestores normativos

81. El ordenamiento ha tipificado diversas relaciones contractuales que reúnen las características de la gestión representativa y que se adaptan a la estructura y funciones de la gestión. Las modalidades básicas de gestión que han recibido tratamiento legal son el mandato, la comisión y el factor mercantil.

El mandato

82. El mandato, la figura contractual que ha venido considerándose como el paradigma de las relaciones de gestión, articula su concepto alrededor de las notas esenciales de la gestión.[996] Por mandato se entiende un contrato según el cual el mandatario se obliga a realizar actos o negocios jurídicos por cuenta del mandante.[997]

PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 579-580; RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II (1976) 255-7.

[995] El hecho de que la ratificación comporte la eficacia directa de la gestión es la razón por la que se puede hablar de "representación sin poder". V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 579. Con toda claridad, RIVERO HERNANDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Homenaje a Roca Sastre*, II (1976) 284, afirma que «[e]l poder no es requisito imprescindible del negocio representativo ni presupuesto necesario para que en éste los efectos de la actuación del representante se produzcan directamente en la esfera jurídica del representado, desde el momento en que se logra la misma finalidad y efecto por medio de la ratificación ulterior del *dominus*: ello es bien claro en nuestro ordenamiento jurídico a la vista del art. 1259 CC y de la jurisprudencia...».

[996] Sobre el concepto, naturaleza y función del mandato v., LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1523-1526; LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XXI-2 (1986) 2-46, y bibliografía allí citada. DE LA CAMARA ALVAREZ, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil* (1985) 11-244; id, "La revocación del mandato y del poder", AAMN (1948) 555; GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 769-776; LOPEZ Y LOPEZ, «La gestión típica derivada del mandato», *Contratos de gestión* (1995) 67-85; Id, «Voz: Mandato (Dº Civil)», EJB, III (1995) 4160-4161. Una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre los principales problemas que plantea el mandato puede verse en MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 17-20.

[997] La definición no coincide en su expresión con el concepto legal establecido en el art. 1709 CC según la cual «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Sin embargo, la mayoría de la doctrina al interpretar el propio régimen jurídico que el Código establece para el mandato deduce las notas anteriormente señaladas. Sin embargo, otros autores se refieren al contrato de mandato en términos más amplios o genéricos, sin atender a la especificidad objetiva del elemento jurídico. Al respecto, GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 770 y 775, señala que el mandatario sustituye al mandante «en el ejercicio de una determinada actividad»; v. también, CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 448, que se refiere a «la gestión de algún asunto» del mandante.

El Derecho comparado continental ofrece dos modelos. De un lado, se encuentran aquellos ordenamientos en los que claramente se sigue la definición señalada. Entre estos destacan el italiano, cuyo art. 1703 CC establece que «el mandato es un contrato por el cual una parte se obliga a realizar uno o varios actos jurídicos por cuenta de otro». Sobre ello v., GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 376-377; MINERVINI, *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte*, 1959) 86-7 (la causa del contrato de mandato consiste en «la realización de actos jurídicos por cuenta de la contraparte, bien a cambio de una retribución, bien por mera

83. Con esta noción se identifican los dos elementos característicos del contrato, su objeto y su causa. De un lado, el objeto del mandato consiste en la prestación de un servicio de carácter jurídico.[998] De otro, la causa del mismo se encuentra en el

liberalidad»); LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di Diritto civile e commerciale* (1984) 117 ss. De un tenor semejante es el art. 1157 CC portugués, según el cual «el mandato es un contrato por el que una de las dos partes se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra». Por su parte, el art. 1984 CC francés establece que el mandato «es el acto por el cual una persona confiere a otra un poder para hacer algo con destino al mandante y en su nombre», si bien la doctrina participa de que el mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos, con exclusión de los actos materiales. V. al respecto, PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, *Contrats civils* (1954) núm. 1427, al definir el mandato como «el contrato por el cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, el poder de realizar por su cuenta y en su nombre, un o varios actos jurídicos». Es más, «sólo existe mandato cuando la misión del mandatario comporta la realización de actos jurídicos». V. también, PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 172.

De otro, se encuentran aquellos ordenamientos, como el alemán que se sienta sobre notas de la gratuidad del contrato y la inclusión de los actos materiales en el objeto de la prestación. Así se refleja en el art. 662 BGB, al señalar que «por la aceptación de un mandato el mandatario se obliga gratuitamente a gestionar un asunto para el mandante que éste le ha confiado». LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 346 ss., señala en el mandato «el mandatario se obliga frente al mandante a la gestión de un determinado asunto o a la salvaguardia de ciertos asuntos del mandante»; ENNECCERUS, *Tratado*. *Derecho de obligaciones*, II.1º (1966) 588, subraya la nota de la gratuidad para distinguir «el mandato del contrato de servicios y del contrato de obra»; añade, id, p. 589, que «[p]ueden ser objeto del mandato cualquiera negocios de *naturaleza de hecho o de derecho*». Sin embargo, a través de la regulación del mandato se establece la gestión de negocios (jurídicos). La gestión de negocios se canaliza a través de una especialidad de las relaciones de servicios o de obras. Así el art. 675 BGB señala que «A un contrato de servicios o a un contrato de obra que tenga por objeto una gestión de negocios se aplican los arts. 663, 665 a 670, 672 a 674 *mutatis mutandis*, y si el obligado tiene derecho de denuncia sin observación del pazo, también las disposiciones del art. 671.2».

[998] Como señala LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 32: la expresión relativa al objeto del mandato comprendida en el art. 1709 CC [“prestar algún servicio o hacer alguna cosa”], por su amplitud, «ha sido unánimemente criticada por doctrina y jurisprudencia -tanto en lo que se refiere a nuestro Derecho como al Derecho comparado- que, con referencia, unas veces, al arrendamiento de servicios y, otras, a la mera gestión de negocios ajenos, han tratado de ir delimitando la base objetiva más específica y típica del contrato de mandato». De ahí que nuestra doctrina delimite el objeto del mandato sobre la base de la relevancia jurídica de los actos del mandante. Así, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 778, 781-2 (el mandatario se obliga a realizar algún acto jurídico por cuenta del mandante; la regulación del mandato es siempre relativa a actos o negocios jurídicos); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 226 (su actuación puede consistir en la realización de negocios jurídicos o de actos con trascendencia jurídica en la esfera del mandante); DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 475 (el legislador se refiere siempre a actos o *negocios jurídicos* a realizar por el mandatario, de ahí que la prestación del mandatario consiste en una actividad jurídicamente relevante); idem, LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Mandato (Dº Civil)», EJB, III (1995) 4160; id, LOPEZ Y LOPEZ, «La gestión típica derivada del mandato», *Contratos de gestión* (1995) 69; idem, LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 32-33; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 171-2 (el mandato ha de consistir en una actividad jurídica y no meramente material); HERNANDEZ MORENO, “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil”, RJC (1980) 382, nota 19 y 416, nota 94 (actividad jurídica del mandato); PALA BERDEJO, “Naturaleza jurídica de la comisión”, RDP (1951) 906 (el mandatario realiza «una serie de prestaciones volitivas»).

En una posición intermedia DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 14 ss., entiende que «el núcleo del mandato estriba en la realización de actos jurídicos...» lo que no significa que el mandatario no pueda

encargo o actuación por cuenta ajena, es decir, la autorización para la sustitución del mandante.[999]

84. Estas mismas notas sirven para distinguir el mandato de las figuras afines. En primer lugar, el mandato se distingue del arrendamiento de servicios. Aun cuando entre ambas figuras convive el denominador común de la prestación de un servicio en favor de otro, el objeto del arrendamiento de servicios consiste en una actividad material, mientras que el mandatario se obliga a realizar actos o negocios jurídicos.[1000] Este elemento es también de nuestro interés para señalar que el

---

extender su actividad a «la realización de actos de carácter material, que en sí mismos, no son actos jurídicos *latu sensu*».

En contra de lo aquí manifestado, para GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 773, el ámbito objetivo del mandato es más amplio; según este autor, «el objeto del mandato no tiene que consistir en negocios y ni siquiera en negocios de orden económico. Pueden serlo los actos más diversos, tales como el cuidado y vigilancia de una persona a nuestra patria potestad, la inspección o dirección de unos trabajos, las gestiones preliminares a la celebración de un negocio jurídico, la asistencia a una junta de accionista, la prestación de buenos oficios para arreglar las desavenencias pendientes con otra persona, la averiguación de noticias delicadas o que deben mantenerse en secreto, etc. Pero sin duda, el sector de las actividades humanas en que el mandato juega su papel más importante es el de la gestión de negocios». V. en CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 110-111, las referencias sobre la doctrina española que admite los actos materiales como objeto del mandato.

[999] Según el art. 1709 CC, el mandatario se obliga «por cuenta y encargo» de otra persona, razón por la cual se puede afirmar que el mandato se caracteriza por la nota de la sustitución (v. *supra*, núms. 3º:39, 75, 76). Señala LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 225-6, que el mandato es «un fenómeno o mecanismo de cooperación entre dos personas», cooperación que se caracteriza «en que quien la ejercita quedará al margen de su resultado, pues actúa por cuenta y encargo de otro. La ajeneidad del interés gestionado es esencial e inmanente del mandato, no eliminable y nota típica y diferenciadora de este contrato y de toda su disciplina jurídica». En un orden de ideas semejante, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 476 («El mandatario obra por "cuenta o encargo" del mandante, lo que significa que el resultado final de su actividad incidirá en la esfera jurídica de este último»); LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 35 (la gestión presenta «entera eficacia en la persona que lo encomendó»); LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Mandato (Dº Civil)», EJB, III (1995) 4160 (la actividad del mandatario se realiza por cuenta del mandante); Idem, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 778; LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 35; id., p. 27, («la voluntad del sustituto actúa con la misma eficacia con que lo haría la del propio sustituido, ya que, por una verdadera ficción, se entiende que ambas constituyen una sola y única voluntad»); BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 168 y 170 («a través del mandato, el mandatario ocupa el lugar o "sustituye" al mandante en la ejecución del encargo recibido»; la idea de sustitución consiste «en que el mandatario... actúe "por cuenta" del mandante»).

La idea de sustitución como causa o finalidad del contrato de mandato fue planteada por GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 769 ss. Para este autor, la sustitución «es la causa específica del contenido del mandato; es la idea rectora que inspira la regulación legal de la relación de mandato... [L]a sustitución del mandante por el mandatario constituye la *causa* del contrato, el fin práctico que el Derecho toma en consideración para sancionar y regular adecuadamente la relación de mandato»; id, p. 770. Cfr. con las objeciones que plantea CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 121-123.

Sobre la idea de encargo como legitimación para inmiscuirse en los asuntos de otro, v., *supra,* función económica de la gestión ajena, la actuación por cuenta ajena, legitimación.

[1000] La primera de las notas, relativa a la prestación de servicio o hacer alguna cosa, es obligación común del mandato y del arrendatario en el contrato de arrendamiento de servicios o de obra. Así se refleja de los arts. 1709 CC («se obliga una persona a prestar algún servicio») y 1544 CC («una de las partes se obliga... a prestar a la otra un servicio»). V. CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 449. Sobre la prestación de servicios del mandato, v. MONTES PANADES,

arrendamiento de servicios no reúne los requisitos necesarios para ser considerado una relación de gestión.[1001]

85. En segundo lugar, la doctrina va aproximando la figura del mandato con respecto a la representación. Una vez que la concepción abstracta del poder pierde relevancia, la necesaria articulación del mismo a través de una relación gestora trae consigo que el planteamiento diferenciador entre el mandato y la representación ha de partir de distintos presupuestos.[1002] Si a ello se añade que el

---

«Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión* (1995) 61; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 228.

La segunda nota, relativa al objeto de la prestación, es la que sirve de distinción, siendo el criterio doctrinal para separar entre mandato y arrendamiento de servicio. V. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 381-3 (el criterio distintivo se encuentra en que «el mandatario puede obligase a realizar cualquier clase de *actos jurídicos*...»); CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 449-51 (cooperación jurídicamente relevante frente a los actos materiales); LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 32, 36, 37 (actos materiales frente a actos de naturaleza jurídica del negocio gestorio); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 229; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 172, 175 y nota 45 (señala diferentes sentencias en el sentido indicado: el criterio distintivo entre mandato y arrendamiento de servicios consiste en la naturaleza jurídica del la actividad); CAPILLA, «Voz: Arrendamiento de servicios», EJB I (1995) 575 (el mandato como especie del contrato de servicios: «Con el contrato de mandato retribuido [el contrato de servicios] mantiene una relación de género a especie, calificado por la naturaleza de los servicios comprometidos, que consisten en la actividad de gestión de negocios del mandante, el cual es sustituido por el mandatario en su realización»). La doctrina ha rechazado otros criterios distintivos, como la gratuidad, la representación directa o la independencia, que no se encuentran en el en el arrendamiento de servicios y forman parte del régimen del mandato. V. sobre ello, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 782; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 475; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II.2ª (1982) 402. Para la doctrina que defiende la sustitución como elemento causal del mandato, así, GARCIA VALDECASAS, "La esencia del mandato", RDP (1944) 770 y 774, es la sustitución el elemento distintivo del arrendamiento de servicios y de obras.

Respecto de otras figuras afines en las cuales descansan notas comunes con el mandato, v. LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 38 ss. Entre otras, señala la relación entre mandato y contrato de trabajo, [id, pp. 38-39] cuyo elemento distintivo consiste en «la dependencia o subordinación en que se encuentra la persona que trabaja por cuenta de quien le comete el servicio... [que] lo que verdaderamente están implicando es la imposibilidad de fungibilidad en la gestión o de sustitución del obligado a realizar la activad gestora en que el servicio consista»]. Sobre el mandato y albaceazgo, v. id, pp. 41-44. Sobre la relación entre mandato y gestión de negocios ajenos, v. *infra*, núm. 88, y mandato y administración de sociedades, *infra*, núms. 103-106.

[1001] Ni tan solo la doctrina que se sirve de un concepto amplio de gestión, reconoce la existencia de gestión en el marco del arrendamiento de servicios. Este criterio ha sido puesto de manifiesto por CUADRADO, "La gestión en el CC", AAMN (1993) 450-451, al señalar que el mandatario «tiene el encargo de *gestionar* intereses del mandante, en el que cabe -aunque no se dé siempre- la gestión representativa, circunstancia que no existe en el arrendamiento de servicios. El mandatario realiza la gestión de los intereses del mandante frente a terceros... en tanto que en el arrendamiento de servicios quien gestiona es el *dominus* valiéndose del prestador de servicios para el asunto de que se trate».

Desde otra perspectiva distinta, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II.2º (1982) 396, se entiende que «ni en el contrato de prestación de servicios ni en el de ejecución de obra existe el encargo de obrar con eficacia jurídica frente a terceros, sino la exclusiva previsión de una prestaciones entre los contratantes».

[1002] Sobre la doctrina que separa entre representación y mandato y sobre la autonomía del poder frente al mandato u otras relaciones gestoras, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 278-279; id, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 227; DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 39-74; DIEZ-PICAZO, *La*

concepto de representación ampara tanto la representación directa como indirecta y que ambas instituciones, representación y mandato, se caracterizan por el actuar jurídicamente relevante frente a terceros, su distinción obedece a una relación de género a especie.[1003]

86. Este planteamiento, que reconoce el género en la representación, trae como primera consecuencia que existen relaciones representativas cuyo origen no se encuentra en el mandato, sino en otros contratos.[1004] De ello se sigue que, desde el entendimiento de la representación en un sentido amplio, todo mandato resulta ser representativo.[1005]

---

representación en el Derecho privado (1979) 35-38; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 49; GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 61-4, 184, 191. Con independencia de la idea del apoderamiento como negocio abstracto, v. LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 30.

[1003] Esta línea argumental se basa en la idea que el mandato está orientado hacia una relación con terceras personas. Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II.2º (1982) 395: «Por el contrato de mandato alguien actúa por cuenta de otro frente a terceros, con independencia de que lo haga en nombre propio o en el de su mandante, y de que lo haga de manera gratuita o a cambio de una remuneración»... Se trata de «gestionar los intereses de otro frente a terceros». Id., p. 396: «En los casos del mandato aparece una relación triangular porque una persona gestiona intereses de otra mediante negociación con terceros». HERNANDEZ MORENO, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil", RJC (1980) 382, nota 19 (el mandato consiste en una gestión frente a terceros). CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 119 (en el mandato aparece una relación de estructura triangular al gestionarse negocios frente a terceros). v. también, LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 33.

Tradicionalmente la doctrina identifica el mandato sin representación con la representación indirecta; así, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 377: «es posible que un sujeto confiera a otro un mandato sin poder, en virtud del modelo del mandato sin representación... Del mandato sin representación se suele hablar también como de representación indirecta, aludiendo al hecho de que, indirectamente, se alcanza (mediante el doble contrato del tercero con el mandatario y del mandatario con el mandante) un resultado análogo al de la representación». Sobre la representación indirecta, v. *supra,* núms. 3º:46, 50. Cfr. esta posición con la de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 67, cuando señala que cabe un mandato sin representación cuando «la gestión encomendada por el mandante no exige relación con terceras personas».

[1004] La representación sin mandato puede encontrar su origen en un contrato de trabajo, de sociedad personalista, de arrendamiento de servicios, etc. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 65, 67; HERNANDEZ MORENO, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil", RJC (1980) 414; GONZALEZ ENRIQUEZ, "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 125-128; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 292.

Cfr. con las formulación que entiende que aunque cabe el mandato sin representación, no puede darse la representación sin mandato. V. GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 61, 63; id., Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5836.

[1005] V. GONZALEZ ENRIQUEZ, "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 104, quien señala que «el poder de representación en nuestro ordenamiento forma parte de la autorización para ingerirse en la esfera jurídica del mandante que es inherente a todo mandato, y, es más, se confunde con ella, sin que sea necesario ningún otro requisito para que el mandatario actúe eficazmente respecto de los terceros en nombre del mandante. Y de igual manera..., puede el mandante excluir del contenido del mandato la posibilidad de intervención del mandatario en nombre de aquél, obligándole a que actúe en nombre propio». Id, p. 120: «El mandato, o cualquier otro contrato que tenga por finalidad la gestión de negocios ajenos, por sí solos, y si en ellos no se expresa lo contrario, autorizan al mandatario o gestor para actuar eficazmente en nombre del mandante o, en general, del "dominus negotii"». Cfr.

87. Este esquema no modifica sino que reafirma la idea de considerar que el contrato de mandato se configura como una relación gestora típica. Su naturaleza gestora, añadido a su carácter normativo convierten al mandato en el modelo o tipo básico de gestión.[1006]

88. El mandato mantiene con la categoría general de relación gestora una relación de especie a género, pues todo mandato es de orden gestor, pero no toda gestión es mandato.[1007] En otros términos, el mandato es la expresión del tipo normativo

---

la línea argumental de este autor con la de DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», Estudios de Derecho civil, (1985) 41-56.

Entre los autores recientes, HERNANDEZ MORENO, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 CC", RJC (1980) 373, ha defendido claramente que el mandato es siempre representativo; así, id, pp. 396-397: «todo mandato confiere, de por sí solo, la *facultad de representar al mandante*»; v. más ampliamente, id, p. 416. LOPEZ Y LOPEZ, «La gestión típica derivada del mandato», *Contratos de gestión* (1995) 67, *passim*, ha profundizado en esta línea argumental. El autor señala que la sustitución del mandante en la actividad jurídica «carece de sentido como no sea para conectar la esfera jurídica del mandante con terceros, no para conectar la esfera jurídica del mandante y mandatario. Es este caso, una mera imposibilidad lógica veta el hablar de sustitución». V. ibi, en la misma página, las observaciones que hace el autor respecto de las enmiendas sobre el argumento sobre la base de la autocontratación. El mismo autor señala que «la representación es el esquema funcional típico de la conexión entre esferas jurídicas ajenas (FERRARI). Siendo así... la conclusión se impone: el mandato es siempre representativo. Dicho con palabras que evocan las añejas discusiones sobre la conceptualización de un contrato de mandato, su "esencia" es la representación» (id, p. 69). Id, p. 83-84: «el mandato indica por sí mismo la ajeneidad. Nadie expresa su cualidad de mandatario si no es para indicar el cuidado del interés ajeno. La conclusión evidente es que si la ajeneidad conecta el patrimonio del tercero con el del mandante, y si la existencia del mandato es expresión de la ajeneidad, es la existencia del mandato la que provoca tal conexión; luego todo mandato es representativo... Ostentar la cualidad de mandatario y no la de representante es un imposible lógico y legal, que demuestra, una vez más, el carácter tendencial y naturalmente representativo del mandato en la tipicidad legal del Código civil».

Al respecto, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 275, da testimonio de la tendencia actual según la cual las modernas aportaciones «relacionan íntimamente el negocio gestorio o relación originante (que está en la base de la representación (sea el mandato u otro contrato) con ésta misma hasta el punto de poner el acento más en el interés gestionado (del *dominus*) que en la forma de actuación (*alieno nomine*), y de considerar a la representación no tanto como categoría autónoma, sino como el esquema funcional típico del supuesto de hecho del mandato (FERRARI): el mecanismo a través del cual funciona y actúa éste, cuyo contenido no se agota en la relación contractual mandante-mandatario, sino que alcanza también al tercero con quien ha negociado el mandatario y representante».

[1006] Es más, el mandato no sólo es la relación gestora típica, sino que «es también la fuente normal de la representación»; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 63.

[1007] La doctrina española planteó con cierta amplitud la relación entre ambas figuras; v. sobre ello el ensayo de DE LA CAMARA, "Revocación del mandato y poder", AAMN (1948) 555, especialmente las pp. 560 a 596, donde se postula un concepto de gestión en sentido amplio como referente del mandato; el autor ha revisado este punto de vista allí manifestados en el trabajo posterior «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 11-244, especialmente, pp. 14 a 19. En su primer trabajo, el autor, avanzó por el camino de considerar el mandato como contrato de gestión siguiendo la orientación de los anotadores españoles de ENNECCERUS, PEREZ GONZALES y ALGER (v. id, pp. 570 ss.). El argumento se recoge también en GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos" RDP (1957) 619 y *passim*, para quien la gestión constituye en el mandato y en la gestión de negocios sin mandato, «el contenido propio y peculiar de la institución»; este mismo autor había hecho referencia a este aspecto en un trabajo anterior ["La esencia del mandato", RDP (1944) 772, 774], sin llegar a profundizar en ello. En esa misma línea sigue GONZALEZ ENRIQUEZ, "La distinción entre poder y

básico, mientras que la gestión responde al tipo empírico, no ordenado jurídicamente.

La comisión y el factor mercantil

89. El segundo contrato que reúne las características de la gestión representativa es el contrato de comisión.[1008] Este contrato viene considerándose como un mandato mercantil, de tal forma que sus diferencias con respecto al mandato sirven, a su vez, como notas características de la comisión. A saber, por el elemento objetivo, la comisión se caracteriza porque la prestación del comisionista recae en actos de comercio; en cuanto a la parte subjetiva, el comitente o comisionista ha de ser

---

mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 94, al decir que entre los criterios para captar la esencia del mandato, «[e]l más exacto parece ser el que la centra en la idea de gestión de negocios ajenos. No obstante, hay que hacer resaltar que esta característica no evita el que nos encontremos de lleno dentro de la esencia del contrato de servicios (retribuidos o no). Se trataría de un contrato de este tipo en que el servicio consistiría en gestionar los negocios del mandante». DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 14 ss., al repensar sus planteamientos anteriores matiza o restringe el concepto de gestión de negocios al que se acomoda el mandato: «[s]in duda el núcleo del mandato estriba en la realización de actos jurídicos (no sólo contratos) por cuenta del mandante (con o sin poder de representación), pero este dato no significa que el mandatario no gestione los negocios del principal... porque también cabe que el contenido del mandato aunque deba siempre comprender lo que pueda ser objeto de actividad representativa en sentido propio, se extienda a la realización de actos de carácter material, que en sí mismos, no son actos jurídicos *latu sensu*».

La doctrina más reciente sigue manteniendo el postulado de la especialidad en la relación entre gestión y mandato. V. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 175; SALVADOR CODERCH, «Artículo 1588 CC», *Comentario del CC,* II (1991) 1182; CABANILLAS, Voz «Contrato de obra», EJB I (1995) 1597; CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 448; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 22, 49, 60-2; LEON ALONSO, *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 7, 35; PAZ-ARES, "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", La Ley (1997) 1820; PEREZ MORIONES, *El contrato de gestión hotelera* (1998) 179; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2821. V. también, LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di dir. civ. e comm.* (1984) 41, 44 y *passim*; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 342, 341-346.

[1008] V. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 45-90; ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 137-155; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 471-478; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2816-2868; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 451; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 101-120; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», en *Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Otero* (1981) 255-279; id, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 103-126; Ibid, en *Estudios Polo* (1981) 783-810; PALA BERDEJO, "Naturaleza jurídica de la comisión", RDP (1951) 905-920; PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* [La comisión de garantía], 1996; NIETO CAROL, «El contrato de comisión bursátil», *Instituciones del Mercado Financiero*, VIII (1999) 4981-5020; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 156-163; URIA/MENENDEZ/ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 155-64; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 294-312; id, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 674-7; Id, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1134-1139. V. también, MINERVINI, *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte* (1959) 447-471; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione* (1984) 597-625; MONTALENTI, «Il Contratto di Commissione», *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto publico dell'Economia. Contratti commerciali*, t. XVI (1991) 663 ss.; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 885-950; RIPERT / ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, t. II, Paris: LJDJ (1994) 721-41.

comerciante o agente mediador de comercio.[1009]

90. En correspondencia con su concepto, la comisión consiste un contrato de gestión, en la medida que se caracteriza por obrar por cuenta de otro en la realización de una actividad jurídica.[1010] Además, se trata de un contrato representativo, en la medida que el comisionista desarrolla su actividad actuando en nombre del comitente o en nombre propio, siendo ambas formas de actuación reconocidas por el propio Código.[1011]

[1009] La consideración de la comisión como mandato mercantil parte de la literalidad del precepto contenido en el art. 244 CdC que establece el concepto legal de comisión, indicando que «se reputará comisión mercantil al mandato...». Así ya lo entendió la doctrina mercantil en nuestro derecho histórico; v., en este sentido, el art. 117 del CdC 1829 y los comentarios sobre ambas cuestiones en GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 452-455, 459. Esta visión encaja con el significado actual del concepto de comisión derivado de la noción legal del CdC de 1885, como así lo manifiesta el maestro Garrigues; v. id, p. 460; id., *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 103; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 156; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 263; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 472; ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 140; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2822, 2824, 2228, 2231; GARRIDO*, Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 56; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 296. Sobre las condiciones o requisitos de mercantilidad y su crítica, v. GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2832-2844.

[1010] Sobre el actuar por cuenta de otro y la gestión de intereses ajenos, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 453-454 (el obrar por cuenta ajena es una nota esencial del mandato de comercio); id., p. 460 (la comisión consiste en un contrato de gestión de los intereses de otro); GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820, 2831 (la comisión pertenece a los denominados negocios de gestión); id., 1825 («el comisionista actúa siempre “por cuenta ajena”»); id, p. 2830 (el obrar por cuenta ajena es «la nota esencial del mandato de comercio»).

En relación a la prestación de carácter jurídico que realiza el comisionista, v. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 472 (un negocio jurídico) ; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 156 (actividad jurídica); ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 263: (un negocio jurídico con carácter de acto de comercio); ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 140 (hacer jurídico y no meramente instrumental); GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2830 («actos jurídicos por cuenta o encargo del Mandante»).

[1011] Al respecto v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 460 (comisionista y mandatario pueden obrar en nombre propio o ajeno); BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 472 [«el comisionista declara su propia voluntad (en nombre propio o en el del comitente)]; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*II (2002) 264 (el comisionista realiza el negocio jurídico de ejecución por cuenta del comitente, por el sistema de representación directa o indirecta, en ambos casos existe representación); VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 297 («tanto en la actuación en nombre propio como en nombre del comitente constituye actuación representativa...»). Cfr. con GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2827, para quien «la Representación queda fuera del contenido obligacional del Mandato»; v. ibi, más ampliamente.

Que exista o no actuación representativa tiene su relevancia en el plano de los efectos. Al respecto el Código de Comercio en su art. 246 señala que el comisionista que contrate en nombre propio «quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuera suyo, con las personas con

91. Finalmente la consideración del factor mercantil como parte de una relación gestora deriva del hecho de que su actividad consiste en la prestación de un servicio de carácter laboral por cuenta del principal y con carácter representativo.[1012] Esta vertiente externa presidida por la nota de la representación es la que refleja la aptitud de la figura del factor para ser calificada como relación de gestión.[1013]

c) Figuras mixtas: gestoras y no gestoras

92. Al lado de las figuras normativas plenamente gestoras, caben otras relaciones jurídicas como la agencia o la gestión oficiosa que pueden revestir un doble carácter, de prestación jurídica y de prestación material. Se entenderán como relaciones gestoras en sentido estricto cuando la prestación vaya dirigida a los actos jurídicos; por el contrario, si se trata de una actividad simplemente promotora de intereses ajenos o de simple actividad material, no encontrarían acomodo dentro del concepto de gestión. Parecidas consideraciones pueden hacerse en relación a la fiducia.

---

quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas». Como señala GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 460, nota 16, «[n]uestro Código de c. se mantiene aquí fiel a los principios rigurosos de la representación indirecta, cortando el enlace jurídico entre el comitente y el tercero que contrata con el comisionista». Sobre la crítica a este planteamiento, v. *infra*, núm. 98. V. las sentencias reseñadas por MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 20-21 y por SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 158.

[1012] En general sobre el factor mercantil v., GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.3º (1949) 1417-1428; ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 210-20; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 208-12. BELTRAN, «Voz: Factor», EJB II (1995) 3043-3046; BONET SANCHEZ, "Repaso de la disciplina del poder mercantil no orgánico: Comentario acerca de la Resolución de 14 de marzo de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado", CDCom 20 (1996) 395-436; BOIX RASPALL, «Voz: Gerente», NEJS, X (1960) 593-599; MENENDEZ, "Auxiliares del empresario", RDM 72 (1959) 269; OLIVENCIA RUIZ, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», *Estudios Uría* (1978) 499-524; SANCHEZ RUIZ, "Apoderamiento general en favor de un Consejero", RdS 9 (1997) 347-356.

Sobre la relación laboral que fundamenta el vínculo entre el auxiliar y el empresario, v., MENENDEZ, "Auxiliares del empresario", RDM (1959) 273, 278, 280; ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 210; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 209; BOIX RASPALL, «Voz: Gerente», NEJS, X (1960) 599. Cfr. con la visión de la doctrina tradicional en GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.3º (1949) 1420, al indicar que «[h]ay un mandato o comisión (v. art. 244: equiparación de mandato y comisión) que rige las relaciones internas entre el principal y el factor. Pero hay, además, un poder que autoriza al factor para obligar al comerciante frente a terceros». V. también MENENDEZ, "Auxiliares del empresario", RDM (1959) 271, especialmente nota 3, sobre la doctrina tradicional que ha dado respuesta a la relación entre el auxiliar con poder de representación y el empresario a través del mandato, del arrendamiento de servicios o de un contrato mixto de los anteriores.

[1013] V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.3º (1949) 1419 (la «cualidad esencial del factor, [es] el ser un representante del comerciante»); id, pp. 1424-1425 (los actos jurídicos realizados por el factor «en la esfera del giro o tráfico del establecimiento los reputa la ley realizados por cuenta del principal»); ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 209-15; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 209-11. V. también arts. 281 y 283 CdC.

La agencia

93. La agencia y la gestión son relaciones cercanas, aun cuando de su concepto y configuración legal se derivan diferencias estructurales.[1014] De un lado, la actividad del agente consiste en actuar por cuenta ajena y en interés del principal, lo cual sitúa este contrato entre las relaciones de colaboración.[1015]

94. Sin embargo, de otro lado, el objeto de la prestación del agente puede comprender tanto en la promoción como en la conclusión de actos y contratos[1016]. Esta última

---

[1014] Entre la manualística, v. ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 169-81; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 281-2; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 172-9; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 677-682. En general, sobre la figura v. BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN 30 (1993) 1 ss.; DOMINGEZ GARCIA, «Contratos de distribución», *Contratos internacionales* (1997) 1275; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1569-1572; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil*, 1994; MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil*, 1998. Sobre el régimen de la agencia anterior a la vigente ley v. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 478-481; GARRIGUES, J., "Los agentes comerciales", RDM 83 (1962) 7 ss.; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 531-578; SANCHEZ CALERO, F., *Normativa del contrato de agencia mercantil*, Madrid: I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España, 1985; VALENZUELA GARACH, E., *El agente comercial*; id, "El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil", La Ley 277 (1989) 1 ss.; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 312-318. Para algunas cuestiones específicas del contrato, v. FLAQUER, *La protección jurídica del agente comercial*, 1999; LARA GONZALEZ, *Las causas de extinción del contrato de agencia*, 1998; MONTEAGUDO, *La remuneración del agente*, 1997; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM 230 (1998) 1505-1561; VALENZUELA GARACH, «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *Estudios Broseta*, III (1995) 3805-3827; VERGEZ SANCHEZ, M., «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3053-3074. Sobre el concepto de agente comercial que establece la Directiva 86/653 de 18 de diciembre de 1986, v. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 218-222.

[1015] V. la Exposición de Motivos [par. 1.1] y el art. 1 LCA. Cfr. con VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1134, quien considera "impropia" la consideración de la agencia como contrato de colaboración por la exposición de motivos de la Ley 12/1992.

La doctrina que ha estudiado el contrato de agencia a menudo sigue la idea de la colaboración. V. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 417, 435-6 («La actuación del agente por cuenta o en interés del principal (art. 1 LCA) constituye el núcleo esencial del contenido tipológico de la agencia como contrato de colaboración»); DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1286 (contrato de colaboración recíproca entre empresas); MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 21; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 47, 57-58. Para aquella tendencia que estudia la agencia en el marco de la distribución comercial, v. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 28 ss. Sobre los contratos de colaboración, v. *supra*, núms. 3º:38, 58.

[1016] Sobre la distinción entre la agencia de promoción y la agencia de contratación, v. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 414, 415, nota 774 (la distinción entre las dos especies constituye un elemento distintivo de la comisión); sobre la agencia de promoción, v. id, pp. 520-522; sobre la agencia de contratación, v., id, pp. 523-531. V. también, LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 54-56; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1518-1529; VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3061-3066; DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1297-1298. De su parte, MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 59 y 109, señala que más allá de su objeto inmediato -la simple promoción y, en su caso, conclusión de actos u operaciones de comercio por

característica contribuye a aclarar que la actividad de promoción de intereses ajenos encaja mejor entre los actos materiales que entre los servicios de carácter jurídico. De ello se sigue que la agencia solamente pueda considerarse como actividad gestora en la vertiente de la agencia de contratación y no en relación a la agencia de promoción.[1017]

La gestión de negocios sin mandato

95. La segunda figura mixta que admite la gestión en sentido estricto consiste en la gestión de negocios sin mandato.[1018] Su distinción del mandato reside en la existencia, en este último, de un vínculo contractual bilateral previamente concertado que autoriza la gestión, mientras que la gestión oficiosa se origina a través de una actuación unilateral y espontánea.[1019] En segundo lugar, ambas

---

cuenta ajena-, «la actuación del agente se encuentra encaminada a la *creación y mantenimiento de una clientela permanente*» y a «instaurar *relaciones comerciales duraderas* (objeto último del contrato)».

[1017] Sólo si usamos el término gestión en un sentido amplio que equipare los contratos de colaboración con los contratos de gestión, se puede decir que la relación de agencia puede considerarse como relación gestora, en la medida que la actividad de gestión del agente se dirige a la gestión de intereses económicos del principal. En la dirección de que la agencia pertenece, junto a la concesión, a la categoría de los contratos de gestión de negocios ajenos, v. PAZ-ARES, "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", La Ley (1997) 1820, quien señala que el deber de promoción constituye el núcleo esencial de los contratos de agencia y de concesión, «precisamente aquello que permite encuadrarlos conjuntamente entre los contratos de gestión de negocios ajenos, cuya matriz o modelo es el contrato de mandato». V. también PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1508, para quien «[e]l contrato de agencia ha de calificarse de contrato de gestión de intereses ajenos. Esta es una cuestión unánimemente aceptada, incluso cuando a efectos sistemáticos su estudio se realice entre los contratos de colaboración o de distribución en sentido amplio... Además las obligaciones enumeradas legalmente son reflejo de la consideración del contrato de agencia como contrato de gestión de intereses ajenos».

Con todo, es cierto que aún el caso de la agencia de promoción, el agente dispone de ciertas facultades representativas que le permiten realizar determinados actos jurídicos por cuenta del principal, tal como lo establecen los arts. 8 LCA, sobre reconocimiento y depósito de los bienes vendidos, y 9.2 d) LCA, sobre la obligación de recepción de reclamaciones de los terceros en nombre del empresario. V. al respecto MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 418 (en un sentido limitado, el agente de promoción representa al principal y actúa en su nombre, «cuenta con un haz de facultades representativas inderogables predicable de cualquier agente, sin distinción de categorías»); FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1569; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 3. V. también, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 538 (las facetas de promoción y de conclusión «tienen de común el elemento de la representación, ya que el nombre del mandante no permanece nunca oculto»). En todo caso, como señala VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3057, el agente no tiene reconocido «un poder de decisión» sobre la activiad que propia de otra persona», «ni siquiera cuando tenga atribuida la representación del empresario»; v. id, nota 19, sobre la doctrina italiana distintiva del mandato y la agencia.

[1018] Sobre la figura, v. PASCUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, 1986; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos*, 2000; TRAVIESAS, "La gestión de negocios", RDP (1919) 129-142; GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos" RDP (1957) 619-626; LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245-270; DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888-1891 CC», *Comentario del CC* (1993) 1943-1949; CAÑIZARES LASO, "Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español), ADC (1995) 695-749; VILA RIBAS, «Voz: Gestión de negocios ajenos (Dº civil)», EJB II (1995) 3244-3246. V. también, DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*, 1961.

[1019] V. TRAVIESAS, "La gestión de negocios", RDP (1919) 129; LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245, 248; LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245, 249 («actuación en interés y por cuenta de un tercero sin haber recibido

figuras se diferencian por el ámbito del objeto sobre el que recae la actuación del gestor. Mientras que las prestaciones de la gestión sin mandato pueden recaer sobre actos materiales y actos jurídicos, el mandato se configura sobre los actos jurídicos y excluye de su ámbito a los actos materiales.[1020] Precisamente por esta razón, se puede afirmar que la gestión sin mandato no puede considerarse como una relación gestora en sentido estricto.[1021]

La fiducia

96. La fiducia es la tercera figura que analizamos que por su carácter mixto admite la posibilidad de ser ubicada dentro de las figuras de gestión de asuntos ajenos.[1022] La noción de fiducia es tema debatido entre la doctrina, así como la relación entre los distintos elementos que configuran su estructura: el negocio fiduciario y el pacto

---

mandato suyo»); DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888 CC», *Comentario del CC* (1993) 1944 (no «ha de existir ninguna otra relación jurídica que imponga el deber de actuación»); LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 39; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 196; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 39 ss. y 86-107; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 149-153. V. también, DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 29, 48, 74-77; CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 401 (en relación a la referencia relativa a la gestión de negocios en Derecho Internacional privado, comprendida en el art. 10.9-II CC).

[1020] V. TRAVIESAS, "La gestión de negocios", RDP (1919) 130 («El negocio a que se refiere el art. 1888 del CC es un negocio cualquiera jurídico o no jurídico, económico o no económico»); LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI 507 (1975) 248 (la palabra *negocios* que aparece en el art. 1888 CC «ha de entenderse aquí, conforme a la tradición y la doctrina, en su más amplio sentido, de modo que la gestión lo mismo puede consistir en un acto jurídico (contrato celebrado por el gestor con un contratista para la reparación del inmueble de un ausente, el pago de una deuda de otro) como uno material (reparación del inmueble que ejecuta el propio gestor)». DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888 CC», *Comentario del CC* (1993) 1944 (la gestión de negocios comprende actos jurídicos, materiales, de carácter económico o simplemente personal); VILA RIBAS, «Voz: Gestión de negocios ajenos (Dº civil)», EJB II (1995) 3245; CAÑIZARES LASO, "Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato", ADC (1995) 715; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 195; CUADRADO, "La gestión en el CC" AAMN (1993) 453; CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato* (1984) 126-127. V. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 620-621, quien reseña distintas posiciones, en la doctrina comparada, sobre el objeto de la prestación gestora. V. DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 30, 36-39, 98 («el negocio debe tener, ante todo, carácter *patrimonial*») y 103-106.

[1021] En un sentido amplio, por las afinidades que ambas figuras presentan, puede estudiarse la gestión sin mandato dentro de las relaciones gestoras. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 152.

[1022] V. BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 266; DE ANGEL, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia* (1995) 203-13 (levantamiento del velo y actos fiduciarios). DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 379-442; DE LOS MOZOS, *El negocio fiduciario*, 1986; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 441 ss.; PUIG BRUTAU, "La relación fiduciaria", RDP 45 (1961) 1009-1020; DIEZ-PICAZO, «Operaciones y servicios fiduciarios», *Dictamenes jurídicos* (1987) 25-65; JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, 1959; PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4407-4409; FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1997; PUIG BRUTAU, "La relación fiduciaria", RDP (1961) 1009-1020. Sobre el negocio fiduciario, v. LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 205-7. Sobre los negocios fiduciarios en el Derecho mercantil v., GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981), particularmente pp. 45-87; GOMEZ CALERO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 247-249. Sobre la distinción entre propiedad fiduciaria y negocio o contrato fiduciario, v., GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 441-442; En relación a la diferenciación entre fiducia, negocio indirecto y negocio simulado, v. id., 449-452; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 268-271. Sobre el negocio indirecto, v. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 443 ss; RUBINO, *El negocio indirecto* (1953) 97 ss.

fiduciario. El negocio fiduciario se ordena sobre una transmisión de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho del fiduciante al fiduciario.[1023] A su lado, el pacto fiduciario incorpora la consecución de una finalidad económica, ya sea ésta para garantizar el cumplimiento de una obligación (fiducia *cum creditore*), ya sea para que se gestionen bienes o derechos del fiduciante por parte del fiduciario (fiducia *cum amico*)».[1024] A estos efectos, el fiduciante realiza una transmisión patrimonial a favor del fiduciario para que éste ejercite el derecho transmitido en nombre propio y lo utilice a favor de la finalidad convenida.[1025] Ejecutado el negocio, el fiduciario asume la obligación de restituir de nuevo la cosa o derecho al fiduciante y de transmitirle los rendimientos producidos por el bien gestionado.[1026] En estos términos, el contrato fiduciario se plantea como una relación de confianza, dónde el fiduciario no puede utilizar la cosa en su beneficio.[1027]

97. La relación entre fiducia y gestión la encontramos en la concordancia existente entre el negocio fiduciario y la representación indirecta.[1028] En ambas figuras existe

---

[1023] PANTALEON, «Voz: Negocio fiduciario», EJB, III (1995) 4407;

[1024] PANTALEON, «Voz: Negocio fiduciario», EJB, III (1995) 4407. A través del contrato fiduciario se persigue un fin distinto de la causa del contrato elegido. V. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 445; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 536; PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4407.

[1025] PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, II (1987) 300; LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 764.

[1026] PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, II (1987) 300; PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4408.

[1027] Para lograr la finalidad económica perseguida, el fiduciante otorga poderes al fiduciario que exceden de la finalidad perseguida, confiando en que el fiduciario cumplirá lo acordado y no abusará de la confianza otorgada utilizando su posición para actuar en su propio beneficio. V. Señala DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 537; TUHR, *Tratado de las obligaciones* I (1934) 150; LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 764. Sobre las relaciones de confianza, v. Cap. 2º, núms. 2, 142; Cap. 3º, núms. 3, 4.

[1028] Este es también el lugar donde la fiducia y la actuación del comisionista en nombre propio presentan similitudes, que se observan tanto en la dimensión externa (v. art. 246 CdC) como en la relación interna en tanto que las facultades del comisionista están orientadas a satisfacer el interés del comitente. Sin embargo, la comisión no puede considerarse una fiducia al menos por tres razones. Primera, la transmisión de una cosa o derecho al fiduciario es un elemento esencial del negocio fiduciario, ausente en la comisión. Segunda, la comisión está integrada por un negocio regulado por la ley, mientras que el negocio fiduciario integra dos negocios distintos (real y obligatorio). Y tercera, la comisión no suele darse con fines de administración. V. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 52-53. Con todo, la comisión como forma de representación indirecta, encaja dentro de las relaciones fiduciarias, de las que es su prototipo en el ámbito del Derecho mercantil (id., p. 53).

Entre las relaciones afines, la relación fiduciaria se diferencia también del *trust*. Las disparidades se observan fundamentalmente en la tutela legal del fiduciante a través del *trust*, cuando en la fiducia éste sólo encuentra la protección que le conceden los principios generales. Al respecto, GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 98-99, subraya que la fiducia legal se aleja del negocio fiduciario en la medida que «los derechos y obligaciones del transmitente (*Setlor*), del *accipiens* (*trustee*) y del beneficiario (*cestui que trust*) están regulados por ley... No hay negocio fiduduciario allí donde el abuso de la ajena confianza esté previsto y sancionado por la ley... Cuando la confianza no descansa en la buena fe de otro, sino en la tutela de la ley, la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico». De otro lado, el *trust* participa de un desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre un mismo objeto, lo cual no resulta admisible en el Ordenamiento español. En esa dirección v. ARROYO, “Trust y ley civil”, RJC (1983) 106-7 («la distinción entre propiedad bonitaria, sustancial o material y propiedad formal, legal o de derecho estricto, mal armoniza con la visión unitaria de la propiedad»); DIEZ-PICAZO, «Operaciones y servicios fiduciarios», *Dictámentes jurídicos* (1987) 41

una zona común en el ámbito de la gestión, siempre que mediando una forma de representación indirecta exista también una titularidad fiduciaria (fiducia *cum amico*).[1029] Por el contrario, tal como sucede en la fiducia de garantía el negocio se aleja de la representación y también de la gestión, cuando el interés del negocio es en favor del fiduciario.[1030] A través de ese doble carácter, relativo a la fiducia gestora y a la fiducia en interés del fiduciario, podemos ordenar la fiducia como figura mixta. Mientras que en la fiducia en interés del fiduciario no se cumple la causa gestora, en la fiducia *cum amico* existe una relación gestora típica, por cuanto la prestación se realiza por cuenta e interés del principal fiduciante.

98. El problema jurídico que plantea la figura consiste en el reconocimiento y tutela por parte del ordenamiento de los intereses del fiduciante.[1031] La posición tradicional sobre el negocio fiduciario sigue la teoría del doble efecto, según el cual en el negocio fiduciario se produce, de un lado, la transmisión de un bien o derecho con eficacia plena frente a terceros, mientras que, de otro, el pacto fiduciario entre fiduciante y fiduciario tiene carácter meramente obligatorio.[1032] Frente a ella, una

---

(«las partes de un contrato no pueden crear nuevos tipos de propiedad y mucho menos dotarles de eficacia respecto de terceros... La distinción entre una propiedad sustancial y una propiedad formal con unos perfiles tan nítidos como los que asume el Derecho anglosajón no parece posible en el Derecho español, donde la propiedad es un instituto unitario». Al respecto, PUIG BRUTAU, "La relación fiduciaria", RDP (1961) 1013, señala que «nuestra propiedad fiduciaria no tiene prácticamente nada que ver con la sometida a administración en concepto de *trust*»; v. ibi, más ampliamente. Sobre la noción de *trust*, v. Cap. 2º, núm. 143.

[1029] La fiducia *cum amico* se basa en una relación interna con finalidad gestora típica en la que «el principal o mandante inviste a su representante con la cualidad de propietario o titular del derecho, a fin de que pueda consumir, en su propio nombre, una actividad de gestión por cuenta ajena o en interés de aquél». V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 279-80. Es este caso se superponen las relaciones de fiducia y representación indirecta. «La fiducia es el mecanismo instrumental utilizado para hacer innecesaria la representación abierta, porque, por las razones que sea, interesa que el carácter representativo de la actuación quede oculto». Sobre la distinción entre la fiducia de gestión y la fiducia de garantía v. ARROYO, “Trust y ley civil”, RJC (1983) 103-4.

[1030] La concesión de un poder de representación para utilizarlo en su propio interés tal como sucede cuando se faculta al acreedor para enajenar bienes del deudor y cobrarse su crédito no pertenece en rigor a la representación. V. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 581. Ello no impide que la actuación en nombre de otro y por cuenta propia sea un fenómeno reconducible a la sustitución. V. LUMINOSO, «Mandato, commissione, spedizione», *Trattato di dir. civ. e comm.* (1984) 10 y 36.

[1031] Señala LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 764, que la fiducia es una forma de tutela indirecta de intereses ajenos, si bien el concepto jurídico de fiducia no está claramente definido. En nuestro ordenamiento no existe ningún reconocimiento del negocio fiduciario. Al respecto, GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 27, subraya que el reconocimiento directo «de la validez del negocio fiduciario lo hallamos por primera vez en la sentencia de 25 de mayo de 1944, de la que fue ponente el eximio maestro don José Castán»; id, p. 31.

[1032] La teoría del doble efecto defiende el negocio fiduciario compuesto por dos negocios independientes y con efectos distintos. El negocio real de transmisión plena no se ve alterado o condicionado por el negocio obligacional. El contrato obligatorio con la «obligación del fiduciario de hacer sólo un cierto uso del derecho adquirido, para restituirlo después al transmitente o a un tercero», sólo impone al fiduciario «la obligación de reparar los daños causados por su conducta desleal, dejando intacta la validez de la transmisión real operada». V. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 20 y más ampliamente, pp. 21-5. V. DE CASTRO Y BRAVO, “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, RDN julio-diciembre (1966) 7; ARROYO, “Trust y ley civil”, RJC (1983) 105; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 537-539; PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4407, BADENAS, *Apoderamiento y*

visión causalista postula el planteamiento de la teoría de la mera titularidad fiduciaria, según la cual el fiduciante sólo transmite al fiduciario la titularidad aparente y limitada de un bien o derecho.[1033]

99. En la medida que la relación fiduciaria presenta carácter gestor, al fiduciante le sería aplicable el deber de lealtad con las consecuencias jurídicas propias del mismo. En particular, el principal dispone de una acción frente al fiduciario respecto de los negocios jurídicos practicados por el gestor con deslealtad al principal, con el límite de la buena fe de los terceros.[1034]

---

representación voluntaria (1998) 246 y bibliografía allí citada. Al respecto, LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 765, subraya que el fiduciario contrata con el tercero «en nombre propio como un representante indirecto; por tanto, él mismo adquiere derechos y contrae obligaciones, y no el fiduciante». En estos términos, el derecho del fiduciante a exigir la restitución tiene carácter personal «y no se halla asistido de ningún privilegio, en caso de concurso de acreedores». V. *Tratado de las obligaciones*, I (1934) 151. Consiguientemente el fiduciante tiene que asumir el riesgo del negocio fiduciario, en la medida de que la teoría aquí expuesta «arroja como consecuencia fundamental la de reconocer eficacia a los eventuales abusos de poder del fiduciario, esto es, a los actos de disposición por su parte del bien objeto de la fiducia... ». V. PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4407.

[1033] Frente a la teoría del doble efecto, se ha postulado que «el negocio fiduciario atribuye al fiduciario una propiedad meramente formal o una simple titularidad fiduciaria». V. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 421; PUIG BRUTAU, "La relación fiduciaria", RDP (1961) 1017; id., *Compendio de Derecho civil*, II (1987) 303-304 («lo que se transmite o adquiere no es una titularidad o propiedad plena y perfecta, sino un dominio impropio»); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 474-475; DIEZ-PICAZO / GULLON, Sistema, I (1995) 540; FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (1997) 96 ss.; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 266, nota 93 (la teoría de la titularidad fiduciaria domina en la jurisprudencia más reciente); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 206.

Cfr. con la posición de PANTALEON, «Voz: Negocio jurídico», EJB III (1995) 4408, para quien «ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos. Y la llamada "*causa fiduciae*" atípica no es más que un artificio constructivo para intentar encajar negocios fiduciarios con la eficacia preconizada por la "teoría del doble efecto" en un sistema causalista como el nuestro». El autor rechaza la idea de titularidad fiduciaria al señalar que tales autores «crean una absurdo jurídico (una suerte de "propiedad relativa") innecesariamente: sin que sea preciso para una adecuada protección de los terceros». Siguiendo su razonamiento, «quien adquiere del fiduciario adquiere de un "no dueño" y, en consecuencia, no adquiere la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, salvo que resulte aplicable alguna de las normas que, como excepción, establecen adquisiciones a *non domino* (art. 34 LH; según la opinión dominante, que no comparto, art. 464.I CC; arts. 85 y 545 CdC; art. 56.II.2 LSA; art. 19.II CLCH; art. 9.III LMV)». Según este autor la eficacia de la fiducia *cum creditore* «no puede ser otra que la de constituir un derecho real de garantía a favor del fiduciario... La eficacia de la fiducia *cum amico* será la propia de un contrato de mandato o comisión» (id., pp. 4408-4409).

[1034] Sobre la protección del tercero de buena fe, v. Cap. 6º, núms. 105-107.

3.
La gestión orgánica

a) Caracterización de la administración de sociedades

100. Venimos considerando la administración de las personas jurídicas y, en particular, la administración de sociedades, como una relación gestora típica, al presentar los elementos esenciales de tales relaciones. La naturaleza gestora de la administración de sociedad le viene por condición propia y no por ser una especie de algunas de las figuras relativas a la gestión representativa pues, a pesar de su afinidad causal, la gestión societaria no responde a las características de la representación en general, ni a su tipo empírico paradigmático, el mandato.

La teoría de la representación

101. Sin negar la existencia de una actividad representativa en la administración de sociedad, la teoría de la representación, sea ésta voluntaria o legal, ha resultado insuficiente para explicar el fenómeno de la organización gestora de las personas jurídicas.[1035] No encaja en la representación voluntaria en la medida que la persona jurídica no puede actuar por sí sola, lo cual lleva consigo una representación necesaria por cuanto aquella requiere de otras personas para realizar los actos necesarios para cumplir con sus propios fines.[1036] Tampoco se trata de una representación legal, por cuanto los socios disponen de un ámbito de autonomía propio, no fijado en la ley, que les faculta para decidir aspectos relativos a la determinación del representante, su nombramiento y cese, el objeto y fines de su actividad, pueden pedirle cuentas, establecer si la representación va a ejercerse por una sola persona o si lo harán un grupo, así como su forma de actuación, etc.[1037]

102. De otro lado, la gestión societaria no se agota y va dirigida sólo a realizar actos de representación ante terceras personas, en la medida que una parte de su actividad se orienta a la realización de actos de gestión interna a través del ejercicio de competencias no necesariamente representativas o relacionadas con terceros (p.e., desarrollar una actividad de control interna, convocar la junta general, realizar

---

[1035] Señala GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 303-304; id., *Derecho de Sociedades* Anónimas (1952) 267 que el concepto de representación es insuficiente para caracterizar «la normativa de organización para la actividad de los que obran por las personas jurídicas», hecho por el cual se construye y formula el concepto de órgano. En un sentido semejante, ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 695, entiende que «el órgano no es más que un recurso técnico para expresar [la] atribución y eficacia de los actos de las personas físicas, que desempeñan determinadas posiciones o cargos a la entidad, acuñado por la insuficiencia de la tradicional técnica de la representación negocial para cubrir el conjunto de órganos o elementos de una organización...». Este hecho resulta independiente de que en la personas jurídicas exista «una auténtica representación», aunque no encaje entre las especies de representación legal o voluntaria; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 72. V. DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 80-84, sobre las ideas de representación legal, voluntaria y orgánica. V. más argumentos en POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 144. MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale* (1973) 270.

[1036] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 72.

[1037] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 72. Sobre el debate relativo a la representación de la persona jurídica, v., más ampliamente, id, pp. 70-74.

informes para la junta, firmar las cuentas anuales, etc.).[1038] Además, no todo administrador es titular de poder de representación, ni está por naturaleza legitimado para su ejercicio frente a terceros.[1039] Todo ello, con independencia de que el administrador retiene en su ámbito funcional interno una obligación de control y una responsabilidad por su incumplimiento, en unos supuestos, *in eligiendo*, si es el caso, o cuanto menos, *in vigilando*, respecto de la actuación representativa que realicen otros administradores o apoderados.

Administración y mandato

103. Tampoco el mandato ha servido para explicar la relación gestora del administrador, aun cuando tradicionalmente y con el apoyo normativo del Código de Comercio se ha postulado que la administración responde a un mandato conferido por los socios.[1040] Ambas figuras forman parte de una categoría común, la relación de gestión, en tanto que en ambas relaciones el gestor realiza actos y negocios jurídicos por cuenta e interés del principal. Sin embargo, diversas notas conceptuales las separan.

104. En primer lugar, el mandato encuentra su origen en un acto voluntario del mandante, mientras que la administración responde a una actividad necesaria para la actuación de la persona jurídica.[1041] Además, el mandante es quien determina el contenido y ámbito del poder, mientras que la atribución, contenido y límites de la actividad administrativa queda fijada por la ley.[1042] La ley al distribuir las

[1038] Tal como señala GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 268, «los órganos administrativos desenvuelven una actividad interna, que no es explicable por el concepto de representación».

[1039] Como afirma SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 104-5, «aparte de que en determinados casos [el administrador] no es el titular de ese poder de representación, sino el órgano colegiado, como sucede en el caso del Consejo de administración, puede darse el supuesto de que ni siguiera este órgano tenga tal poder, porque así lo establezcan los estatutos (v. art. 124.2 RRM)». Id., p. 120: «no todos los "administradores" son representantes orgánicos de la sociedad, de forma que pueden existir administradores que teniendo necesariamente facultades de gestionar a la sociedad, carecen de poder de representación de la misma».

[1040] El Código de Comercio desconocía la administración colegiada y calificaba a los administradores como mandatarios amovibles obligados a observar las reglas del mandato y sujetos a la responsabilidad de mandatario y de órgano (v. arts.122.3 y 156 CdC, antes de su modificación por la Ley 19/1989). V. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 475; id, *Instituciones de Derecho Mercantil* (1951) 136-137; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 26. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 587, señala que la «doctrina más antigua venía entendiendo que los administradores desempeñan su función en virtud de un mandato conferido por el resto de los consocios que se solapa o superpone al contrato de sociedad y, por tanto, construía el supuesto legal del artículo 129 del código como un mandato tácito y recíproco de unos socios a otros».

[1041] Mientras que el principal puede realizar actos por su cuenta sin mandatario alguno, esa capacidad no puede predicarse de la persona jurídica. Al respecto, GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 26, señalan que «la doctrina del mandato hace tiempo que está en descrédito. La imposibilidad de que una sociedad anónima llegue a funcionar sin administradores es por sí suficiente para excluir la idea del mandato, ya que no se puede concebir la existencia de un mandato allí dónde no hay la posibilidad de la no existencia del mandato». V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 118.

[1042] La atribución de las facultades de administración emana directamente de la ley, no derivan del mandato de la junta general ni de un sujeto dotado por voluntad propia. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 27; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 568.

competencias entre los órganos sociales, atribuye al órgano de administración el poder de administrar y, en lo que afecta a las relaciones externas, establece que la representación es competencia exclusiva de los administradores y fija los límites a su actuación (arts. 128 y 129 LSA).[1043]

105. En segundo lugar, la relación interna que mantienen las partes del contrato de mandato no puede asimilarse a la que se establece entre la sociedad y su propio órgano de administración. En el primero, mandante y mandatario guardan una relación directa entre ambos que van desde el nombramiento o revocación del mandatario a la provisión de fondos, la comunicación de instrucciones, los actos de ratificación, la rendición de cuentas, etc. Frente a ello, la relación entre la sociedad y la administración está necesariamente condicionada por la propia estructura y relaciones orgánicas que configuran la sociedad. En particular, en las sociedades de estructura corporativa, las personas que ocupan el cargo de administradores forman, junto al órgano en el que concurre el conjunto de los socios, la estructura orgánica del gobierno de la sociedad. Consecuentemente, las recíprocas relaciones entre el administrador y la sociedad se establece entre el administrador y los órganos societarios. Es decir, actos tales como el nombramiento del administrador, el control de su actividad, la comunicación de instrucciones o la eventual exigencia de responsabilidad se instrumentan a través del funcionamiento de los órganos corporativos.[1044]

Aspecto orgánico de la administración

106. La administración de sociedades se caracteriza por el hecho de formar parte de la organización de una persona jurídica, que a los efectos de este trabajo limitamos a la sociedad. Este elemento organizativo que condiciona y delimita la figura de la administración es el que, como venimos señalando, diferencia la gestión orgánica de la gestión representativa y, en particular, la administración del mandato.[1045]

107. En términos generales, la organización societaria en su conjunto se configura por la ordenación legal del tipo escogido por los socios y a través de la regulación estatutaria que aquellos establezcan.[1046] En la medida que el contrato de sociedad se articula como contrato de organización, crea y regula una organización

---

[1043] V. *infra*, núm. 117.

[1044] V. *infra*, núms. 108 ss.

[1045] La doctrina admite ampliamente la caracterización orgánica de la administración frente a la teoría contractual apoyada en el mandato. V. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 475, 560; URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 897 («la vigente Ley abandona la tesis contractualista para sustituirla por la doctrina que ve en el administrador un órgano social»); ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 208; LOJENDIO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 321; ARANGUREN, «Los órganos de las Sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (1990) 488 («Dos obstáculos fundamentalmente se oponen a la configuración contractual de la relación: el carácter necesario de la misma, y su ámbito inderogable o típico de facultades representativas»); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 643.

[1046] En un marco más amplio, GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 276, señala que el contrato de sociedad como contrato de organización configura la entidad social «bien por sí o bien haciendo posible la efectividad subsidiaria de la estructura legal del tipo de que se trate». V. ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 342-3; id., «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 190; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 695.

societaria.[1047] Esta dimensión organizativa del contrato de sociedad se manifiesta a través de la personalidad jurídica, que le confiere a la sociedad autonomía patrimonial y capacidad de obrar.[1048]

108. En este marco, la administración forma parte de la estructura organizativa de las sociedades externas, con la función de llevar a término su actuación en el tráfico.[1049] Para ello, la administración aglutina las funciones y competencias

---

[1047] Siguiendo a GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 276, el contrato de sociedad despliega una doble dimensión, de fin común y de organización. Sobre este segundo aspecto, v. id., pp. 376 ss. Al respecto, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. VII; id, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 441 ss. quien distingue entre la vertiente *obligatoria*, que remite al estudio de la sociedad como contrato obligatorio que genera derechos y obligaciones para las partes, y la vertiente *organizativa*, relativa al estudio del contrato como organización unificada para el desarrollo del objeto social. Sobre la idea de contrato de sociedad como contrato de organización que tiene como principal efecto la creación de la organización societaria, v. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 225; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub VII. 3; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 445. En relación a la distinción entre el aspecto, contractual e institucional. V. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 225; MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales* (1990) 26-7 (postula una posición de síntesis). Cfr. con PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 441 ss.; id, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 159, quien analiza críticamente el pensamiento institucional y postula la vía contractual. En la doctrina americana, v., EASTERBROOK / FISCHEL, *Economic structure of the corporation* (1991) 15, *passim*.

[1048] V. al respecto, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub VII.3; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 445-6; DE CASTRO, *La persona jurídica* (1984) 273, 278-279 y 284-286; CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones* (1984) 88-97 y 101-107.

[1049] Sobre la administración como parte de la organización de la sociedad externa, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1669, sub II y III.6; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 253; CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones* (1984) 101; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 27; DE CASTRO, *La persona jurídica* (1984) 286-287; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 476. Sobre la distinción entre representante y órgano, v. MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale* (1973) 269-70.

El enfoque orgánico a través del cual la doctrina contemporánea explica la actividad de la gestión societaria resulta aplicable a todo tipo de sociedades; esto es, tanto respecto de las sociedades de estructura corporativa como de las de estructura personalista. En el marco de la sociedad colectiva, la doctrina se ha manifestado en favor de considerar la naturaleza orgánica de la posición del administrador. V. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 365; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 269; V. ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 190-191; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 406. Con ciertas reservas, GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 466. Respecto de la sociedad civil, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 288. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1692, sub III; id., art. 1665, sub III.6 y VII.3, puntualiza que la dimensión organizativa se halla «más objetivada en las sociedades de estructura corporativa que en las sociedades de estructura contractual». En un sentido amplio, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 476, entiende que la representación orgánica «rige naturalmente para las personas jurídicas, pero es válida también... incluso [para] la sociedad civil y la comunidad hereditaria. Hasta ahora esto no ha sido reconocido en forma general». FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 158-159 y nota 304, entiende que en la sociedad de personas sólo puede hablarse de órgano cuando determinados socios estén investidos de competencias singulares y no cuando todos los socios son administradores. La calificación de orgánica de la posición del socio que realiza actos de gestión debe entenderse «en el sentido de que la investidura del socio como administrador proviene de la ley y del contrato social y no de un negocio de apoderamiento»

necesarias para desplegar la actividad societaria, al tiempo que se reconoce a la sociedad como centro de imputación jurídica de sus actos.[1050]

109. Aún cuando no existe un precepto que así lo establezca expresamente, el órgano de administración tiene atribuida la competencia general para realizar la actividad gestora de la sociedad, cualquiera sea su configuración estructural.[1051] Esta competencia gestora se ejerce de forma exclusiva en la representación, por cuanto la Junta general no es un órgano apto para actuar respecto de los actos y negocios jurídicos frente a terceras personas.[1052] Sin embargo, existe un ámbito de competencias compartidas en relación a la gestión interna, respecto de la cual la administración retiene la iniciativa en el proceso de toma de decisiones si bien la junta general se reserva la fase de decisión.[1053]

[1050] V. sobre esta idea ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 190, id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 695; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 105, 108, 111; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 143-5; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670. Sobre el aspecto relativo a la imputación a la sociedad de los actos de las personas que actúan por cuenta de la sociedad, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 304; URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 897; CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones* (1984) 99-100; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 91, 124; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 403, 408.

[1051] La doctrina se manifiesta por la separación de competencias entre órganos, reservando la gestión al órgano de administración y quedando la junta general excluida de los asuntos de administración. Así, GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 29, 30-31(la junta «carece de aptitud para administrar directamente la hacienda social»); ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 216; id., Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 344, 345; DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 56; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993», *Estudios Broseta*, III (1995) 3194; BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 680 y *passim*, (en favor de la existencia de un principio de especialización orgánica formal que configura la estructura orgánica de la sociedad limitada); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 19-20, (favorable al reconocimiento de una competencia general para realizar todos los actos necesarios para alcanzar el objeto social y respecto de todos los asuntos que la Ley no haya reservado expresamente a la junta general). V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 219.

Cfr. con el art. 119.2 AktG 1965, que excluye expresamente la competencia de la junta en materia de administración, salvo que lo solicite del órgano de dirección (*Vorstand)*.

[1052] V. al respecto la doctrina de la DGRN que niega a la Junta General la posibilidad de otorgar directamente un poder dada la distribución competencial entre los órganos sociales y la atribución al órgano de administración de la representación de la sociedad. En particular, v. la RDGRN de 24-6-1993, RJA 5323 y las resoluciones allí indicadas de 1-3-1993, 26-2-1991, 31-10-1989 y 8-2-1975. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 118-9; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 713-4; GALGANO, «La società per azioni», *Trattato*, VII (1984) 244 (refiriéndose sólo a la sociedad anónima).

[1053] ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 713-4. En ese marco, ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anóminas* (1982) 502, entiende que «la intervención de la J.G. en la gestión podrá consistir, fundamentalmente, en alguna de las siguientes posibilidades: 1º, dar instrucciones u orientaciones sobre la política negocial o en relación con determinadas medidas concretas; 2º, decidir sobre actos de gestión sometidos a autorización previa por los estatutos, y 3º, decidir sobre actos de gestión a petición del órgano competente». Más ampliamente, id., 490-511. Con todo, como señala POLO, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 43,

110. En todo caso, cabe plantearse en qué medida la junta general puede intervenir en la actividad gestora. El aspecto se enmarca en la facultad de la junta de dar instrucciones al órgano de administración y el deber de ejecución de sus decisiones por parte de este último.[1054]

111. El punto central de este debate se concreta en la intervención de la junta con el objeto de autorizar, prohibir o limitar determinadas conductas, ya sea a través de disposiciones estatutarias o mediante la adopción de acuerdos específicos.[1055]

«la Ley continúa sin delimitar con claridad la posición constitucional en la sociedad de los distintos órganos, permitiendo la mayor o menor injerencia de la junta general en las funciones de gestión y administración».

[1054] Es comúnmente aceptado que la junta pueda dar instrucciones a los administradores y que existe un principio que establece el deber de ejecución de los acuerdos de la junta por parte de la administración. En relación a las sociedades de carácter personalista, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 467; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 594-595 (incluso en el supuesto de administrador constitucional, corresponde a los socios «la determinación general del programa de actividad o de la política de la sociedad», pues no puede «privárseles de un mínimo derecho a codecidir o coparticipar»); ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios a la LAIE* (1992) 217. En relación a las sociedad capitalistas y de la anónima en particular, v. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas* (1982) 504-5; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 713-4, 675-6; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 172-85 174; POLO, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 42: la LSA (subordinación del órgano de administración a la junta). OTXOA, "La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad", RdS (1994) 103.

La idea de contextualizar el tema en el principio de la soberanía de la junta es cada día menor. Al respecto señala OTXOA, "La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad", RdS (1994) 104, que «no hay dato positivo alguno que permita afirmar y delimitar el alcance efectivo de la mencionada posición soberana». Cfr. con la afirmación del principio de soberanía de la junta por ARANGUREN, «Los órganos de las Sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (1990) 489-90.

[1055] En relación a los acuerdos de la sociedad anónima que exigen que determinados actos se sometan a la autorización de la junta, con dudas, los admite ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 344. Si está contemplada en los estatutos, admiten esta posibilidad DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 57 (dejando, en todo caso, la iniciativa al órgano de administración) y POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 45.

El debate se ha retomado recientemente a raíz de la reforma del régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada. El nuevo texto legal ha reconocido expresamente la reserva de competencias a la junta por vía estatutaria [art. 44.1.h)] y la posibilidad de impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción de determinadas decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión (art. 44.2 LSRL), si bien, en todo caso, las limitaciones de las facultades representativas, serán ineficaces frente a terceros (arts. 44.2 y 63 LSRL). V. ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 564-578; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 712-713; id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 238-9; URIA / MENENDEZ/ I GLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1108, 1112-1113; ALCOVER, «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 520-521.

V. las críticas a este sistema, en SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 530 (la intervención de la Junta general se compagina mal con el régimen de responsabilidad de los administradores, que es igual al de los de la sociedad anónima); VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 283-4; JIMENEZ SANCHEZ, "La regulación de

112. Al respecto existe acuerdo en señalar que la intervención de la junta no puede convertir el órgano de administración en mero ejecutor de sus decisiones.[1056]

113. La conclusión a la que hemos de llegar en este punto reside en que la división orgánica de funciones confiere una posición diferenciada entre los administradores y los socios. Los administradores tienen reservada la administración, con mayor menor intervención de la junta en la relación interna y con la competencia exclusiva

---

los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", DN (1998) 2-3 y 10.

[1056] En relación a la sociedad de responsabilidad limitada, v. ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 567 (no puede vaciarse el contenido de la posición y función legal de los administradores); idem, id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 239; idem, id., Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 345. Idem, id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 713-714; OTXOA, "La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad", RdS (1994) 121: (los administradores no pueden ser desprovistos de toda facultad decisoria); BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 680 (no puede convertirse al órgano de administración en mero ejecutor); RODRIGUEZ ARTIGAS, «El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993», *Estudios Broseta*, III (1995) 3194-5 (un órgano necesario con competencia propia comporta la exigencia de un contenido mínimo que se opone a las cláusulas de vaciamiento, las cláusulas de condicionamiento y las cláusulas que configuran sociedades en las que no hay distinción entre Junta General y órgano de administración). Desde una perspectiva más concreta, ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 576, circunscribe la intervención de la junta a los asuntos de especial importancia, a los «que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria» y a asuntos ordinarios que no «anulen la posición de los administradores»; IGLESIAS PRADA, "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 186 (la junta no debería atribuirse «competencias pertenecientes al ámbito de gestión ordinaria» para mantener el equilibrio competencial interorgánico); ALCOVER, «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 520-521 («la junta no puede inmiscuirse en la "gestión ordinaria" y no exoneración de responsabilidad por ejecución de decisiones de la junta en actos de gestión»). V. también ULMER, *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada* (1998) 72, para quien «las instrucciones vinculan a los administradores siempre y cuando no sean contrarias a disposiciones imperativas del Derecho de sociedades limitadas o del Derecho civil general, entre las más importantes las relativas a la conservación del capital social (arts. 30 y 33). En la medida que los administradores actúen en perjuicio de la sociedad cumpliendo instrucciones impartidas por la junta general quedan liberados de responsabilidad frente a la sociedad (interpretación *a contrario* del art. 43.3.3ª frase)».

En un sentido semejante se pronuncia la doctrina en relación a la sociedad anónima. V. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas* (1982) 505 («la competencia de la Junta... no podrá ampliarse hasta llegar a vaciar de contenido la función legal de los administradores, convirtiendo a éstos en meros ejecutores de sus decisiones y pasando a tener la iniciativa, incluso en asuntos de gestión ordinaria, la propia J.G.»); URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 44 (las competencias de la junta no pueden reducir a los administradores a la posición de simples ejecutores de sus decisiones). Cfr. con BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 680 (a la luz de lo que establece el art. 44.2 LRL, probablemente «la JGa no puede impartir instrucciones»); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 19-20 (los administradores tienen un campo de competencia autónomo respecto de la junta y «han de ejercer sus funciones relativas a la gestión de la sociedad sin interferencias de la Junta general»).

de la gestión ajena por atribuirles la representación, de lo que se deriva un deber de administrar y la sujeción de sus actos a la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes.[1057] Frente a ello, los socios no tienen deberes de gestión, ni han de ser objeto de acciones de responsabilidad por faltas de esta naturaleza.

Aspecto externo e interno

114. Dentro de la actividad de administración, tradicionalmente la doctrina viene distinguiendo la gestión y la representación como dos especies distintas. La gestión se presenta como una actividad interna, mientras que la representación se identifica con la actividad externa del órgano de administración.[1058]

[1057] La autonomía o independencia del administrador respecto de un ámbito competencial propio en la gestión encuentra diversos argumentos e su favor. De un lado, se encuentra en el propio deber de administrar diligentemente, que les impone realizar una gestión en interés de la sociedad. Consiguientemente el deber de diligencia de los administradores obliga y legitima a no ejecutar los acuerdos de la junta que entiendan contrarios al interés social, aún cuando estos hubieran sido aprobados por la junta general. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 109; MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 669-70; ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas* (1982) 506 («los administradores no están obligados a seguir incondicionalmente los acuerdos tomados por la J.G.»); id, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 345 («la condición de órgano responsable por la ejecución de los actos de la JG le otorga un poder/deber de control que autoriza la inejecución en los términos señalados al tratar de la responsabilidad de los administradores»); id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 239 («los administradores, como garantes y responsables no sólo del cumplimiento de los heterogéneos deberes que les son impuestos en atención a los intereses de los socios, acreedores y terceros en general, sino también de las exigencias de una correcta y ordenada gestión (arts. 61.1 y 69.2)...»); BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 681 («hay que tener presente que el deber de diligencia de los administradores, referido al modelo de conducta del ordenado empresario, les obliga a realizar un justo juicio empresarial. En todo caso, existirán problemas de legitimación para el ejercicio de la acción social»); ALCOVER, «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 521 («los administradores tienen la facultad, que también es deber, de inejecutar aquellos acuerdos de la junta general que lesionen los intereses sociales»). Sobre los límites al deber de ejecución de los acuerdos de la junta, v QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 174 y ss. Otra premisa viene dada por la legitimación conferida a los administradores para impugnar los acuerdos nulos y anulables de la junta general (art. 117.1-2 LSA). V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 20, 25.

De otro lado, en las disposiciones relativas a la responsabilidad de las sociedades de capital se encuentra un argumento en su defensa, siendo que además el régimen relativo a esta materia resulta coincidente en las dos formas societarias (v. la remisión del art. 69.1 LSRL a las disposiciones de la SA relativas a la responsabilidad de los administradores y, en particular al art. 133.3 LSA que se refiere a que el acuerdo lesivo adoptado, autorizado o ratificado por la JG no exime de responsabilidad al administrador). V. en esta dirección, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 20,25; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 576: (con referencia al ámbito irreductible en la gestión ordinaria)

Cfr. con ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 995-6, que tiene una opinión más matizada sobre los efectos de la autorización de la Junta sobre la responsabilidad del administrador, al señalar que «si hay una competencia de la Junta, los administradores no pueden invocar su responsabilidad para evitar cumplir su obligación de lo acordado, salvo que haya un evidente daño a la sociedad... Si el acuerdo no es meramente desacertado, sino nulo, lo que deben hacer los administradores es impugnarlo». V. además, id, pp. 1389-90, en particular, la fórmula estatutaria propuesta.

[1058] Esta posición fue fijada por GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.1º (1947) 547-50; id., *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1050. Se resume en GARRIGUES, *Curso de*

115. Sin embargo, al alejarnos de la separación entre representación y mandato que origina la disyuntiva anterior y al acercarnos a la nueva perspectiva relativa a la gestión representativa más arriba apuntada, las dos formas de gestión, la representativa o externa y la no representativa o interna encuentran en la administración las dos especies que se integran en el género de la administración.[1059]

Derecho mercantil, I (1976) 364, 376, al señalar que en paralelo a la distinción entre madato y representación, gestión y representación son conceptos jurídicos distintos por ámbito y contenido, de tal forma que el órgano de administración «está investido de facultades de gestión (internas) y de representación (externas) de la sociedad» (idem, id., p. 484). Siguen esta idea, DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 63; id, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 52; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 671; LOJENDIO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 232. Sobre la doctrina tradicional, v. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 580; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1691, sub I.2.

[1059] El enfoque tradicional que tiende a diferenciar entre gestión y representación fue replanteado por la doctrina en la búsqueda de un concepto unitario de administración que incluye las actividades internas y externas de gestión. En este sentido, v. SUAREZ-LLANOS, "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", RDM (1962) 47-79, que estudia un concepto unitario de administración en el que se incluyen las actividades internas y externas de gestión, de suerte que la representación es elemento indisociable de la primera. Al respecto señala que la distinción tradicional entre gestión y representación «no puede venir formulada en un sentido riguroso, ni mucho menos llevarnos a proponer una separación conceptual tajante entre ambas nociones... ni en el terreno substancial ni en el campo del derecho positivo» (id., p. 77). En este sentido, el autor indica que «la llamada actividad de representación, no hay duda de que se hace forzoso encuadrarla entre aquellas actividades de carácter jurídico... que, juntamente con las de índole técnico-económica, forman parte del amplio contenido de la actividad de administración de una sociedad mercantil». En esa línea argumental, y en la señalada más arriba, el autor, id., p. 76, viene a establece el nuevo concepto de administración señalando que los administradores realizan una actividad de carácter jurídico dirigida a la realización del objeto de la sociedad. Esta línea de entendimiento ha sido recogido recientemente por la doctrina sobre la base de que la actividad representativa forma parte de la administración en cuanto significa actividad para la promoción de los fines sociales por parte del órgano de administración. V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 580 («administración y representación no son realidades distintas, sino dos formas de contemplar la misma realidad: la actividad desplegada para la realización del fin social...»); ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 343-4 (la administración es una «actividad que incluye la gestión y la representación»); id., «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 216 (una misma actividad considerada desde diferentes ángulos).

Con todo, la mayoría de la doctrina viene usando la expresión gestión para referirse a la gestión interna. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 271; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 102; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 247; RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 169; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 400; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2820, nota 10; ARANGUREN, «Los órganos de las Sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (1990) 494 (distingue entre «poder de gestión y poder de representación»); ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 706.

116. Con este planteamiento que puede distinguir claramente entre una actividad gestora externa o representativa y una actividad gestora interna no representativa.[1060]

117. La gestión representativa consiste en aquella actividad jurídica que desarrollan los administradores frente a terceras personas.[1061] Esta actividad representativa en el ámbito societario u orgánico se caracteriza, frente a la representación voluntaria, por la determinación legal de su extensión y por su contenido típico e inderogable.[1062]

118. El contenido legal determina un doble aspecto en relación a la vinculación o imputación de los efectos derivados de los actos de representación. De un lado, que las limitaciones de facultades tiene un alcance interno, hecho por el cual

---

[1060] Tal como señala QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 129, las funciones del órgano de administración «se integran a su vez en dos planos: la gestión interna y la representación externa».

[1061] Sobre la representación en el Derecho de sociedades v., en general, ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1211; ARANGUREN / FERNANDEZ-TRESGUERRES, «La representación de la sociedad anónima», *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (1991) 159-256; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Representación de la sociedad anónima», EJB, IV (1995) 5822; id., "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (1987) 389-449 [403, 408]; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 723-729; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 485; MARTINEZ SANZ, «Art. 62. Representación de la sociedad», *Comentarios a la SRL* (1997) 672; id., «Art. 63. Ambito de representación», *Comentarios a la SRL* (1997) 677; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1691, sub I.2; id., art. 1697, sub I.1; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 141-190; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 114-157.

[1062] V. arts. 128 y 129.1 LSA y 62.1 y 63.1 LSRL y POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 145; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 140-1.

Sobre la titularidad del poder de representación y modalidades de su ejercicio (art. 128 LSA), v. para la sociedad general y comanditaria, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 621-623; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, art. 1697, sub II. En relación a la Sociedad anónima, SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 409-11; LOJENDIO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 322-3; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 119-32. ESTEBAN VELASCO, "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", *Estudios Girón* (1991) 305-322. Id, "Configuración estatutaria del órgano de administración", en *Derecho de sociedades anónimas*: I. *La Fundación* (1991) 345-379. En relación a la Sociedad limitada, SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 541-2; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 558-562.

En relación a la extensión del poder de representación, v. sobre la sociedad colectiva, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 623-624; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1697, sub III. En relación a la sociedad anónima, URIA/MENENDEZ/GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 904-906; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 411-2; LOJENDIO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 323-4; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 137-47. En la sociedad limitada, el art. 66 reproduce el art. 129 LSA. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 542.

resultan ineficaces frente a terceros.[1063] De otro, se establece la inoponibilidad del objeto social frente a terceros de buena fe por actos extraños al mismo.[1064]

119. La actividad gestora de los administradores no se agota en la actuación externa, sino que además se integra con la actividad interna para completar la actividad gestora.[1065] Su contenido se relaciona con la realización tanto de actos materiales como de actos jurídicos relativos al estudio, propuesta, toma de decisiones y su ejecución en el ámbito interno así como el control de actividades.[1066] Su ámbito de actuación se desenvuelve en un doble nivel.[1067].

120. De un lado, en su aspecto de dirección económica empresarial la actividad interna afecta a las relaciones con los empleados de la sociedad, a los actos preparatorios de los actos de representación y al control de las relaciones externas.[1068]

[1063] En cuanto a la eficacia interna de la limitaciones estatutarias, v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 155-6.

[1064] V. arts. 129.2 LSA y 63.2 LSRL; art. 9 Primera Directiva CEE. V. Cap. 6º, núm. 101, al plantearse la sanción de ineficacia y la protección de los terceros de buena fe respecto de las conductas interesadas y su concordancia con el supuesto con los actos de extralimitación del objeto social.

Sobre la función del objeto social en el ámbito de la representación, v. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 360-361 (sobre el art. 76.II LSA 1951); IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 113-117 (el autor señala los problemas de disfunción entre el objeto social y el "giro o tráfico de la empresa"); DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 85-89; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 172-176 (extensión interna de la representación: el objeto social como ámbito estatutario interno de la representación); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 144 (sobre la eficacia interna del objeto social).

[1065] La representación viene referida tanto a las relaciones internas como a las externas, siempre que un acto derive efectos jurídicos sobre la sociedad. V. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 102, para quien desde una «unitaria concepción del órgano... el denominado aspecto externo de la actividad de los órganos administrativos no es distinto del interno, sino simplemente aquel sector de dicha actividad que se manifiesta a los terceros… [E]n cierto modo, la actividad interna ha de considerarse preparatoria de la actividad externa y en función de una manifestación frente a terceros (id, p. 323). A su lado, POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 44-45, indica que «muchas de sus actuaciones son unitarias, aunque puedan desdoblarse formalmente en la vertiente interna de decisión o adopción del acuerdo y la externa de ejecución del mismo en la relación de la sociedad con terceros, e incluso ambas lleguen a confundirse en ocasiones en una sola cuando el órgano de administración y representación es unipersonal o pluripersonal solidario».

[1066] Genéricamente, v. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 484-485; 560.

[1067] SUAREZ-LLANOS, "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", RDM (1962) 63, distingue entre actividad propiamente jurídica y actividad esencialmente técnico-económico; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 45 ss., se refiere a una actividad de gestión empresarial y otra de gestión societaria, haciendo una referencia a la doctrina que separa gestión y dirección [pp. 47-48]; ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 216, se refiere «tanto las tareas de organización de la propia entidad relativa a las relaciones con los otros órganos y con los socios, como la actividad de gestión de la empresa».

[1068] Esta actividad está compuestas por actuaciones de aspectos técnicos, laborales, comerciales y financieros. V. RODRIGUEZ ARTIGAS, Cons*ejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 77-78; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 45; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 304. En particular, la representación en su aspecto interno eventualmente exige de un proceso de decisión o de formación de la voluntad del órgano colegiado, y ordinariamente precisa de una

121. De otro, en su aspecto de gobierno corporativo societario, la actividad interna se plantea tanto respecto de las relaciones con los socios (ínter orgánicas e individuales), como respecto de las relaciones intra orgánicas.[1069]

b) Naturaleza gestora de la relación jurídica de administración de sociedades

La relación jurídica de administración

122. La naturaleza de la relación jurídica de administración de sociedades viene siendo cuestión controvertida. Un planteamiento niega su naturaleza contractual sobre la base de que la relación nace de un acto de nombramiento unilateral de proposición, de designación o de elección que resulta incompatible con el contrato. Con la aceptación de la designación tiene lugar el nacimiento de una relación orgánica de carácter interno entre la sociedad y el administrador.[1070] En la medida que las facultades del administrador no emanan de un contrato, sino de la ley, se postula su carácter legal.[1071]

123. Un segundo enfoque defiende la doble naturaleza orgánica y contractual de la relación de administración, aún cuando niega la existencia de una relación de mandato.[1072] El argumento que se postula en este caso distingue entre el órgano y

---

actividad de control del representante, ya sea a través de instrucciones o mediante la verificación del cumplimiento del mandato otorgado.

[1069] Las actividades relativas a las relaciones internas permite distinguir diversos aspectos: iniciativa y cumplimiento de las obligaciones en las que intervienen diversos órganos o inter-orgánicas (convocatorias de juntas, orden del día, ejecución de operaciones de acuerdos de la junta, proyectos de fusión y escisión, emisión de obligaciones, informes preceptivos de los administradores, contabilidad, rendición y formulación de cuentas, etc.); las que implican una relación entre los socios y sociedad (desembolso de dividendos pasivos, llevanza del libro de acciones nominativas, pago de dividendos acordados, información al socio, etc.); las actividades de publicidad societarios (inscripción de actos, depósito de cuentas, etc.); y, en particular, la actividad de control interno, en caso de delegación de funciones de los órganos colegiados. V. la ordenación sistemática de deberes típicamente societarios en SANCHEZ CALERO, «Administradores», Comentarios a la LSA, IV (1994) 21-22; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 45-47. V. también, VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 303 (con referencia a lo que denomina "gobierno o iniciativa institucional); DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 53.

[1070] Así, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 67-68; Id, «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3403; id., «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 30: «Problema diverso es que a la relación orgánica en ciertos supuestos pueda añadirse una relación contractual entre la sociedad y el administrador».

[1071] Esta es la posición de GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 26, 27; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 484; URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 897; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1132; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 29; SANCHEZ CALERO, «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3403.

[1072] Defienden la doble naturaleza contractual y orgánica RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades anónimas* (1964) 236; VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I (1991) 622 («doble relación: orgánica, en virtud el nombramiento, y contractual, en virtud del contrato de empleo o de administración»); POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 52, 102-5; PEREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento* (1999) 52-55; id., "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 276-7.

la persona que ocupa la posición orgánica. Del órgano deriva el cargo y las competencias, obligaciones y facultades que lleva consigo. De la relación contractual nace una relación jurídica con la sociedad, que ha de entenderse fruto de un acuerdo de carácter bilateral.[1073] En todo caso, la afirmación de una relación jurídica de administración no se pone en duda por el hecho de que la administración tenga un contenido de derechos y obligaciones determinado por la ley, pues ello no impide que los administradores mantengan con la sociedad un vínculo o relación jurídica con la sociedad que nace de la aceptación de su nombramiento por la sociedad.[1074]

124. El problema planteado en este punto reside en saber cual es la relación contractual que rige la relación de administración, siendo que la respuesta a esta cuestión ha llevado a formulaciones distintas. Una propuesta señala que la relación de administración se fundamenta en el propio contrato de sociedad.[1075] Un planteamiento distinto basa la relación de administración en una o varias

---

[1073] Se distingue entre el portador de la posición jurídica del órgano y el órgano. El órgano se identifica como cargo de Derecho privado, esto es como conjunto de derechos, facultades y poderes jurídicos o esfera de competencia del administrador. V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 267. En este enfoque, la relación jurídica del administrador con la sociedad debe «referirse al acto o negocio jurídico por virtud del cual se designan a los ocupantes de los *cargos*; respecto de ellos entiendo artificioso e innecesario aislar dos figuras jurídicas distintas; hay un negocio jurídico unitario bilateral de designación» (id., p. 339). Sigue la idea de separación entre órgano y titular del órgano y defiende la relación jurídico contractual, RODRIGUEZ ARTIGAS, «El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993», *Estudios Broseta*, III (1995) 3194. Cfr. este argumento con GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 27. La doctrina unilateral acepta esta reflexión en la medida que permite distinguir entre la relación interna de administración referida a la titularidad del órgano y la relación intersubjetiva. Así, SANCHEZ CALERO, «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3403, para quien la relación intersubjetiva puede «establecerse entre la sociedad y el administrador con el fin de regular las condiciones que afectan al desarrollo de su actividad y ciertas compensaciones que le afectan de modo particular».

Desde otra perspectiva, IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 404-406, defiende el nombramiento de los administradores como «un negocio jurídico bilateral en cuyo proceso de formación coinciden dos declaraciones de voluntad: el acuerdo de designación y la aceptación expresada por el designado», de forma que el acto de aceptación que realiza el administrador no puede considerarse una simple “conditio iuris” para la eficacia del nombramiento, sino que «nos encontramos más bien ante un elemento esencial para la perfección del negocio». De su parte, POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 102, configura el nombramiento «como un negocio jurídico bilateral» sobre la base del «encuentro de dos declaraciones de voluntad, la oferta o propuesta de nombramiento y la aceptación del cargo por el designado».

[1074] Con independencia de la posición orgánica del administrador, la aceptación del nombramiento hace surgir una relación jurídico societaria. V. RUBIO, Curso de *Derecho de Sociedades* anónimas (1964) 235; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 346-7; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 695; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993», *Estudios Broseta*, III (1995) 3194; SANCHEZ CALERO, «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3401.

[1075] En el marco de la sociedad personalista, el fundamento de la facultad de administrar se residencia en el contrato de sociedad. V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 587. Si embargo, en las sociedades personalistas con dualidad de modelos, constitucional -legal o privativa- o funcional, «mientras la posición del administrador constitucional es netamente societaria, la posición del administrador funcional se funda básicamente en una relación gestoria o de mandato».

prestaciones de hacer típicas. A saber, (i) que la relación es de mandato si ostenta poder para representar o de prestación de servicios si su actividad no es representativa;[1076] (ii) que la relación de administración se configura como una relación mixta de mandato y arrendamiento de servicios;[1077] o en fin, (iii) que la relación viene integrada con elementos del mandato, el arrendamiento de servicios y el trabajo.[1078]

125. De lo que venimos comentando se desprende, de un lado, que la administración no encuentra un tipo normativo que defina su naturaleza y explique su régimen. De otro, que sus notas esenciales se articulan en relación a dos aspectos, el organizativo y el funcional. Como acabamos de ver, su aspecto organizativo, viene determinado por la propia estructura y reparto de competencias dentro de la sociedad, hecho que pone en común a toda administración de las personas jurídicas, según la forma de entidad escogida por los interesados. En su aspecto funcional, relativo a la actividad que deben desarrollar, la administración reúne las notas características de la gestión ajena, tal como han sido planteadas más arriba, lo cual pone a la administración en relación con las demás figuras gestoras. Con ello podemos afirmar que la administración de sociedades, como toda relación jurídica de administración de personas jurídicas, encuentra en la organización y en la gestión sus notas definitorias, hecho por el cual puede ser denominada como gestión orgánica.[1079]

Relación entre administración de sociedades y gestión

126. En el aspecto funcional, hemos señalado que la relación de administración presenta las notas esenciales de la relación gestora; relación que, sin embargo, no coincide plenamente ni en estructura ni en régimen con ninguna de las relaciones típicas conocidas. Como prestación de hacer, la administración presenta similitud con el trabajo y el arrendamiento de servicio, pero el carácter material de la actuación de estas figuras las aleja de la administración. Frente a éstas, presenta mayor analogía con el mandato y la comisión, en la medida que en ambas se

---

[1076] V. al respecto, ARANGUREN, «Los órganos de las Sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (1990) 490, para quien los administradores con representación «ostentan respecto de la sociedad-persona jurídica una relación de mandato.... Se caracteriza el mandato del administrador porque tiene por límite el objeto social...». Id., p. 491: «Los administradores a los que no se atribuya la representación o a quienes se les revoque la conferida tendrán con la sociedad una relación fundamentalmente de arrendamiento de servicios, que podrá articularse en forma de contrato de trabajo o como prestación accesoria impuesta en determinados casos».

[1077] RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 236, subraya que «junto al aspecto externo de la representación, yace aquí una relación interna contractual mixta: de mandato y arrendamiento de servicios, hoy con mayor predominio de estos últimos».

[1078] POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 51, postula que la relación de administración «debería integrarse a través de la disciplina, a veces contradictoria entre sí, del *mandato*, del *arrendamiento de servicios*, e incluso del *contrato de trabajo*, como contradictorias son las dos notas esenciales que caracterizan la relación de administración: la subordinación y la autonomía...». V. también MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 71, para quien el contrato de administración presenta carácter sui generis y «tiene por objeto la prestación de trabajo en sentido amplio».

[1079] V. VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 619. Para otros, desde un concepto más reducido de gestión del que aquí hacemos referencia, la relación gestora del administrador sólo nace cuando el administrador ocupe una posición de carácter ejecutivo (administrador único, consejero delegado, cargo dentro del consejo. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 69-71; *idem* id., «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3402 (la relación contractual gestora se sobrepone a la relación orgánica).

concilia una actuación por cuenta y en interés ajeno en la cual el comportamiento del gestor es, en lo fundamental de naturaleza jurídica.[1080]

127. En efecto, la finalidad y función económica de la administración se orienta al desarrollo de un comportamiento por cuenta y en interés de la sociedad. La sociedad no puede actuar por sí misma, de forma que son los órganos sociales, y en particular, el órgano de administración, los que forman y manifiestan su voluntad. En este sentido, el administrador actúa por cuenta de la sociedad en la medida que realiza una actividad jurídica de sustitución del principal a través de su participación, ya sea en el proceso de toma de decisiones cuando el órgano es colegiado, ya sea en la propia toma de decisiones, y su ejecución, en los demás casos. En ambos supuestos, el administrador emite declaraciones de voluntad a los efectos de determinar la voluntad de la sociedad.

128. Sin embargo, la actividad de los administradores suele definirse genéricamente como aquella actividad societaria dirigida a la realización del fin social.[1081] Ciertamente en esta definición de administración en un sentido amplio no sólo incluye la realización de actos jurídicos, sino también abarca los actos materiales dentro de la actividad propia de la prestación gestora.[1082] Al igual que sucede en

---

[1080] Como señala GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 439, en la esfera de actividad propiamente gestora se produce «como en el mandato, una gestión de intereses ajenos».

[1081] La expresión sintetiza las distintas aproximaciones doctrinales relativas a la administración, comúnmente denominada actividad de gestión. V. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 300 (actividad de promoción del fin social común); GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 271 (actividades que tienden a la consecución del objeto de la sociedad, como fin establecido estatutariamente); GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 475 (formación y ejecución de decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales); Idem GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 18; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 579 (realización de aquellas actividades precisas para la consecución del fin social); Idem PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, art. 1692, sub I.1; SUAREZ-LLANOS, "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", RDM (1962) 57-[61] (hacer posible la realización del objeto social, fin y medio a la vez respecto a la consecución del fin último y obtención del lucro); ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 216 («La administración en sentido amplio comprende la actividad encaminada a realizar el fin social»); ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 568 (realizar todos los actos necesarios para la consecución del objeto y fin social); DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 52 (desarrollar la actividad necesaria para cumplir el objeto social); IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 99 (la finalidad de la administración está encaminada al desarrollo y consecución del objeto social); RODRIGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración* (1971) 76, 169 (actos que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido); QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 129 (actividad necesaria para la consecución del objeto y del fin social) Id., pp. 154 y 156; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 671 (actuación que tienda al desarrollo del objeto social de conformidad con el fin o interés social); SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 253 (actividad tendente a la consecución del objeto social); Id., p. 400 (realización de un conjunto de actos tendentes a la consecución del objeto social); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 19 (conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social); Id, p. 6.

[1082] La doctrina se refiere a que la actividad administrativa incluye tanto actos jurídicos como actividades de hecho. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 300-301, entiende que la gestión social subsume positivamente «tanto actos o negocios jurídicos (compraventas, contratos

las demás relaciones gestoras, los actos materiales presentan un carácter natural o eventual en la medida que se requieran para la realización de los actos jurídicos. Los actos jurídicos son los únicos que deben considerarse esenciales para llevar a término los fines sociales y son los que definen propiamente la actividad gestora, pues un administrador que no pudiera realizar declaraciones de voluntad no sería propiamente un administrador.[1083] Consiguientemente, la administración consiste en una sustitución de carácter jurídico, no material ni encaminada a realizar declaraciones de conocimiento, aún cuando tales actos no se excluyen de la prestación gestora. Las declaraciones de voluntad del administrador concretadas en el sufragio o voto son el presupuesto para la existencia tanto de los acuerdos sociales, como de los actos y negocios jurídicos que la sociedad realiza frente a terceros.

129. Por otro lado, los administradores deben orientar su actividad en interés de la sociedad; es decir, en la administración de sociedades, la actividad administrativa consiste en un comportamiento encaminado a la consecución del fin social, que los socios han establecido en su propio beneficio. Es decir, que la condición gestora del actuar en interés de otro se satisface ya sea al entenderlo de forma directa, en beneficio de la sociedad, ya sea de forma indirecta, entendida en beneficio de los socios.[1084]

130. Pero como hemos señalado, la relación de administración no resulta coincidente con la de mandato, por las particularidades estructurales de la persona jurídica que conforma la figura del principal y su forma de actuar. La necesidad de estructurarse y actuar mediante órganos establece peculiaridades en la configuración de la relación interna de gestión. De un lado, a través del contrato fundacional los interesados o socios crean una persona jurídica estructurada orgánicamente. Ello trae consigo que los socios, individualmente hablando, no se confunden con el principal, sino que éste es un sujeto distinto, con un interés distinto, en la medida que aglutina el interés común de los socios. Por su parte, los socio se agrupan en uno de los órganos sociales y las relaciones del socio con la administración se ejercen a través del órgano (p.e., nombramiento, cese, instrucciones, responsabilidad, etc.). De otro lado, la estructura orgánica de la sociedad determina

---

de trabajo, emisión de títulos-valores...) como actividades de hecho (organización y funcionamiento contable, dirección de fabricación, correspondencia, organización de instalaciones y trabajo...). Se habla no solamente de la gestión de los negocios sociales, sino del acopio, organización y dirección de los medios personales y materiales precisos para aquélla». V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 271; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 365; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 579; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1692, sub I.1; SUAREZ-LLANOS, "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", RDM (1962) 63-64; ESTEBAN VELASCO, «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 216; DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 53; ENNECCERUS, *Tratado. Derecho de obligaciones*, II.2 (1966) 713; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 671.

[1083] Como ha señalado DE LA CAMARA, «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil*, (1985) 17-18, «cuando se administran bienes de otra persona no sólo se llevan a cabo actos o negocios jurídicos (aunque si el administrador no estuviere facultado para realizar por lo menos algunos no lo sería verdaderamente), sino que la administración supone también, de hecho, la adopción de disposiciones que difícilmente encajan dentro de aquellas categorías»; v. ibi, más ampliamente.

[1084] Sobre la obligación de los administradores de actuar en interés social, v. Cap. 4º, núms. 35-39.

que la administración se configure como uno de los órganos de la sociedad, de tal forma que cuando actúan sus miembros, actúa la propia sociedad.

131. Estas dos situaciones delimitan sendas singularidades con respecto a las figuras gestoras afines, como el mandato y la comisión. En primer lugar, en relación a la nota esencial relativa al actuar por cuenta ajena, es preciso distinguir entre la actuación del gestor o administrador y la actuación del órgano. Pues quien actúan por cuenta de otro es el administrador, que no actúa para sí, sino para la sociedad, mientras que, la actuación del órgano no es para otro, sino para la propia sociedad, de la que forma parte estructural. Es decir que en el segundo caso no existe sustitución en sentido pleno, pues, por su propia naturaleza, la actuación se hace por cuenta de la propia entidad a la que se pertenece.[1085] Con todo, a los efectos de la relación de gestión entre el administrador y el principal o sociedad, la sustitución se mantiene en toda su extensión, en el bien entendido que se trata de un administrador que pertenece a un órgano de una entidad que no se confunde con el administrador –ni aún en el caso de sociedad unipersonal–, hecho por el cual podemos hablar de actuación orgánica del administrador.[1086]

132. En segundo lugar, existe una relación indirecta entre el administrador y el socio a través de la sociedad, que no sucede entre mandante y mandatario, hecho que suscita una doble cuestión. Por una parte, el administrador dirige su actividad hacia

---

[1085] Siguiendo la teoría del órgano, sobre la idea de que en la representación orgánica sólo existe una única voluntad y no dos como sucede en la representación voluntaria, v. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 268 («la representación supone dos sujetos, y, en consecuencia, el juego de dos voluntades; en las personas jurídicas no hay más que una voluntad para cuya expresión se construye el órgano dentro de la esfera de su competencia legal...»); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 117 (a diferencia de lo«que sucede con el simple representante, no hay una doble voluntad, la del representante y del representado, sino que en este caso la voluntad es única»); ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 695 («en caso de la llamada actuación orgánica no existe propiamente “sustitución de voluntades” (característica de la llamada actuación representativa no orgánica), sino que la persona jurídica no tiene otra voluntad que no sea la voluntad de sus órganos. Esta voluntad es la que es imputada a la persona jurídica, considerada como autora y agente del acto practicado, superando la escisión entre quien actúa y quien recibe los efectos»); GALGANO*, El negocio jurídico* (1992) 408 («En conclusión, puede decirse que el concepto de representación orgánica...: ha perdido aquel carácter que convertía en “ajeno” el hecho o el acto del órgano respecto de su autor, el cual, por el contrario, puede ser llamado a responder solidariamente con el ente del que es órgano...»). V. también, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 477-9.

La idea de que no existe sustitución en la representación orgánica suele manifestarse para distinguir entre representación orgánica y representación voluntaria. A estos efectos, v. la RDGRN, 24-11-1998, RJA 9448, que hace distinción entre la representación orgánica y la representación voluntaria. La primera «constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación “alieno nomine”, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia)... A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para con este último (heteroeficacia)...».

[1086] Como señala IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 108, «[l]as personas físicas son meros agentes del ente, centros exclusivos de imputación material de la actuación realizada, que sólo es posible físicamente con su concurso, ya como titulares del órgano, ya como representantes...».

el interés de o en favor de la sociedad y no al interés del socio que, mediante el ejercicio de su derecho de voto, ha impulsado su nombramiento.[1087] Por otra, también el mecanismo de control del administrador por parte del socio se manifiesta de una forma indirecta y siguiendo las formas y el procedimiento legalmente establecido.

133. Por todo lo dicho, convenimos en señalar que la relación de administración debe considerarse una relación singular o sui generis que encuentra en su definición las notas esenciales de la relación gestora, si bien caracterizada por su aspecto organizativo u orgánico.[1088]

134. La afirmación de la naturaleza gestora de la administración lleva a un doble corolario. De un lado, encontramos en ella, junto a las demás relaciones gestoras,

---

[1087] Sobre el aspecto societario como distintivo del mandato, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 439; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 484.

[1088] No muy lejos de esta idea está la que manifiesta que la administración puede entenderse como una relación mixta o compleja caracterizada por su doble naturaleza orgánica y gestora. Al respecto, la doctrina ha subrayado la doble relevancia orgánica, regulada por la ley, y la gestora, ordenada a través del mandato. V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 339: el negocio jurídico unitario bilateral de designación «no viene tipificado con un concepto de derecho positivo que aísle un sector especial de disposiciones, y, por tanto, como en las figuras mixtas, habrá que combinar cuidadosamente las disposiciones que son contenido del *cargo* en la Ley, y que constituyen lo esencial, con las provinentes del mandato gratuito o retribuido, ya que, en nuestro derecho, es la índole de la prestación -y no la gratuidad- el elemento relevante para la caracterización del mandato frente al arrendamiento de servicios; en la sociedad, esa prestación está perfectamente caracterizada: la gestión social». Sin embargo, el autor considera que todo ello se encardina en una posición orgánica y rechaza la naturaleza de mandato; así, id, p. 358: con el texto del art. 79 LSA 1951 «queda constada la posición orgánica -y no de mandatarios- de los administradores, ya que, desde la terminología utilizada (*cargo*) hasta la indicación de titulares de la acción de responsabilidad, son confirmación de ello». Sigue la posición de GIRON, IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 112, al referirse al negocio jurídico complejo integrado por «elementos peculiares de la relación orgánica y otros propios del mandato...». V. también id, p. 407, al subrayar que «nuestra Ley de sociedades anónimas no parece haber pretendido, o al menos no ha logrado, tipificar separadamente una figura negocial que pudiera aislarse de las que le resultan afines o de las que intervienen en la estructura mixta que la realidad ofrece».

Defiende la relación sui generis, VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I (1991) 622, para quien «la relación jurídica entre administrador y sociedad, o “contrato de administración”, es una relación peculiar, cuyo régimen debe construirse a partir de la interpretación de la propia normativa de la LSA».

Para una breve sinopsis de las teorías que han desarrollado la posición y fuente de los poderes de los administradores en los EUA, v. ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.01, 8-7: la primera coincide con la teoría de la agencia, según la cual todo poder reside en los socios quienes han delegado determinados poderes a los administradores como sus agentes; en segundo lugar, la teoría de la concesión explica las facultades de los administradores como derivación del Estado quien autoriza al administrador a realizar determinadas funciones; en tercer lugar, la teoría del guardián platónico se basa en que el órgano de administración está formado por un grupo de capataces o superintendentes creado por ley (*statutory enactment*); finalmente, la cuarta teoría es la que se denomina *sui generis*, que entiende que los administradores no son agentes sino fiduciarios cuyos deberes se dirigen a la sociedad, sin embargo su relación es *sui generis* pues el administrador no puede considerarse un *trustee*. Además se señala que «probablemente la mayoría de los comentaristas hoy estaría de acuerdo que la cuarta teoría [del carácter sui generis, según la cual los administradores son fiduciarios de la sociedad, pero no *trustees*] describe con mayor precisión el moderno rol de los administradores». V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 611, nota 3: «Los administradores aunque no son agentes ni trustees, son fiduciarios».

la razón de la exigencia del deber de lealtad al administrador de sociedades. La idea de actuación jurídica por cuenta de otro y en interés ajeno, presente en la administración, tiene suficiente fuerza explicativa como para unificar los conflictos de intereses en un supuesto único y aporta la base suficiente como para organizar unos principios generales de carácter normativo que ordenen y sancionen el comportamiento desleal. De otro, en la medida que el deber de lealtad no ha sido objeto de definición ni regulación general, ni tampoco existe una doctrina jurisprudencial consolidada, la existencia de un conjunto de relaciones que genéricamente desarrollan una misma función económica, en las cuales el derecho ha intervenido de manera fragmentaria, permite una reflexión sistemática conjunta. Esta orientación permite, de un lado, encontrar soluciones generales de carácter integrador para la configuración y aplicación del contenido de los deberes y también, de otro, proporciona el marco institucional a través del cual se pueden reconocer y distinguir soluciones diferentes para casos distintos.